

El infierno y las buenas intenciones. Derecho de gentes y esclavitud (siglos XVI y XVII)

Hell and good intentions. Law of nations and slavery (16th and 17th centuries)

RESUMEN

Con especial referencia a los teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca durante los siglos XVI y XVII, el autor de este trabajo cuestiona la inveterada teoría según la cual la esclavitud es una institución de derecho de gentes. En alternativa a esa idea sostiene el encuadramiento de la esclavitud en la esfera del ius civile, dado que el derecho propio de cada pueblo era el que la admitía, caso de hacerlo, y le daba una regulación concreta. Los españoles y los portugueses difundieron por el mundo un modelo civil de esclavitud, la servidumbre europea de estirpe romana, que no era ni podía ser la inexistente esclavitud iuris gentium. La imposición y el mantenimiento de este modelo se vieron favorecidos por el nuevo concepto de derecho de gentes promovido por los maestros de las universidades ibéricas: no ya un concepto sociológico o descriptivo como el de tantos textos del Corpus Iuris Civilis, sino un concepto dogmático y normativo en cuya virtud el derecho de gentes (y con él la esclavitud de cuño europeo, asumida su función de arquetipo en el seno de ese derecho) tiene vigencia universal y carácter normativo.

PALABRAS CLAVE

Esclavitud, trata, ius gentium, Escuela de Salamanca.

ABSTRACT

With special reference to the theologian-jurists of the School of Salamanca during the 16th and 17th centuries, the author of this work questions the inveterate theory according to which slavery is an institution of the law of nations. As an alternative to that idea, he maintains the framing of slavery in the sphere of ius civile, since the proper

law of each people was the one that admitted it, if it did, and gave it a specific regulation. The Spanish and the Portuguese spread throughout the world a civil model of slavery, the European servitude of Roman stock, which was not and could not be the nonexistent iuris gentium slavery. The imposition and maintenance of this model were favored by the new concept of the law of nations promoted by the masters of the Iberian universities: no longer a sociological or descriptive concept like that of so many texts of the Corpus Juris Civilis, but a dogmatic and normative concept by virtue of which the law of nations (and with it European slavery, once it has assumed its role as archetype within that law) has universal validity and normative character.

KEY WORDS

Slavery, slave trade, ius gentium, School of Salamanca.

Recibido: 01-12-2021

Aceptado: 5-02-2022

SUMARIO/SUMMARY: I. Introducción. II. El modelo europeo de esclavitud. II.1 La esclavitud de los romanos: entre el *ius gentium* y el *ius civile*. II.2 Las *Partidas*: un modelo civil de esclavitud. II.3 Síntesis. III. Derecho de gentes y esclavitud: el pensamiento de la Segunda Escolástica. III.1 Las doctrinas sobre el *ius gentium*. III.1.1 Francisco de Vitoria. III.1.2 Domingo de Soto. III.1.3 Luis de Molina. III.1.4 Fernando Rebelo. III.1.5 Francisco Suárez. III.1.6 Síntesis. III.2 Sobre la esclavitud «legal» y su despliegue. III.2.1 Francisco de Vitoria. III.2.2 Domingo de Soto. III.2.3 Luis de Molina. III.2.4 Fernando Rebelo; III.2.5 Francisco Suárez. III.2.6 Síntesis. III.3 La cuestión de la trata. III.3.1 Luis de Molina. III.3.2 Fernando Rebelo. IV. Desde la orilla americana. IV.1 Los indios y la esclavitud. IV.1.1 Toribio de Benavente, Vasco de Quiroga y Bartolomé de las Casas. IV.1.2 António Vieira. IV.2 La esclavitud de los africanos. IV.2.1 Bartolomé de Las Casas. IV.2.2 Tomás de Mercado, Bartolomé de Albornoz, Alonso de Sandoval. IV.2.3 António Vieira. IV.2.4 Epifanio Moirans. IV.3 Síntesis: indios y negros, negros e indios. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

A mi modo de ver, una aproximación a la problemática de la esclavitud en los siglos XVI y XVII, desde el punto de vista específico de las contribuciones de la Segunda Escolástica, requiere la atenta consideración de al menos los siguientes aspectos: ante todo la caracterización institucional del tipo de esclavitud familiar a portugueses y castellanos y propagado por ambos pueblos ibéricos a lo largo y ancho de su expansión ultramarina. En segundo lugar, las doctrinas desarrolladas por los exponentes de la Segunda Escolástica acerca del derecho de gentes y de la esclavitud, incluyendo la equívoca e infeliz clasificación de esta institución como propia del *ius gentium*, su identificación con la

servidumbre de cuño europeo y, como consecuencia última, la asimilación al paradigma así establecido del conjunto de relaciones de sujeción usadas por los pueblos extra-europeos, tan heterogéneas, por fuerza, como indican la dispersión geográfica y la diversidad cultural de esas sociedades. Y por último, el reflejo de las doctrinas escolásticas en algunos autores que, bien sea en suelo americano, bien en Europa explotando su personal experiencia americana, opinan y escriben sobre la esclavitud tanto indígena como africana.

Antes de iniciar el examen de esos puntos, quisiera hacerme eco de una reciente invitación a contemplar el desarrollo de la Escuela de Salamanca como un caso de «producción global de conocimiento»¹. La hipótesis se presenta estimulante y novedosa pero sólo podrá ser validada, como apunta muy bien su promotor, mediante la realización de estudios particulares en múltiples campos y sobre temas muy diversos. En cierto modo, mi aproximación a los problemas de la esclavitud podría ser uno de esos estudios, pues pone claramente de manifiesto la existencia, en el espacio temporal contemplado, de un intenso tráfico de datos, ideas y propuestas de doble dirección entre la Península Ibérica, en uno de los extremos, y África y América en el otro. Así, por ejemplo, la toma de posición sobre la trata de negros de un Luis de Molina o de un Fernando Rebelo se basa en la minuciosa información que estos profesores, sin salir de sus cátedras en la Universidad de Évora, habían logrado reunir acerca de los reinos y enclaves africanos en los que los traficantes portugueses se abastecían de esclavos. En la otra dirección, los ejemplos de Vasco de Quiroga, Bartolomé de las Casas o António Vieira, entre tantos otros, muestran la influencia que la experiencia directa de América podía llegar a ejercer sobre las decisiones de las

¹ DUVE, T., «La Escuela de Salamanca: ¿un caso de producción global de conocimiento? Consideraciones introductorias desde una perspectiva histórico-jurídica y de la historia del conocimiento» = *The School of Salamanca. A Digital Collection of Sources and a Dictionary of its Juridical-Political Language*, Working Paper Series No. 2018-02 «Working Paper: No. 2018-02 - La Escuela de Salamanca»; se trata de un «ensayo exploratorio» (p. 27) cuyo núcleo expresan bien las frases siguientes: «¿Recepción del pensamiento salmantino o co-evolución? Éste es uno de los temas centrales en los que habría que profundizar a partir de un análisis crítico y exhaustivo de las fuentes y de una comprensión de la complejidad de la producción normativa en una época marcada por el casuismo y un particular método dialéctico y de selección y uso de temas y autoridades» (p. 16); «En síntesis, sacerdotes y misioneros, teólogos y juristas, autoridades reales y comerciantes, fueron parte de una comunidad comunicativa que no se puede restringir a ciertas ciudades, regiones o continentes, pues sus libros, cartas, informes e incluso ellos mismos circulaban en un espacio enorme. Contribuyeron todos ellos a traducir, en contextos similares o a veces altamente distintos, un lenguaje jurídico-político que tuvo a Salamanca como uno de sus principales centros de su producción, aunque no de forma exclusiva» (p. 18). Una valoración de esta propuesta en RAMÍREZ SANTOS, C. A. y EGÍO, J. L., *Conceptos, autores, instituciones. Revisión crítica de la investigación reciente sobre la Escuela de Salamanca (2018-19) y bibliografía multidisciplinar*, Madrid, 2020, pp. 49 s., 53 s., 57 s. Vid. ahora también DUVE, T., «The School of Salamanca: A Case of Global Knowledge Production», *The School of Salamanca: A Case of Global Knowledge Production*, DUVE, T., EGÍO J. L. y BIRR, C. (eds.), Leiden-Boston, 2021, los apartados 6: The School as an epistemic community and a community of practice (pp. 21 ss.), 7: A knowledge-historical perspective on the «School of Salamanca» (pp. 26 ss.) y 8: Salamanca as a case of global knowledge production (pp. 31 ss.).

autoridades, locales y metropolitanas, relativas al tratamiento y la libertad de los indios americanos y, de forma indirecta, al tráfico de esclavos negros.

Otra aclaración previa me parece todavía indispensable. El autor de un trabajo muy reciente sobre Francisco Suárez enfatiza, desde el campo de la filosofía del derecho, la necesidad de poner en práctica una cierta «insubordinación epistémica», «descolonizada y no eurocéntrica» a fin de «desvelar las implicaciones nefastas de los Derechos Internacional y Natural a lo largo de los siglos»². Habiendo aplicado yo dos adjetivos poco halagüeños –equivoca e infeliz– a la catalogación de la esclavitud como institución del derecho de gentes, el lector podría pensar que asumo los postulados ideológicos implícitos en la fraseología tan aparatosa que acabo de copiar. Nada más lejos de la realidad: compartir esos principios me sería muy difícil puesto que el revisionismo me deja totalmente frío y tampoco consigo reconocerme en la morbosa figura del europeo contrito por el peso negativo de su historia³. Creo, además, que la tarea del investigador no consiste en juzgar los hechos sino en estudiarlos con el fin de conocerlos a fondo, y que ésta es la única forma de comprobar si ofrecen o no base suficiente para una determinada teoría. Como es natural, estas sencillas convicciones no me impiden pensar, y lo avanzo desde ahora, que, en lo que toca al encuadramiento de la esclavitud como institución del *ius gentium* –y de modo muy especial a la función que se descubre por debajo de esa clasificación–, los representantes de la Segunda Escolástica merecen un rotundo reproche de inconsecuencia. Considero, en efecto, que, al emplazar tácitamente bajo el paraguas del derecho de gentes cualquier forma o expresión de servidumbre que les parezca guardar una mínima semejanza con la esclavitud de cuño europeo, esos escritores escamotearon el auténtico problema e ignoraron los límites conceptuales y de contenido que ellos mismos habían definido para aquel derecho.

Insisto, de todos modos, en que para llegar a este tipo de conclusiones no es necesario engancharse bajo la bandera de ninguna insubordinación epistémica ni sustituir una posición eurocéntrica –inservible u odiosa vaya usted a saber por qué– por otra supuestamente libre de ese vicio a la vez de origen y de pers-

² Así RÉGIO DE ALMEIDA, M., «Francisco Suárez e a Filosofia dos Direitos Humanos: algumas lições controversas», *Suárez em Lisboa 1617-2017. Actas do Congresso*, CARIDADE DE FREITAS, P., SEIXAS, M. y CALDEIRA FOUTO, A. (coords.), Lisboa, 2018, pp. 61, 50 con las referencias de la nt. 2; algunas observaciones sobre este tipo de orientación en BUNGE, K., «Das Verhältnis von universaler Rechtsgemeinschaft und partikularen politischen Gemeinwesen: Zum Verständnis des *totus orbis* bei Francisco de Vitoria», *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*, BUNGE, K., SPINDLER, A. y WAGNER, A. (eds.), Stuttgart, 2011, pp. 205 s., 224 y nt. 70.

³ Como mucho, sería admisible un revisionismo que no hiciera tabla rasa de los factores imperiales y coloniales que de todos modos existen ni les diera un uso ideológico: cfr. RAMADA CURTO, D., *Cultura imperial y proyectos coloniales de los portugueses (siglos xv-xviii)*, Madrid, 2019, p. 293; por decirlo con fórmula más general, un enfoque preocupado por el contexto histórico y por evitar el anacronismo en la interpretación de los hechos. La literatura postcolonial suele incumplir este estándar y no es raro que acabe cayendo en el mismo «defecto» que pretende superar o combatir. Sobre perspectivas de estudio lastradas ideológicamente vid. RAMÍREZ SANTOS y EGÍO, *Conceptos, autores, instituciones, cit.*, pp. 42, 56 ss.

pectiva⁴. Aún más: sospecho que este tipo de conclusiones son tanto más sólidas, y su valor tanto más alto, cuanto mayor es la libertad de juicio con la que procede el razonamiento que logra alcanzarlas. Sea de esto lo que fuere, mi ambición se queda bastante corta en comparación con el épico objetivo de mostrar las implicaciones nefastas del derecho natural y el derecho internacional a lo largo de los siglos. Como mucho, mi intención sería, según he sugerido ya, mostrar la debilidad teórico-práctica de esa especial doctrina de los escolásticos –la principal de las suyas sobre la esclavitud– que combina la vieja idea de que la esclavitud es una institución perteneciente al derecho de gentes con una nueva forma de concebir este derecho. Nótese lo concreto de mi enfoque, para el cual las consecuencias nefastas con cuya existencia sin duda debemos contar de antemano son solamente indicios de la debilidad de la teoría en cuestión, datos que traicionan y subrayan su endeblez, pero de ningún modo la constituyen porque el defecto radica en el interior de la teoría misma. Lo cual quiere decir, por si aún no se ha entendido, que la doctrina de los escolásticos no era en realidad más sólida cuando fue formulada hace unos cuantos siglos que lo que pueda resultarle hoy a un estudioso habituado a trabajar, sencillamente, con las reglas del arte y con los instrumentos que éste le proporciona. Y en consecuencia, que la identificación y la explicación de su fragilidad no es algo que debamos agradecer a giros epistémicos más o menos osados ni a ascéticos ejercicios de extrañamiento intelectual dizque capaces de otorgarnos una mirada nueva, más pura o más valiosa sobre los objetos del pasado.

En definitiva, siempre que acierte a respetar la consistencia histórica del tema elegido para mi estudio, no tengo la más mínima duda de que podré avanzar con paso firme por el camino de la crítica sin necesidad de declararme en comunión con ninguna capilla en particular. Me conforta en esta convicción el valioso ejemplo de Sir Henry Sumner Maine en su célebre libro *Ancient Law* publicado en 1861: *Regius Professor of Civil Law* en la Universidad de Cambridge, Maine es perfectamente capaz de criticar con gran agudeza los desarrollos teóricos de la Edad Moderna acerca del derecho de gentes sin caer en ninguna clase de revisionismo y, como es obvio, mucho antes de la aparición de las diversas tendencias de este estilo que, de forma creciente, tienden a invadir la actual investigación histórico-jurídica. Por lo demás, puedo avanzar desde este momento que mis propias observaciones van, en general, en una dirección muy parecida a la que siguen las de él⁵.

⁴ Sobre eurocentrismo y literatura «postcolonial», *vid.* CAVALLAR, G., «Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation, or True Cosmopolitans?», en *Id.*, *Imperfect Cosmopolis: Studies in the History of International Legal Theory and Cosmopolitan Ideas*, Cardiff, 2011, pp. 17 ss.; KOSKENNIEMI, M., «Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism», en *Rechtsgeschichte – Legal History*, 19, 2011, pp. 152, esp. 168 s.; KOSKENNIEMI, M., «Vitoria and Us. Thoughts on Critical Histories of International Law», en *Rechtsgeschichte – Legal History*, 22, 2014, pp. 119 ss.

⁵ *Vid.* por ejemplo SUMNER MAINE, H., *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London, 1861, p. 86: «The hypothesis of a Natural Law had become not so much a theory guiding practice as an article of speculative faith»; p. 99: «No passages has ever been adduced from the remains of Roman law which, in my judgement, proves the jurists to have believed natural law to have obligatory force between independent

II. EL MODELO EUROPEO DE ESCLAVITUD

Punto de partida indispensable de nuestro estudio es la institución de la esclavitud tal como era conocida y practicada en la Península Ibérica desde mucho antes del siglo XVI⁶. El examen se dividirá en dos partes, una relativa al derecho romano y otra a las *Partidas* de Alfonso X el Sabio; en cada una de ellas, la descripción sucinta del régimen jurídico de la esclavitud trata de ponerse al servicio de la reconsideración crítica de aquella persistente teoría según la cual la institución por la que nos interesamos es propia del derecho de gentes. El propósito es poner a prueba el significado de esta adscripción teniendo a la vista dos datos imprescindibles: el propio concepto de *ius gentium* y el origen y el carácter de las reglas que disciplinan las diferentes facetas de la servidumbre. La pregunta decisiva podría ser la siguiente: ¿hubo alguna vez un perfil institucional de la esclavitud, determinado y suficiente, del que se pueda afirmar con fundamento que procedía del derecho de gentes o que tenía su base en él?⁷ Porque si ese perfil nunca existió, su falta nos deja una única razón por la que se sostuvo durante tanto tiempo, de los romanos en adelante, el carácter *iuris gentium* de la esclavitud; a saber, la aparente extensión universal de la institución. Y será entonces muy probable que nos veamos obligados a reconocer la inanidad de aquella clasificación, cuyo resultado más visible habría sido la creación de un simple envase con el rótulo «esclavitud» labrado en su cara exterior, un recipiente vacío y preparado para recibir en su oquedad el contenido predisuesto por el usuario⁸, que de esta forma lo pone en circulación bajo el prestigioso sello del *ius gentium*.

commonwealths (...) The early modern interpreters of the jurisprudence of Rome, misconceiving the meaning of Jus Gentium, assumed without hesitation that the Romans had bequeathed to them a system of rules for the adjustment of international transactions».

⁶ Vid. por todos SACO, J. A., *Historia de la esclavitud*, vol. V, La Habana, 2006, pp. 225 ss.; PIQUERAS, J. A., *La esclavitud en las Españas. Un lazo transatlántico*, Madrid, 2012, pp. 27 ss.; SEIXAS, M., *Pessoa e trabalho no direito português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, Lisboa, 2016, pp. 53 ss.

⁷ Algo, queremos decir, que dibujara una institución jurídica completa más allá de los «principios elementales» de los que habla ZIEGLER, K. H., «Zum Völkerrecht in der römische Antike», *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, SCHERMAIER, M. J., REINER, J. M. y WINKEL, L. C. (eds.), Köln-Weimar-Wien, 2002, p. 943, a propósito del *ius fetiale* de los romanos: «Das römische Fetialrecht ist also die nationale Ausprägung elementarer Grundsätze des internationalen Rechts, die mithin nicht erst durch römische Rechtsetzung geschaffen sind, sondern bei allen Völkern gelten». Cfr. J. ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», en ID. (ed.), *Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica, ensayos y monografías. Derecho y justicia en la historia de Iberoamérica. Afroamérica, la tercera raíz. Impacto en América de la expulsión de los jesuitas* [CD-Rom], 2005, p. 6: «por fas y por nefas, el ordenamiento de esclavos fue fruto, al cabo, del derecho romano, bien por la vía de las leyes de Indias, bien por las *Partidas*, bien por el *Corpus iuris civilis*».

⁸ V. CORTÉS ALONSO, «Algunas ideas sobre la esclavitud y su investigación», en *Bulletin de l'Institut Historique Belge de Rome*, 44, 1974 (citado por la ed. de *Esclavos y libertos en los mundos ibéricos. Obra completa de Vicenta Cortés Alonso*, J.-A. YAO [comp.], Madrid, 2011), p. 23, alude a los dramas personales y pérdidas colectivas producidos por «la intrusión de unos sistemas en otros, tan básicamente diferentes», y en nt. 17 recuerda que los negros apresados y embarcados

II.1 LA ESCLAVITUD DE LOS ROMANOS: ENTRE EL *IUS GENTIUM* Y EL *IUS CIVILE*

Para el derecho romano y para la tradición jurídica basada de él, la esclavitud es una institución propia del derecho de gentes. No está de más recordar que el concepto de *ius gentium* presupuesto por esta adscripción, de acuerdo con la tardía teorización que acabó prevaleciendo y fue acogida en la compilación de Justiniano, es el de un derecho común constituido por la *naturalis ratio*, observado por todos los hombres por igual y usado por todos los pueblos⁹. Asimismo conviene advertir que, entendido de esta forma, el presunto carácter común del *ius gentium* –su universalidad– se inspira esencialmente en el sentimiento, extendido entre los romanos, de la presencia de una serie heterogénea de normas e instituciones en todos los pueblos civilizados¹⁰; en otros términos, ese carácter no es tanto un dato histórico comprobado y fehaciente cuanto una apreciación que, en expresión de Giuseppe Grosso, «scaturisce dalla coscienza romana»¹¹. Partiendo de aquí, es fácil colegir que la pertenencia al *ius gentium*

en las costas africanas, pese a conocer y practicar la institución en su propio mundo, cometían suicidio para escapar a la *esclavitud de los blancos*» (énfasis mío).

⁹ Dig. 1.1.9 (Gai. 1 *inst.*) = Inst. 1.2.1: (...) *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*; Dig. 41.1.1 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*): (...) *iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur* (pero cfr. el texto paralelo de Inst. 2.1.11: [...] *iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium*); Dig. 1.1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*): *Ius gentium est, quod gentes humanae utuntur*; Inst. 1.2.2: *ius autem gentium omni humano generi commune est. nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt*.

¹⁰ En este sentido, en primer lugar, G. LOMBARDI, *Sul concetto di «ius gentium»*, Roma, 1947, p. 18: la afirmación de la universalidad de la norma (de *ius gentium*) «non si fonda oggettivamente su di un rilievo statistico compiuto dai romani, ma sboccia subiettivamente dalla coscienza romana, la quale, sia pure muovendo dalla sperienza storica che ha alle spalle, considera o meglio intuisce talune norme come presenti presso tutti i popoli»; también G. LOMBARDI, «Diritto umano e *ius gentium*», en *SDHI*, 16, 1950, p. 263. Tras señalar que en la mayoría de los casos el *ius gentium* es creación romana desde el principio, M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, p. 6, añade lo siguiente: «Die Übereinstimmungen dieser *ius gentium* mit den Rechten der anderen den Römern bekannten Völker hat man nicht von Fall zu Fall durch konkrete Beweisführung festgestellt, sondern man stützt sich auf die allgemeine Erfahrung, die durch gefestigte Tradition der Vergangenheit gesichert ist und keines Beweises bedarf»; p. 7: «(...) die *gentes* des *ius gentium* [sind] alle Völker, die in ihrer sittlichen Haltung mit den Römern auf vergleichbarer Stufe stehen». Pese a su título, la orientación del trabajo de A. SACCOCCIO, «Römische Sklaverei zwischen *ius gentium* und *ius naturale*», *Sklaverei und Recht: Zwischen römischer Antike und moderner Welt*, FARGNOLI, I. y SPÄTH, T. (eds.), Bern, 2018, pp. 41 ss., lo aleja inevitablemente del círculo de nuestro interés.

¹¹ G. GROSSO, «Gai III, 133: riflessioni sul concetto di *ius gentium*», en *RIDA*, 2, 1949 = Id., *Scritti storico-giuridici*, I, *Storia, diritto, società*, Torino, 2000, p. 231; como dice muy bien M. F. CURSI, «*Captivitas* e *capitis deminutio*: la posizione del *servus hostium* tra *ius civile* e *ius gentium*», en *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, p. 337 nt. 142, la existencia de normas comunes a diferentes pueblos no implica la vigencia efectiva de esas normas en todos ellos: «Ciò que rileva, nell'ottica romana, sembra essere piuttosto il riconoscimento della loro generale applicabilità». Según S. PULIATTI, «*Ius gentium* e disciplina dei rapporti internazionali in Isidoro di Siviglia», *Ravenna capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, BASSANNELLI SOMMARIVA, G. y TAROZZI, S. (eds.), Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 29 ss., la noción gayana del *ius gentium* como «ordenamiento jurídico» basado en la *naturalis*

de una institución cualquiera –en nuestro caso de la esclavitud– dice muy poco en principio acerca de la plasmación efectiva que recibe esa institución en el seno de cada ordenamiento en particular, una regulación de la que se podría quizás afirmar, como intentaremos mostrar en este primer apartado, que depende del *ius civile* casi en su totalidad.¹² Esto mismo se puede expresar de forma más sutil sin que el fondo del asunto se vea afectado en absoluto: por ejemplo, señalando que aquel derecho común constituido por la *naturalis ratio* (Dig. 1.1.9 = Inst. 1.2.1) carece de vida propia y concreta –salvo de orden puramente ideal– si no es dentro del ordenamiento del estado; en otras palabras, cualquiera que sea su pretendida fuente última, las instituciones del *ius gentium* existen solamente en la realidad de cada ordenamiento estatal.¹³ En definitiva, en las fuentes romanas la idea de que la esclavitud es una institución del derecho de gentes se corresponde con un concepto genérico, descriptivo o sociológico de *ius gentium* dotado de escaso valor normativo cuando menos en el orden interno de cada pueblo. Todo lo contrario de aquella otra noción de carácter técnico, dogmático o normativo que, con base en datos contrastados de una experiencia histórica concreta, concibe el *ius gentium* como un sector del ordenamiento romano cuya vigencia es independiente de la ciudadanía de los interesados y que, por tanto, es aplicable también a los *peregrini*¹⁴.

ratio y de ámbito más amplio que el estatal se sitúa inicialmente en el plano abstracto de la pura especulación filosófica.

¹² Dig. 1.1.6 pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur*; Dig. 1.1.9 (Gai. 1 *inst.*): *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis*; Dig. 41.1.1 pr. (Gai 2 *rer. cott.*): *iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae*. CURSI, «*Captivitas e capitis deminutio*: la posizione del *servus hostium* tra *ius civile* e *ius gentium*», *cit.*, p. 327, se refiere a la naturaleza de la *captivitas* en términos de «una *servitus* di *ius gentium* con effetti nella sfera dello *ius civile*»; la cuestión, sin embargo, es que esos efectos en la esfera del *ius civile* de ningún modo se podrían considerar parte del *ius gentium*: como ya advirtiera Cicerón, *de off.*, 3.17.69, [*ius civile*] *non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*; cfr. A. GUARINO, «Il proteiforme *ius gentium*», en *AG*, 136, 1949 = *Id.*, *Pagine di diritto romano*, 4, Napoli, 1994, p. 192; CURSI, «*Captivitas e capitis deminutio*: la posizione del *servus hostium* tra *ius civile* e *ius gentium*», *cit.*, pp. 334 s.; E. CHEVREAU, «Le *ius gentium*: entre usages locaux et droit romain», *L'imperium Romanum en perspective. Les savoirs d'empire dans la République romaine et leur héritage dans l'Europe médiévale et moderne*, DUBOULUZ, J., PITTIA, S. y SABATINI, G. (dir.), Besançon, 2014, pp. 305 s.; R. FIORI, «La nozione di *ius gentium* nelle fonti di età repubblicana», *Scritti per Alessandro Corbino*, 3, PIRO, I. (cur.), Tricase, 2016, pp. 116 s. Sobre la naturaleza «compuesta» del postliminio, *vid.* M. F. CURSI, *La struttura del «postliminium» nella Repubblica e nel Principato*, Napoli, 1996, pp. 115 ss.

¹³ Así PULIATTI, «*Ius gentium* e disciplina dei rapporti internazionali in Isidoro di Siviglia», *cit.*, p. 31. Señala A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 392, que el diseño de la distinción entre *ius civile* y *ius gentium*, peculiar del ordenamiento jurídico romano, como algo común a todos los pueblos (Dig. 1.1.9 = Inst. 1.2.1) se inscribe en la línea de la progresiva deslocalización y universalización del derecho romano.

¹⁴ Sobre la diferencia entre ambos conceptos, *vid.* M. TALAMANCA, «*Ius gentium* da Adriano ai Severi», *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, DE GIOVANNI, L. y MAZZACANE, A. (cur.), Napoli, 1998, pp. 192 ss.; también R. FIORI, «*Ius civile, ius gentium, ius honorarium*: il problema della 'recezione' dei *iudicia bonae fidei*», en *BIDR*, 101-102, 1998 [2005], p. 192. Subraya este último autor, *ibid.*, p. 195, que el *ius gentium* es propiamente «derecho sustancial»: «è *ius civile* perché è avver-

Era importante precisar lo anterior porque la especulación teológico-jurídica de los siglos XVI y XVII acerca de la esclavitud arranca de una singular apropiación del concepto genérico de *ius gentium*, al que dota de un valor normativo y de una virtualidad expansiva que, probablemente, a los juristas romanos les hubiera costado mucho reconocer. Quizá debido a esa apropiación, los teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca mostraron, por regla general, más interés en delimitar las causas legítimas de servidumbre que en comprobar la verdadera medida en que las relaciones de dependencia conocidas por los pueblos negroafricanos y amerindios se correspondían con el modelo europeo de esclavitud. De algún modo, es como si hubieran decidido que, concurriendo una causa de las consideradas legítimas, toda relación de sujeción derivada de ella quedaba homologada *ipso facto* como esclavitud *iuris gentium* sin necesidad de examinar su regulación efectiva ni de preguntarse por su significado en el contexto originario¹⁵. Tácitamente, la legislación castellana y portuguesa que admite, limita o prohíbe la práctica de la esclavitud presupone el novedoso concepto de un derecho de gentes de valor normativo y opera con él de la forma descrita; parcialmente al menos, las pretensiones de los esclavistas europeos –traficantes, conquistadores y colonos– buscan su coartada en ese mismo concepto¹⁶. En definitiva, como espero pueda resultar del desarrollo del presente trabajo, una de las raíces de cuanto abuso e incomprensión se pudo dar en materia de esclavitud más allá del ámbito europeo y mediterráneo en general se debe buscar, precisamente, en el supuesto de ser ésta una institución radicada en el derecho de gentes.

tito dai *cives* come vincolante sia nei rapporti con e tra gli stranieri, sia in quelli tra cittadini»; pero cfr. CHEVREAU, «Le *ius gentium*: entre usages locaux et droit romain», *cit.*, pp. 317 s., que excluye cualquier posibilidad de asimilación sustancial o procesal entre la noción de *ius gentium* y la obra del pretor peregrino; D. FEDELE, «*Ius gentium*: The Metamorphoses of a Legal Concept (Ancient Rome to Early Modern Europe)», *Empire and Legal Thought*, CAVANAGH, E. (ed.), Leiden-Boston, 2020, 214 s.

¹⁵ En una obra sobre la América portuguesa publicada en Lisboa en 1693, el jesuita João de Sousa Ferreira describe cierta práctica indígena que podía tener alguna semejanza con la prisión de guerra como causa de esclavitud conforme al *ius gentium*; al respecto, RAMADA CURTO, *Cultura imperial*, *cit.*, p. 259, señala que «las referencias a estas tradiciones indígenas permitía[n] la aplicación de la tradición jurídica del derecho romano». Pero no era ésta la única posibilidad: yendo mucho más allá de la cuestión por la que la *Mesa da Consciência e Ordens* le había preguntado, el padre Manuel da Nóbrega sugirió ya en 1567 la abolición legal de la posibilidad de esclavizar a los indios brasileños debido a que la institución de la esclavitud les era culturalmente ajena: cfr. F. FIDELIS DE OLIVEIRA, «Francisco Suárez e o problema da ‘guerra justa’: a reflexão jurídica coimbrã ante a política imperial portuguesa e o debate sobre a escravidão no Brasil e no Japão», *Suárez em Lisboa 1617-2017. Actas do Congresso*, CARIDADE DE FREITAS, P., SEIXAS, M. y CALDEIRA FOUTO, A. (coords.), Lisboa, 2018, pp. 14 ss., 17.

¹⁶ Baste aquí este ejemplo: «se puede sin scrupulo hazer este trato, porque los que se rescatan y venden alla entre los mismos gentiles, son *sclavos tomados en las guerras* que entre ellos hazen, y es la mas corriente moneda de aquellas partes» (*Relatório de Duarte Lopes* [14-12-1589], *Monumenta Missionaria Africana. Africa Occidental* [1469-1599]. *Suplemento aos séculos XV e XVI*, vol. IV, BRÁSIO, A. (ed.), Lisboa, 1954, p. 515, énfasis mío). Sobre el explorador Duarte Lopes, *vid.* SAMPAIO GARCIA, R., «O português Duarte Lopes e o comércio espanhol de escravos negros (novas achegas à biografia deste explorador africano do século XVI)», en *Revista de História*, 14, 1957, *passim*; TARDIEU, J.-P., *Les penseurs ibériques et l’esclavage des noirs (XVI^e-XVIII^e siècles)*. *Justifications, réprobations, propositions*, Paris, 2016, pp. 43 ss.

Al lado de un argumento jurídico de tanto peso, la teoría aristotélica de la servidumbre natural –pronto establecida, por otra parte, la improcedencia de su aplicación a los indígenas del Nuevo Mundo y a los africanos¹⁷– era en realidad innecesaria. Por sí solo, el derecho se bastaba para definir los aspectos más generales de la institución y los más necesarios para su despliegue: la razón de la existencia misma de la esclavitud (incluida su propagación global y su presencia, por tanto, también en los pueblos africanos y entre los indígenas americanos), las causas de caída en estado servil y la posibilidad de salir de él. Por lo que respecta al origen de la esclavitud, su nacimiento se debió supuestamente al propósito de conservar la vida a los cautivos de guerra: *captivos vendere ac per hoc servare nec occidere*¹⁸. En cuanto a las causas de las que nace este estado, las únicas enraizadas en el *ius gentium* son la *captivitas* y el nacimiento de madre esclava; en consecuencia, si hubiera otras, su introducción debería ser atribuida al *ius civile*¹⁹. También las manumisiones pette-

¹⁷ Entre otros, Francisco de Vitoria, *De Indis*, prima pars, sect. 1, nn. 1 y 16; Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, lib. 2, quaest. 2, art. 2; Miguel de Palacio, *Praxis theologica de contractibus et restitutionibus*, lib. 2, cap. 10; Luis de MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 105. Vid. GARCÍA AÑOVEROS, J. M. «Los argumentos de la esclavitud», *Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica, ensayos y monografías. Derecho y justicia en la historia de Iberoamérica. Afroamérica, la tercera raíz. Impacto en América de la expulsión de los jesuitas*, [CD-Rom], ANDRÉS-GALLEGO, J. (ed.), 2005, pp. 31 s., 78 ss., 107 s.; CORDERO PANDO, J., «El poder en la república: sus formas y funciones según Francisco de Vitoria», *Francisco de Vitoria, Relectio de potestate civili. Estudios sobre su filosofía política*, ID. (ed.), Madrid, 2008, pp. 331 ss.; RODRIGUES MONTES D'OCA, F., «O direito positivo das gentes e a fundamentação não naturalista da escravidão em Francisco de Vitoria (1483-1546)», en *Mediaevalia. Textos e Estudos*, 31, 2012, pp. 42 ss.; CALAFATE, P. y DA SILVEIRA LOUREIRO, S. M., «A Escola Peninsular da Paz: a contribuição da vertente portuguesa em prol da construção de um novo direito das gentes para o século XXI», en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 13, 2013, pp. 271 ss.; cfr. las precisiones de CASTILLA URBANO, F., «The Salamanca School on slavery: from naturalism to culture and awareness», Max Planck Institut for European Legal History Research Paper Series No. 2020-2 «https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3526000», esp. pp. 7 ss., 11 ss.

¹⁸ Dig. 1.5.4.1 y 2 (Flor. 9 *inst.*) = Inst. 1.3.2 y 3: *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent*; Dig. 50.16.239.1 (Pomp. l. s. *ench.*): '*Servorum*' appellatio ex eo fluxit, quod imperatores nostri captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent; la misma explicación en August., *De civ. Dei*, 19.15 e Isid. *Etym.*, 5.27.32 y 9.4.43; cfr. Dig. 12.6.64 (Tryph. 7 *disp.*): *libertas naturali iure continetur et dominatio ex iure gentium introducta est*; Greg., *Ep.*, 6.12 (*Patr. Lat.*, 77, 803): *homines, quos ab initio natura liberos protulit, et ius gentium iugo substituit servitutis*. Con notoria inversión de la perspectiva (de «Rechtsgebiet» a «Rechtsquelle»: cfr. LOMBARDI, *Sul concetto*, *cit.*, pp. 262 s.; D'ORS, A., «En torno a la definición isidoriana del *ius gentium*», en ID., *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, pp. 281 ss.; KASER, *Ius gentium*, *cit.*, pp. 49 s.; PULIATTI, «*Ius gentium* e disciplina dei rapporti internazionali in Isidoro di Siviglia», *cit.*, p. 32 nt. 10; FEDELE, «*Ius gentium*: The Metamorphoses of a Legal Concept [Ancient Rome to Early Modern Europe]», *cit.*, pp. 217 s.), en Dig. 1.1.5 (Herm. 1 *iur. ep.*), la propia guerra se considera introducida *ex iure gentium*; algo parecido en Inst. 1.2.2: (...) *bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae*; Nov. 89.1 pr. (a. 539): *servitutum namque invenit bellum*.

¹⁹ Dig. 1.5.5.1 (Marc. 1 *inst.*): *Servi autem in dominio nostro rediguntur aut iure civili aut gentium: iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est: iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur*; Inst. 1.3.4: *Servi autem aut nascuntur aut fiunt. nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civili, cum homo liber maior viginti annis ad pretium participandum*

necen al *ius gentium*²⁰, si bien sólo como un principio que no impone de forma directa ninguna regulación especial en cuanto al modo de hacer efectiva la liberación ni en cuanto a otros efectos que pueda producir el acto más allá de la concesión de la libertad. Ilustran bien lo que decimos las manumisiones solemnes del *ius civile* (*vindicta, censu, testamento*), que junto con la libertad otorgan la ciudadanía, lo que constituye un caso único reconocido como tal ya en la Antigüedad.

Algo semejante sucede con la condición jurídica del esclavo: por pura necesidad lógica, el *ius gentium* demanda su reglamentación, pero el contenido concreto de ésta lo fija el derecho propio de cada pueblo, el *ius civile*, de modo que las diferencias, incluso en aspectos esenciales, son de todo punto inevitables. Dada esta situación, ¿en qué consiste realmente la esclavitud?, ¿cuál es el objeto nombrado por esta palabra?, ¿es único o es múltiple ese objeto? En definitiva, ¿qué significa la afirmación de que la esclavitud es una institución del derecho de gentes y hasta dónde llegan las consecuencias que es legítimo extraer de semejante catalogación? Si esta batería de preguntas tiene sentido ya en relación con la experiencia histórica del mundo antiguo, su pertinencia frente a las realidades de la esclavitud en los siglos XVI y XVII es todavía mucho mayor. Porque lo que los peninsulares llevaron a África y América acaso no fue una institución del *ius gentium*, si es que hubo nunca tal cosa, sino un tipo determinado de esclavitud al que podemos llamar esclavitud europea y cuya regulación procedía casi íntegramente del conjunto formado por el *ius commune* y los *iura propria*. Un conjunto, por cierto, cuya correcta consideración técnica no es la de *ius gentium* sino la de *ius civile*, lo cual es evidente no sólo cuando se lo toma como unidad sino también en relación con cada uno de sus componentes, los múltiples *iura propria* y el *ius commune*,²¹ de los cuales el segundo podría ser elevado, a lo sumo, a la categoría de derecho civil general del Imperio o de la Cristiandad.

Queda advertido pues que las reflexiones desarrolladas en estas páginas no toman como punto de referencia una inexistente *servitus iuris gentium*, sino una cierta regulación «civil» de la esclavitud que los castellanos y los portugueses, de forma más o menos fatal, más o menos consciente e interesada, asumieron

venumdari passus est; Inst. 2.1.17: *Item ea quae ex hostibus capimus iure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitatem nostram deducantur* = Dig. 41.1.5.7 y 7 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*). Es de destacar que en Inst. 1.3.4 el nacimiento queda al margen de la clasificación de las causas de esclavitud en civiles y del *ius gentium*.

²⁰ Dig. 1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*) = Inst. 1.5 pr.: *Manumisiones quoque iuris gentium sunt... quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis.*

²¹ El título de los comentarios de Alonso de Acevedo a la *Nueva Recopilación* de 1567 es, a este respecto, un auténtico emblema: *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Salmanticae, 1583. Repárese también en el lenguaje de Pedro de Ledesma, *Segunda parte de la Summa, en la qual se summa y cifra todo lo moral y casos de consciencia, que no pertenecen los sacramentos*, trat. 8, cap. 3, p. 223a: «(...) muchos derechos y constituciones, que ay en el derecho comun, y en los derechos particulares, y constituciones de los Reynos pertenecientes a este punto» [la llamada servidumbre legal]; causas de la servidumbre legal; el nacimiento de madre esclava «como lo dice el derecho civil»; por derecho de la guerra «porque los captivos en tiempo de guerra por derecho de las gentes se hacen esclavos, como se determina en el Derecho Civil».

como paradigma de la institución. De donde la necesidad de aprehender las líneas principales de este modelo institucional para poder preguntar después hasta qué punto pudo estar justificada su extensión más allá del espacio cultural y jurídico en el que se había formado. Un modo práctico de acercarse a este conocimiento es dirigir la mirada hacia el código de las *Siete Partidas*²².

II.2 LAS PARTIDAS: UN MODELO CIVIL DE ESCLAVITUD

Aunque acoge el concepto descriptivo de *ius gentium* de los textos romanos, el código alfonsino le añade una nota de necesidad que en aquellas fuentes no era tan absoluta²³; tal es en todo caso la idea que tiene a sus espaldas el reconocimiento de la esclavitud como institución del derecho de gentes en la primera ley del título correspondiente.²⁴ Como causas legítimas de servidumbre, la misma ley menciona el cautiverio de guerra (sólo si los prisioneros son enemigos de la fe), el nacimiento de madre esclava y, con ciertos requisitos, la venta de sí propio como esclavo. Por otra parte, aunque la ley de *Partidas* no lo declara, ya se ha visto que sólo la *captivitas* y el nacimiento pertenecen al *ius gen-*

²² Una explicación sintética de la regulación de la esclavitud en las *Partidas* y de su aplicación en la América hispana en GARCÍA GALLO, C., «Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas», en *AHDE*, 50, 1980, pp. 1009 ss., esp. 1019 ss. y 1025 ss.; *vid.* ya antes LEVAGGI, A., «La condición jurídica del esclavo en la época hispánica», en *Revista de Historia del Derecho*, 1, 1973, pp. 83 ss.; también es útil la descripción de WATSON, A., *Slave Law in the Americas*, Athens, Georgia, 1989, pp. 44 ss., 117 ss.; más recientes ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», *cit.*, pp. 38 ss., y TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 25 ss. Para un panorama tendencialmente exhaustivo de la legislación relativa a la esclavitud en la América española, *vid. in totum* LUCENA SALMORAL, M., «Leyes para esclavos. El ordenamiento jurídico sobre la condición, tratamiento, defensa y represión de los esclavos en las colonias de la América española», *Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica, ensayos y monografías. Derecho y justicia en la historia de Iberoamérica. Afroamérica, la tercera raíz. Impacto en América de la expulsión de los jesuitas*, [CD-Rom], ANDRÉS-GALLEGO, J. (ed.), 2005, pp. 19 ss. sobre las *Partidas*. Para la regulación portuguesa y la consiguiente práctica de la esclavitud, además de las pocas páginas de WATSON, *Slave Law*, *cit.*, pp. 91 ss., *vid.* el excelente estudio de SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, *cit.*, parte 1, §§ 2: *Escravo: coisa, homem, pessoa, sujeito?*, y 3: *Da liberdade à escravidão (adquisição do estatuto)*; parte 2, §§ 2: *Da escravidão à liberdade? A manumissão*, y 3: *Da escravidão à liberdade? Ope legis, até 1810*; aunque su atención se dirige especialmente al período comprendido entre 1750 y 1878, la autora informa en todo momento sobre los antecedentes del modelo de esclavitud objeto de exposición, que no es otro que aquel por el que nos interesamos. Sobre el ámbito ibérico en general, ZEUSKE, M., «Sklaverei in der Neuen Welt – auch eine transrechtliche Sklaverei auf der Linie Afrika-Atlantik-Amerika?», *Sklaverei und Recht: Zwischen römischer Antike und moderner Welt*, FARGNOLI, I. y SPÄTH, T. (eds.), Bern, 2018, pp. 109 ss., con la advertencia, en todo caso, de que este autor parte de la extensión poco menos que universal de la esclavitud –término que él prefiere utilizar en plural: «Sklavereien»– e incluye en este concepto toda una serie de figuras (repartimiento, mita, naborías, etc.) que jurídicamente no lo son.

²³ *Partidas*, 1.1.2: «derecho comunal de todas las gentes (...) hallado con razon, e otrosi por fuerça, porque los omes non podrian bien bivir entresi en concordia, en en paz si todos non usasen del»; *cfr.* Inst. 1.2.2 (el texto *supra*, nt. 9).

²⁴ *Partidas*, 4.21.1.

tium –y la primera aun sin la limitación de cariz religioso añadida por la ley²⁵–, mientras que la autoventa es propia del *ius civile*²⁶.

Las razones por las cuales los esclavos alcanzan la libertad pueden ser tan diversas como disponga una determinada regulación positiva. De hecho, las *Partidas* consagran un título entero a esta cuestión, pero, de todo su contenido²⁷, origen y fundamento en el derecho de gentes sólo se le puede reconocer a la manumisión en tanto acto del dueño por el que da la libertad a su esclavo. Las *Partidas* prevén por supuesto la posibilidad de manumitir: la prevén y de esta forma satisfacen la correspondiente exigencia del *ius gentium*, y también la regulan indicando quién y de qué formas la puede realizar²⁸. Ahora bien, por sí misma esta regulación no es derecho de gentes sino *ius civile*.

En cuanto a la condición jurídica de los esclavos, éstos son tratados, en primer lugar, como cosas corporales susceptibles de dominio, lo cual quiere decir que el propietario tiene en principio sobre sus siervos todas las facultades que el derecho de propiedad confiere en general sobre las cosas²⁹. Otras consecuencias derivadas de esa misma consideración son las siguientes: puesto que carece de señorío sobre sí mismo, el esclavo no puede tener bienes propios³⁰; no puede usar cosas ajenas y, en caso de llegar a poseer algo por su actividad como *institor* o manejando el peculio, será el dueño quien lo adquiera por medio de él³¹;

²⁵ Esto ya conforme al *ius gentium*, pero cfr. además *Partidas* 3.28.4: «quier sea Christiano quier moro».

²⁶ De la misma naturaleza son otras dos causas de esclavitud de aplicación más restringida y respaldadas ambas por el derecho canónico (cfr. respect. c. 3. C. 15. q. 8 y X. 5.6.6): según *Partidas*, 4.21.3, los hijos de la mujer libre que se casa con clérigo constituido *in sacris* se hacen esclavos de la iglesia en la que sirve el padre; conforme a *Partidas*, 4.21.4, los cristianos que ayudan o aconsejan a los enemigos de la fe se convierten en esclavos de quien quiera que los aprehenda. Son supuestos de la esclavitud como pena.

²⁷ Liberación por méritos («bondades») aun contra la voluntad del amo: *Partidas*, 4.22.3; liberación de la esclava prostituida por su señor: *Partidas*, 4.22.4; liberación por matrimonio con persona libre: *Partidas*, 4.22.5, cfr. *Partidas*, 5.4.1; liberación por recepción de órdenes sagradas: *Partidas*, 4.22.6; prescripción de la libertad: *Partidas*, 4.22.7, cfr. *Partidas*, 3.29.23; relaciones de patronato: *Partidas*, 4.22.8; ingratitud y *revocatio in servitute*: *Partidas*, 4.22.9, cfr. *Partidas*, 3.30.16; derechos del patrono en los bienes del liberto: *Partidas*, 4.22.10 y 11. Además, liberación del esclavo herido o enfermo que es abandonado por su señor: *Partidas*, 3.28.49; liberación del esclavo instituido como heredero universal por el señor que carece de hijos: *Partidas*, 6.3.3; si el copropietario nombra heredero al esclavo con la única intención de liberarlo, los restantes señores son obligados a aceptar la parte del precio que proporcionalmente les corresponda; *Partidas*, 6.3.23; prohibición de la manumisión en fraude de acreedores: *Partidas*, 6.3.24. De acuerdo con la *Recop. de las Leyes de Indias*, 7.5.5, como muy tarde desde 1527 la liberación por matrimonio con persona libre no se aplicó en América.

²⁸ *Partidas*, 4.22.1 y 2.

²⁹ Como se dice en *Partidas*, 4.21.6, «llenero poder ha el señor sobre su siervo, para fazer del lo que quisiere»; *Partidas*, 4.5, prólogo: el esclavo «no tan solamente pierde poder de non fazer de lo suyo lo que quisiere, mas aun de su persona misma non es poderoso, sino en quanto manda su señor»; *Partidas*, 3.2.27 define la propiedad como «el señorío, que el ome ha en la cosa». Es significativa la aplicación, en el derecho portugués, de la responsabilidad por vicios ocultos al vendedor del esclavo: *vid.* SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, *cit.*, pp. 97 ss.

³⁰ *Partidas*, 3.30.16: «Ca pues que ellos... non han poder de si mismos non pueden aver tenencia en las otras cosas».

³¹ *Partidas*, 3.29.3; cfr. *Partidas*, 3.29.13.

lo mismo sucede cuando se le nombra heredero o se le deja un legado³²; a su vez, el parto de la esclava es equiparado a las crías de los animales y tratado como fruto³³. El resumen de lo anterior es que toda ganancia del siervo, de cualquier forma que se produzca y cualquiera que sea su origen, pertenece a su señor; sendos pasajes de las Instituciones y el Digesto adscriben esta regla al *ius gentium* con base en el argumento empírico de que es observada *apud omnes gentes*³⁴.

Por otra parte, y sin embargo de lo anterior, el esclavo es una cosa muy diferente de otra cualquiera sobre la que pueda recaer el derecho de propiedad. No ya sólo en virtud del carácter contrario a la naturaleza de la esclavitud³⁵, sino sobre todo porque, aun reducido a la condición jurídica de cosa, el esclavo conserva en todo momento su naturaleza de ser humano dotado de entendimiento y voluntad. En las *Partidas* no escasean los datos que se anudan directamente a esta dimensión del esclavo, una dimensión «personal» que lo aísla dentro del conjunto de las *res* puesto que le dota, en cierta medida, de subjetividad jurídica. Condensando lo más importante, los esclavos gozan de una amplia capacidad matrimonial³⁶; disponen de una limitada capacidad procesal que les permite demandar en su propio nombre tanto en defensa de su libertad como, en algunos casos, para suplir la ausencia de su señor o la inacción de los parientes de éste³⁷; tienen cierta capacidad negocial usando de la cual obligan a sus señores³⁸; y asimismo se les atribuye capacidad delictual³⁹. En otro orden de cosas, la inclusión del sepulcro del esclavo en la categoría de las *res extra commer-*

³² *Partidas*, 4.21.7, *Partidas*, 6.3.2; cfr. *Partidas*, 6.3.23, *Partidas*, 6.9.8.

³³ *Partidas*, 3.29.5; derecho portugués: SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, cit., pp. 100 s. Para el derecho romano el *partus ancillae* no era *fructus*: vid. KASER, *Ius gentium*, cit., pp. 79 s.; KNOCH, S., *Sklavenfürsorge im Römischen Reich*, Hildesheim-Zürich-New York, 2005, pp. 22 ss.; NEGRI, G., «Libertà e *status libertatis*. Nozioni generali introduttive», 'Homo', 'caput', 'persona'. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, CORBINO, A., HUMBERT, M. y NEGRI, G. (cur.), Pavia, 2010, p. 127.

³⁴ Dig. 1.6.1.1 (Gai. 1 *inst.*) = Inst. 1.8.1: (...) *et quodcumque per servum acquiritur, id domini acquiritur*, esto sobre la base de que la *dominorum potestas* es de derecho de gentes; cfr. *Partidas*, 2.21.7.

³⁵ *Partidas*, 4.21.1; cfr. *Partidas*, 4.22, prólogo: «Aman, e cobdician, naturalmente, todas las criaturas del mundo, la libertad, quanto mas los omes que han entendimiento sobre todas las otras».

³⁶ El matrimonio de los siervos es regulado principalmente en *Partidas* 4.5; cfr. también *Partidas*, 4.2.11. Los esclavos pueden casarse tanto entre sí como con persona libre que sepa su condición; lo pueden hacer contra la voluntad de sus dueños; los esclavos casados no pueden ser vendidos por separado de forma que se impida su vida «en uno» (la *Recop. de las Leyes de Indias*, 9.26.22, prohíbe que pasen a Indias esclavos [literalmente «negros»] casados sin llevar con ellos a sus mujeres e hijos). Sobre la práctica efectiva en la América española, vid. J. L. CORTÉS LÓPEZ, *Esclavo y colono. Introducción a la sociología de los negros africanos en la América española del siglo XVI*, Salamanca, 2004, pp. 224 ss.; para el ámbito portugués, SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, cit., pp. 90 ss.

³⁷ *Partidas*, 3.2.8 y 9; cfr. Dig. 1.12.1.1, Dig 5.1.53. Sólo el siervo que tiene «pegujar apartado» puede ser fiador: *Partidas*, 5.12.2.

³⁸ En las operaciones comerciales realizadas por el esclavo como *institor* o *exercitor*: *Partidas*, 4.21.7. A los esclavos se les permite actuar como personeros a fin de reclamar fuera de juicio cosas pertenecientes a su pegujar (peculio) o a su señor: *Partidas*, 3.5.5.

³⁹ *Partidas*, 7.31.8; sobre el tormento de los siervos, *Partidas*, 7.30.6 y 7.

cium (a título de *locus religiosus*) es un reflejo más del reconocimiento de la dimensión humana y personal de los esclavos⁴⁰.

Mención especial merece el pegujar del esclavo, es decir, el peculio servil que aparece varias veces en las *Partidas* pese a carecer de regulación orgánica en este cuerpo legal. Dicho peculio está compuesto por «lo que dan los señores a los siervos», se entiende que para que lo tengan «separadamente por suyo» mientras están bajo su poder, como se dice a propósito del peculio de los hijos⁴¹. Las leyes relativas al siervo que compra su libertad utilizando dineros no procedentes de su señor indican, por otra parte, que el pegujar puede aumentar, cuando no incluso formarse desde el principio, a partir de la actividad del propio esclavo⁴², siempre bajo el supuesto del beneplácito de su señor. Esas mismas leyes confirman el funcionamiento práctico del peculio servil como una especie de patrimonio autónomo, concedido o tolerado por el dueño y con el que el esclavo puede participar en el tráfico jurídico en nombre propio y, *prima facie*, en su propio interés. Ciertamente el pegujar pertenece al dueño del esclavo⁴³, pues ya se ha señalado que éste no puede tener bienes propios. Sin embargo, mientras el señor no se lo retire, el siervo lo gestiona *inter vivos*⁴⁴, pudiendo reclamar cosas pertenecientes al peculio por vía extrajudicial y siendo admitido como fiador⁴⁵. Todo ello además de que, conforme se ha visto también, la ley reconoce y ampara la utilización de los recursos del pegujar para pagar los esclavos su libertad.

El perfil del modelo de esclavitud reflejado en las *Partidas* quedaría incompleto sin una referencia, por corta que sea, a los límites impuestos por el derecho al poder del propietario sobre el siervo. La importancia de este tema es subrayada por la indicación del Digesto y las Instituciones de que la *potestas dominorum*—cuya base sitúan en el *ius gentium*— incluye el derecho de vida y muerte sobre los esclavos por la consabida razón de que esto es lo que se puede observar *apud omnes peraeque gentes*.⁴⁶ Este dato permite insistir aún con más fuerza en la idea de que el del código alfonsino es un modelo «civil» de esclavitud, exactamente igual que el modelo

⁴⁰ *Partidas*, 3.28.24.

⁴¹ *Partidas*, 1.21.1; cfr. *Partidas*, 5.12.2: «pegujar apartado».

⁴² *Partidas*, 3.2.8: «si algund siervo oviessse dineros, que no fuessen de su señor mas que los oviessse avido de otra parte»; *Partidas*, 4.22.9: «si el señor afforra su siervo... non tomando precio: o si recibiesse precio del siervo mismo, que lo da por si».

⁴³ El propietario del esclavo «es señor, e tenedor del siervo, e del cabdal, o pegujar que traya»: *Partidas*, 3.29.3. La cosa comprada *a non domino* por el esclavo de buena fe usando medios del pegujar (o actuando como *institor*) puede ser usucapida por el propietario del comprador: *Partidas*, 3.29.13.

⁴⁴ El esclavo no puede otorgar testamento: *Partidas*, 6.1.16; tampoco intervenir como testigo en un testamento: *Partidas*, 6.1.9.

⁴⁵ Respectivamente, *Partidas*, 3.5.5 y *Partidas*, 5.12.2.

⁴⁶ Dig. 1.6.1.1 (Gai. 1 *inst.*) = Inst. 1.8.1: *Igitur in potestae sunt servi dominorum: quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem fuisse (...)*. No deja de llamar la atención que esto lo escribiera Gayo, o sea, el mismo jurista que atribuía el origen del *ius gentium* a la *naturalis ratio* (Dig. 1.1.9 y Dig. 41.1.1 pr., transcritos *supra*, nt. 9); la explicación se encontraría, según LOMBARDI, *Sul concetto*, cit., pp. 278 s., en la comprensión de la *naturalis ratio* como «lógica natural» desprendida de la realidad objetiva de las cosas y adherente a la realidad concreta con independencia de cualquier valoración moral; cfr. LOMBARDI, «Diritto umano e *ius gentium*», cit., pp. 259 s.; KASER, *Ius gentium*, cit., guarda absoluto silencio sobre esta cuestión; W. W. BUCKLAND, *The*

romano en cualquier momento de su historia. Por lo que toca a este último, sin salir del tema de los límites de la *potestas dominorum* y forzando las cosas entre poco y nada, lo dicho queda probado, por ejemplo, por una constitución de Antonino Pío que prohibió a los propietarios ensañarse con sus esclavos *supra modum et sine causa legibus cognita*, mandando castigar al que hubiese matado sin causa a un esclavo de su propiedad con la misma dureza que si se hubiera tratado de uno ajeno⁴⁷. Puesto que el dato escueto del derecho de gentes es la *vitae necisque potestas* del *dominus*, nada más, se puede defender en efecto que la ley imperial en cuestión responde al patrón de las «adiciones» y «sustracciones» que suponen alejamiento respecto al *ius gentium* en el sentido expuesto en Dig. 1.1.6 pr⁴⁸. En otros términos, se trata explícitamente de una norma que produce *ius proprium*: *ius proprium civitatis*, *ius civile* en definitiva.

La perspectiva no se altera si pasamos a las *Partidas*. En ellas, el ejercicio del poder que el señor tiene sobre su siervo «para fazer del lo que quisiere» se sujeta, por la misma ley que lo califica de «llenero», a límites estrechos dirigidos a impedir el maltrato del esclavo: matarlo, herirlo «contra razon de natura», matarlo de hambre o someterlo a sevicias intolerables. El esclavo puede quejarse del maltrato ante el juez, el cual, si comprueba que lo ha habido, se encargará de vender el siervo y entregar el precio al señor, a cuyo poder nunca podrá volver el maltratado⁴⁹. Para el señor que causa la muerte al esclavo castigándolo en exceso se prevé la pena de destierro por cinco años, o la del homicidio si lo ha hecho a sabiendas y con intención de matar⁵⁰. Dentro del grupo de normas protectoras también se incluyen, seguramente, la liberación de la esclava a la que su señor prostituye y la del esclavo al que el señor abandona encontrándose herido o enfermo⁵¹. Al margen de los abusos recibidos del *dominus*, sobre las *iniuriae* sufridas por los esclavos hay todavía una última previsión de la que cabe dudar si les permite demandar ante el juez en caso de ser leve la ofensa sufrida o de no afectar al señor⁵².

Roman law of Slavery [1908], Cambridge, 1980, p. 36, basa en esos textos la idea de que, *iure gentium*, durante la República los derechos del *dominus* eran ilimitados.

⁴⁷ Dig. 1.6.1.2 (Gai. 1 *inst.*); cfr. Inst. 1.8.2; del mismo modo se deben entender el edicto que otorga la libertad al esclavo enfermo abandonado por su *dominus* (D. 40.8.2, Mod. 6 *reg.*) y la constitución que hace lo propio con la esclava que es prostituida incumpliendo la condición bajo la que fue vendida (D. 2.4.10.1, Ulp. 5 *ad ed.*, D. 37.14.7 pr. Mod. l. s. *de manum.*). En otro orden de cosas, para los nacidos de uniones entre libres y esclavos, el senadoconsulto Claudiano del 52 a. C. y una ley de nombre desconocido alteraron la regla de derecho de gentes *partus sequitur ventrem*; dicha regla fue restaurada por Adriano en lo que respecta al primer caso y por Vespasiano en el segundo: *vid.* Gai. 1.82-85.

⁴⁸ El texto *supra*, nt. 12. Comentando este tipo de intervenciones legislativas dirigidas a moderar la *potestas dominorum* (la reseñada en el texto no es la única), F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 223, hace una interesante observación: dado el carácter universal de la esclavitud, la calificación del poder sobre el esclavo como *potestas iuris gentium* lo hace ingresar en un ámbito de instituciones y relaciones bastante más dóciles a ser reguladas por la ley imperial que las del *ius civile*.

⁴⁹ *Partidas*, 4.21.6; cfr. Inst. 1.8.2.

⁵⁰ *Partidas*, 7.8.9.

⁵¹ Respectivamente *Partidas*, 4.22.4 y *Partidas*, 3.28.49.

⁵² *Partidas*, 7.9.9; cfr. Dig. 1.12.1.8. En caso de ofensa grave o que toque al señor, es él quien tiene la posibilidad de demandar.

II.3 SÍNTESIS

Es hora de terminar este primer apartado. En los textos del *Corpus Iuris Civilis*, los vínculos explícitos de la esclavitud con el derecho de gentes se reducen a lo siguiente: la propia condición *iuris gentium* de la esclavitud (Dig. 1.5.4.1, Inst. 1.3.2, Dig. 12.6.64), la conveniencia de preservar la vida de los prisioneros de guerra como (única) explicación del comienzo histórico de la institución (Dig. 1.5.4.1, Inst. 1.3.3), la *captivitas* y el nacimiento de madre esclava como causas de esclavitud (Dig. 1.5.4.2, Dig. 1.5.5.1, Dig. 41.1.5.7, Dig. 50.16.239.1, Inst. 2.17), las manumisiones (Dig. 1.1.4, Inst. 1.5 pr.) y el carácter ilimitado de la *dominorum potestas* sobre los *servi* (Dig. 1.6.1.1, Inst. 1.8.1). Por lo que respecta al fundamento de la vigencia del *ius gentium*, los argumentos de las fuentes se refieren a la *naturalis ratio* (Dig. 1.1.9, Inst. 1.2.1, Dig. 41.1.1 pr.) y a la exigencia del uso y las *necessitates humanae* (Inst. 1.2.2), pero, sobre todo, los textos insisten en la idea de que el *ius gentium* se usa y observa por igual en todos los pueblos (Dig. 1.1.1.4, Dig. 1.1.9, Inst. 1.2.1 y 2, Dig. 41.1.1 pr.). No parece que estos pocos elementos proporcionen base suficiente para poder hablar en sentido técnico de la esclavitud como una institución de derecho de gentes⁵³. Con más exactitud, no parece que una regulación cualquiera de la esclavitud —la del derecho romano no es más que un ejemplo en la economía de este trabajo— pueda quedar toda ella incluida en el derecho de gentes por la sola razón de que su objeto es una institución *iuris gentium* (conforme al sentido descriptivo de este concepto)⁵⁴.

⁵³ La inclusión del *postliminium* en la esfera del *ius gentium* (Isid., *Etym.*, 5.6) refuerza lo que decimos en el texto; en efecto, si San Isidoro habla de *postliminia*, en plural, probablemente lo hace como una forma de aludir a la existencia de diferentes regímenes de la institución.

⁵⁴ Cfr. HUMBERT, M., «Le *status civitatis*. Identité et identification du *civis Romanus*», «*Homo*», «*caput*», «*persona*». *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, CORBINO, A., HUMBERT, M. y NEGRI, G. (cur.), Pavia, 2010, pp. 169 ss., que muestra con mucha eficacia que la afirmación *manumissiones quoque iuris gentium sunt* de Dig. 1.1.4 no pasa de ser una observación general carente de objeto al que referirse: no hay una manumisión organizada por el *ius gentium* y regulada por él en sus formas y efectos; para poder existir, la manumisión depende de un *ius proprium civitatis*. Lo mismo sucede con el matrimonio, viene a decirnos GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*, 1, Santiago de Chile, 1996, p. 87: aunque es una institución *iuris gentium*, su regulación romana lo convierte en una institución exclusiva del *ius civile* sin perjuicio de lo que dispongan sobre ella los derechos de otros pueblos. Hablando concretamente de la *captivitas*, D'AMATI, L., *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Milano, 2004, p. 48, señala que, aunque se trata de una figura conocida por todos los pueblos, más allá de posibles semejanzas cada uno de ellos la regula según su propio derecho; según CASINOS MORA, F. J., *Derecho privado romano*, Madrid, 2016, p. 133, el hecho de que los esclavos sean objeto de *dominium ex iure Quiritium* y formen parte de las *res mancipi* es indicativo de que la esclavitud pertenece al *ius civile* a la vez que al *ius gentium*. Muy distinto parece ser el punto de vista de LOMBARDI, *Sul concetto*, cit., p. 304 nt. 4 (cfr. pp. 128 nt. 1, 371 s. sobre la tutela), para el cual, el carácter civil de una determinada causa de esclavitud no hace menos exacta la calificación *iuris gentium* de la institución en su conjunto; llevando al extremo las consecuencias de tal opinión, la nihilidad de los *servi* en lo que toca al *ius civile* (scil. el *ius proprium civitatis Romae*) y ante el pretor se debería adscribir al *ius gentium*; cfr. Dig. 50.17.32 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur*; Dig. 28.8.1 pr. (Ulp. 60 *ad ed.*): *pro nullo [servi] apud praetorem habentur*.

Lo mismo se debe decir en relación con las *Partidas*. El cuadro de la institución que se obtiene del código alfonsino está muy lejos de ser exhaustivo⁵⁵. Sin embargo, la síntesis de su regulación ofrecida en los párrafos anteriores aporta una idea precisa y suficiente acerca del tipo de esclavitud que viajó a África y al Nuevo Mundo en las naves gobernadas por los europeos y, al mismo tiempo, permite afirmar el carácter esencialmente «civil» del modelo que transportaban. Para estos fines, la elección de las *Partidas* es adecuada por dos razones: fueron muy utilizadas como derecho supletorio en la América española y sus inevitables lagunas se colmaban, igual que en la metrópoli, acudiendo al *ius commune* romano-canónico⁵⁶. De cualquier modo, lo principal para los fines de nuestro estudio es siempre la idea de modelo y el uso que pueda hacerse de uno en particular. En los siguientes apartados intentaremos mostrar lo mal que se compadece con la dualidad *ius gentium/ius civile* la asunción de una concepción determinada de la esclavitud, como es en nuestro caso la que reflejan las fuentes romanas y las *Partidas*, como molde exclusivo de esta institución.

III. DERECHO DE GENTES Y ESCLAVITUD: EL PENSAMIENTO DE LA SEGUNDA ESCOLÁSTICA

Nuestro primer paso debe consistir en la revisión de las posiciones de la Segunda Escolástica en relación con la esclavitud y sus problemas. Buscando una cierta eficacia, ceñiremos el examen a unos pocos nombres –Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Fernando Rebelo y Francisco Suárez– con la esperanza de que el conjunto pueda considerarse suficientemente representativo⁵⁷. Por otra parte, dado que los escritores elegidos comparten la convicción de que la esclavitud es de derecho de gentes, sus observaciones relativas al despliegue efectivo de la institución se deben medir con las doctrinas que ellos mismos elaboran y enseñan acerca de aquel derecho⁵⁸; no en vano, el

⁵⁵ Faltaría referirse, por mencionar solamente un par de ejemplos, al ejercicio de oficios y profesiones y a la perspectiva religiosa (más allá de lo relativo al matrimonio): sobre todo ello, *vid.* SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, *cit.*, pp. 90 ss., 104 ss. Para una visión completa de la esclavitud en el derecho romano sigue siendo muy útil BUCKLAND, *The Roman law of Slavery*, *cit.*, *in totum*.

⁵⁶ Cfr. BRAVO LIRA, B., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, pp. 8 s., 90 s.; GUZMÁN BRITO, A., «Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio», prólogo a BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, *cit.*, pp. XXIX ss. Además, como recuerda SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, *cit.*, p. 287, las *Partidas* tuvieron larga aplicación en Portugal e influyeron en la legislación real de este país (la autora menciona específicamente las *Ordenações Afonsinas* de mediados del siglo xv).

⁵⁷ Un panorama más completo debería incluir también a otros miembros de la Escuela como Fernão Pérez, Estêvão Fagundes y João Baptista Fragoso: sobre ellos, *vid.* MAURICIO, D., S. I., «A Universidade de Évora e a escravatura», en *Revista Didaskalia*, 7, 1977, pp. 165 ss., 186 ss., 191 ss., respectivamente. De especial interés para el problema de la trata son Tomás de Mercado, *Suma de tratos y contratos* (1569), cap. 21: Del trato de los negros de Cabo Verde; y Bartolomé Frías de Albornoz, *Arte de los contratos* (1573), lib. III, tít. 4: De los cambios y mercaderes, f. 130r-131r; *vid.* TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 97 ss., 101 ss., respectivamente; AMEZÚA, L. C., «La cláusula suareciana sobre la esclavitud de los negros», en *Pensamiento*, 74, 2018, pp. 241 ss.

⁵⁸ Una buena síntesis del desarrollo doctrinal del concepto de *ius gentium* durante la Baja Edad Media (Graciano y los glosadores, Santo Tomás y Egidio Romano, los comentaristas) en

concepto de *ius gentium* viene a ser una atalaya desde la que todos los cinco contemplan (o afectan contemplar) la aplicación de la esclavitud europea a los africanos –incluida la gravísima cuestión de la trata– y a los indios americanos. De ahí la necesidad de comenzar este apartado con la exposición de las referidas doctrinas, conociendo las cuales podremos valorar mejor la consistencia de los pronunciamientos de los diversos autores en relación con la realidad efectiva de la esclavitud.

Una última advertencia es del todo indispensable: en cualquiera de los autores estudiados el derecho de gentes es un tema de amplitud y dificultad suficientes como para no poder abrazarlo en el arco de unos pocos párrafos. Por esta razón, lo único que haremos será fijarnos, hasta donde sea posible para cada uno de ellos, en determinados aspectos que consideramos especialmente importantes para la articulación de un discurso empeñado en conectar la esclavitud con el *ius gentium*. Principalmente, la relación de este derecho con el *ius naturale* y con el *ius civile*⁵⁹, el ámbito al que se extiende su vigencia, la idea o el principio en el que se basa su obligatoriedad y la viabilidad de su derogación, modificación y dispensa.

III.1 LAS DOCTRINAS SOBRE EL *IUS GENTIUM*

III.1.1 Francisco de Vitoria

Por razones que no necesitan ninguna explicación, el primer autor en el que nos debemos detener es Francisco de Vitoria⁶⁰. Según el maestro salmantino, el

FEDELE, «*Ius gentium*: The Metamorphoses of a Legal Concept (Ancient Rome to Early Modern Europe)», *cit.*, pp. 223 ss.

⁵⁹ Incluida esta relación entre los datos o conocimientos que los juristas medievales y modernos pudieron tomar del Digesto: ZIEGLER, K. H. «Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts», en *Ius Commune*, 4, 1974, p. 13; este autor sostiene la extensión al campo del derecho internacional de la ininterrumpida tradición de la ciencia jurídica europea que arranca aproximadamente en el año 1100: p. 3.

⁶⁰ No es necesario explicar que la bibliografía sobre Francisco de Vitoria es abrumadora, apreciación que no cambia por el hecho de que nuestro interés se limite a la doctrina vitoriana sobre el *ius gentium*. Desde este prisma y sin ningún ánimo de exhaustividad, de la literatura más reciente cabe destacar las aportaciones de VIEJO-XIMÉNEZ, J. M., «'Totus orbis, qui aliquo modo est una republica'. Francisco de Vitoria, el derecho de gentes y la expansión atlántica castellana», en *REHJ*, 26, 2004, pp. 359 ss.; PEÑA, J., «Universalismo moral y derecho de gentes en Francisco de Vitoria», en *REHJ*, 28, 2006, pp. 289 ss.; CRUZ CRUZ, J., «*Ius gentium* bei Vitoria: ein eindeutig internationalistischer Ansatz», *Lex und Ius. Beiträge zur Begründung des Rechts in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, FIDORA, A. y LUTZ-BACHMANN, M., Stuttgart, 2010, pp. 301 ss. [hay versión española en CRUZ CRUZ, J. (ed.), *Razón práctica y derecho. Cuestiones filosófico-jurídicas en el Siglo de Oro español*, Pamplona, 2011, pp. 31-47]; WAGNER, A., «Zum Verhältnis von Völkerrecht und Rechtsbegriff bei Francisco de Vitoria», *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*, BUNGE, K., SPINDLER, A. y WAGNER, A. (eds.), Stuttgart, 2011, pp. 255 ss.; KAUFMANN, M., «Francisco de Vitorias Beitrag zur Ablösung des *ius gentium* vom *ius naturale*», *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*, BUNGE, K., SPINDLER, A. y WAGNER, A. (eds.) Stuttgart, 2011, pp. 400 ss.; OLIVEIRA E SILVA, P., «Francisco de Vitoria», *La Escuela de Salamanca. Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno*, PONCELA GONZÁLEZ, A. (ed.), Salamanca, 2015, pp. 148 ss.; HAGGENMACHER, P., «Sources in the Scholastic Legacy: *Ius Naturae* and *Ius Gentium* revisited by Theologians», *The Oxford Handbook on the Sources of*

ius naturale es necesario, independiente de la voluntad humana y absolutamente justo; todo derecho distinto del natural es positivo en el sentido de dependiente de la voluntad o el beneplácito de los hombres. En consecuencia, sancionado por el consentimiento de éstos y justo sólo en la medida en que se ordena a un fin justo, el *ius gentium* es derecho positivo. Se podría argüir que al no ser derecho natural su observancia no es obligatoria para todos. Ahora bien, la libertad de apartarse de él debe ser entendida a la luz de la diferencia entre el derecho de gentes *no escrito* –que es positivo «en virtud de un pacto y consenso privado» o, con más exactitud, por el «consentimiento común de todas las gentes y naciones»– y el derecho de gentes *escrito* –positivo, a su vez, «en virtud de un pacto público»–, en términos tales que aquella libertad se limita solamente a este segundo. Lo decisivo para nosotros es que Vitoria considera que el auténtico *ius gentium* es el primero (del segundo, un derecho interestatal derivado de la firma de tratados, no vuelve a hablar): entendido de esta forma, aun sin llegar a ser deducción necesaria del derecho natural, el de gentes está muy cerca de él y su violación siempre es ilícita por ir contra el consenso común; su derogación parcial sería posible, pero no una derogación completa porque, habiéndose establecido por virtual consenso de todo el orbe, exigiría asimismo un inalcanzable acuerdo de todo el orbe. Contemplado igualmente de esa forma, el *ius gentium* incluye, entre otras muy diversas instituciones, la esclavización de los prisioneros hechos en guerra justa⁶¹.

En otros escritos de Vitoria la diferencia entre el derecho natural y el de gentes parece obscurecerse: el *ius gentium* «vel est ius naturale vel derivatur ex iure naturali», declara el dominico en al menos dos ocasiones⁶². Pero lo importante no es

International Law, BESSON, S. (ed.), Oxford-New York, 2017, pp. 57 ss.; BRETT, A., «Sources in the Scholastic Legacy: The (Re)construction of the *Ius Gentium* in the Second Scholastic», *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, BESSON, S. (ed.), Oxford-New York, 2017, pp. 77 s.; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación», en *CEFD*, 35, 2017, pp. 20 ss.; SÁNCHEZ HIDALGO, A., «Vitoria y Suárez: el derecho internacional en el tránsito a la modernidad», en *Anales de la Cátedra Francisco SUÁREZ*, 51, 2017, pp. 163 ss.; FEDELE, «*Ius gentium*: The Metamorphoses of a Legal Concept (Ancient Rome to Early Modern Europe)», *cit.*, p. 238.

⁶¹ Lo anterior sintetiza las ideas principales del comentario de Vitoria a la *Secunda Secundae* de Santo Tomás, quaest. 57, arts. 2 y 3: *Francisco de Vitoria, O. P., Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás, III: De Justitia (qq. 57-66)*, BELTRÁN DE HEREDIA, V., O. P. (ed.), Salamanca, 1934, pp. 7-17; cfr. CORDERO PANDO, J., «Antología de otros textos políticos», *Francisco de Vitoria, Relectio de potestate civili. Estudios sobre su filosofía política*, ID. (ed.), Madrid, 2008, pp. 214-218; aquí (en la p. 218) una indicación directa de que el derecho de gentes no necesita un consentimiento explícito y formal para ser establecido: «quia ius gentium certe ut plurimum constat solo isto consensu, scilicet virtuali». Sobre la esclavitud: «(...) Idem est de captivis in bello iusto, quod efficiuntur servi de iure gentium apud omnes gentes et nationes» (com. *II-Hae*, quaest. 57, art. 3, n. 3). Sobre la modificación y dispensa del *ius gentium*, por todos, CRUZ CRUZ, «*Ius gentium* bei Vitoria: ein eindeutig internationalistischer Ansatz», *cit.*, pp. 326 ss.

⁶² *De Indis*, prima pars, sect. 3, n. 1, donde cita el texto de Inst. 1.2.1 = Dig. 1.1.9 sustituyendo *homines* por *gentes*; lo mismo en el comentario a la *Secunda Secundae* (cfr. la «Antología de otros textos políticos», *cit.* en la nt. anterior, p. 214). Son numerosos los estudiosos que ven en este cambio terminológico el reflejo de una nueva forma de concebir el *ius gentium*, a saber, como derecho internacional público o *ius inter gentes*; entre los más recientes, *vid.* por ej. VIEJO-XIMÉNEZ, «'Totus orbis, qui aliquo modo est una republica'. Francisco de Vitoria, el derecho de gentes y la expansión atlántica castellana», *cit.*, p. 379; BUNGE, «Das Verhältnis von universaler Rechtsgemeinschaft und partikularen politischen Gemeinwesen:

tanto esto sino la afirmación de que el *ius gentium* tiene fuerza de obligar universal, bien porque deriva suficientemente del derecho natural, bien porque se corresponde con el consenso de la mayor parte del orbe. De esta forma, si la «*maior pars hominum*» estableció en el pasado que los prisioneros de guerra fuesen esclavos, no hay duda de que esto conserva hasta hoy su vigor «*etiam aliis repugnantibus*»⁶³. Sobre el carácter vinculante del derecho de gentes es definitiva la conclusión del número 21 de la reelección *De potestate civili*: la totalidad del orbe constituye una especie de *respublica* con potestad para promulgar leyes justas y convenientes para todos; esas leyes son las que forman el *ius gentium* cuya fuerza, por consiguiente, es fuerza de ley. Puesto que el derecho de gentes es promulgado por la autoridad del orbe entero, no le es lícito a un reino en particular rehusar su observancia⁶⁴.

Zum Verständnis des *totus orbis* bei Francisco de Vitoria», *cit.*, pp. 202 s.; CARIDADE DE FREITAS, P., «O direito das gentes em Suárez como direito humano», *Suárez em Lisboa 1617-2017. Actas do Congresso*, CARIDADE DE FREITAS, P., SEIXAS, M. y CALDEIRA FOUTO, A. (coords.), Lisboa, 2018, p. 68. Según este último autor, con el nuevo concepto todos los pueblos quedan incluidos en la esfera del *ius gentium*, también las comunidades indias descubiertas por los españoles en el Nuevo Mundo, ya que en adelante el derecho de gentes «deja de ser entendido como un Derecho europeo, de matriz judeo-cristiana y formación greco-romana». En mi opinión, esta valoración es demasiado optimista: aunque diéramos por cierto que Vitoria introdujo con plena consciencia el concepto de un *ius inter gentes* (cfr. sobre esto WAGNER, «Zum Verhältnis von Völkerrecht und Rechtsbegriff bei Francisco de Vitoria», *cit.*, pp. 269 nt. 33, 276 s.), de lo que no cabe duda es de que no lo hizo pensando en obviar la filiación europea de ese nuevo derecho de gentes, sino, muy por el contrario, con el propósito de subrayar la universalidad de la concepción europea y cristiana del mismo; por lo demás, mucho antes de la supuesta novedad vitoriana, los esclavistas teóricos y prácticos ya habían avanzado la pretensión, desde luego en su propio interés, de que el *ius gentium* también era aplicable en, por ejemplo, las costas occidentales de África. TRUYOL, A., «Vitoria en la perspectiva de nuestro tiempo», *Francisco de Vitoria, Relectio de Indis*, PEREÑA, L. y PÉREZ PRENDES, J. M. (eds.), Madrid, 1967, p. CXLVII nt. 5 (con más amplitud TRUYOL y SERRA, A., «Francisco Suárez en la evolución del concepto del derecho de gentes», en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, 7, 1980, pp. 31 ss.), se muestra escéptico acerca del significado del cambio terminológico operado por Vitoria; ZIEGLER, «Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts», *cit.*, pp. 19 s., niega su valor «als schlüssiger Beweis für den neuen, modernen Begriff des Völkerrechts»; HAGGENMACHER, «Sources in the Scholastic Legacy: *Ius Naturae* and *Ius Gentium* revisited by Theologians», *cit.*, pp. 58 s., disminuye igualmente su importancia y subraya que la dimensión internacional del *ius gentium* sigue siendo un tanto vaga e inarticulada en el pensamiento del dominico.

⁶³ *De Indis*, prima pars, sect. 3, n. 3 y CORDERO PANDO, «Antología de otros textos políticos», *cit.*, p. 218; *vid. De iure belli*, quaest. 4, secunda pars, n. 6; *Quaestio de bello*, art. 1, n. 14. La intención de Vitoria habría sido someter a los indios al derecho de gentes aun en contra de su voluntad: cfr. HAGGENMACHER, «Sources in the Scholastic Legacy: *Ius Naturae* and *Ius Gentium* revisited by Theologians», *cit.*, p. 58.

⁶⁴ *De potestate civili*, n. 21: «*ius gentium non solum habet vim ex pacto et conducto inter homines, sed habet vim legis. Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium. Ex quo patet quod mortaliter peccant violantes iura gentium, sive in pace sive in bello, in rebus autem gravioribus, ut est de non violando legatos. Neque licet uni regno nolle teneri iure gentium: est enim latum totius orbis auctoritate*». Sobre la idea vitoriana del *totus orbis*, además de la monografía ya antigua de CARRO, V. D., O. P., *La «communitas orbis» y las rutas del derecho internacional según Francisco de Vitoria*, Palencia, 1962, *passim*, *vid.* CRUZ CRUZ, «*Ius gentium* bei Vitoria: ein eindeutig internationalistischer Ansatz», *cit.*, pp. 304 ss.: una comunidad perfecta, autárquica, pre y supraordenada a todos los pueblos; una estructura universal con rango político y jurídico y precedente eidéticamente al origen de los estados; BUNGE, «Das Verhältnis von universaler Rechtsgemeinschaft und partikularen politischen Gemeinwesen: Zum Verständnis des *totus orbis* bei Francisco de Vitoria», *cit.*, p. 202: una comunidad global, horizontal,

No es éste el lugar más apropiado para someter a crítica una construcción que, como la de Vitoria, más bien podríamos calificar de auténtico constructo⁶⁵. Por mencionar al menos algún flanco débil, la continuidad entre el *ius gentium* no escrito introducido por el consentimiento de todas las gentes y naciones y las supuestas leyes constitutivas del *ius gentium* promulgadas por una autoridad mundial, no acaba de verse con suficiente claridad. De hecho, el paso de un consenso mayoritario y virtual a una tal autoridad universal e indiscutible también está muy lejos de ser transparente. Por otro lado, al margen del carácter sobrentendido y aparente (o sea, «virtual») de aquel consenso, su descalificación como instrumento actualmente operativo en orden a la derogación del derecho de gentes no puede por menos que llamar la atención; sobre todo porque, precisamente en lo relativo al cautiverio de guerra y la esclavitud, Vitoria registra y da por definitivamente adquirida una excepción o derogación parcial favorable a los cristianos⁶⁶.

igualitaria y no jerárquica de *res publicae* unidas no por una praxis religiosa común sino por el derecho; WAGNER, «Zum Verhältnis von Völkerrecht und Rechtsbegriff bei Francisco de Vitoria», *cit.*, pp. 273 ss.

⁶⁵ SCHMITT, C., *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madrid, 1979, pp. 97, 103 s., 106 s., 117, entre otros lugares, señala con insistencia el carácter completamente ahistórico del método de Vitoria. Capta bien las consecuencias del racionalismo vitoriano D'ORS, A., «Francisco de Vitoria, intelectual», en *Revista de la Universidad de Oviedo*, 1947, pp. 130 s.: «En la época de Vitoria todavía podía creerse que las normas del derecho de guerra debían fundarse en la misma comunidad cristiana de los pueblos civilizados, pero al traducirse esa realidad al terreno neutral de la comunidad humana, sin cualificación de carácter religioso, venía a caer automáticamente la base en que podía apoyarse eficazmente aquel conjunto de normas interestatales, porque todo sistema de normas jurídicas resulta inane si no puede apoyarse sobre una comunidad de sentimientos, de creencias y aun de jerarquía religiosa».

⁶⁶ *Vid.* entre otros lugares, *De iure belli*, quaest. 4, secunda pars, n. 3: «iure gentium videtur receptum ut christiani inter christianos non fiant servi, in bello quidem inter christianos licet, si ita opus est ad finem belli captivos ducere etiam innocentes, ut pueros et foeminas, non quidem in servitutem sed pro illorum redemptionem recipiamus, licitum esset»; *Quaestio de bello*, art. 1, n. 14: «inter alios, puta cum paganis et mauris, capti in bello [iusto] sunt servi»; cfr. BRETT, «Sources in the Scholastic Legacy: The (Re)construction of the *Ius Gentium* in the Second Scholastic», *cit.*, pp. 65, 78. Ofrece abundante información sobre esta excepción o derogación parcial del derecho de gentes GARCÍA AÑOVAROS, «Los argumentos de la esclavitud», *cit.*, 2005, pp. 88 s.

III.1.2 Domingo de Soto

Según Domingo de Soto⁶⁷, el *ius gentium* no es mero derecho natural sino derecho positivo⁶⁸. A diferencia del *ius naturale*, que es «simpliciter necessarium» y cuya vigencia, por tanto, no depende del consentimiento humano, el derecho de gentes obliga porque los hombres lo han decidido así. La diferencia entre los dos se debe a que el primero se basa en la naturaleza tomada en sentido absoluto –y por eso puede decir Ulpiano que el *ius naturale* no es exclusivo del género humano, sino propio de todos los animales (Dig. 1.1.3 = Inst. 1.2 pr.)–, mientras que el segundo nace del juicio humano acerca de los principios naturales pero en orden a un fin y en el marco de unas circunstancias determinadas⁶⁹. El *ius gentium* se forma a impulsos de una «collativa ratio», o sea, de una razón que enseña por sí sola a todos los hombres sin necesidad de que todas las *gentes* del mundo se reúnan puntualmente a fin de acordarlo. En suma, es *ius gentium* aquel derecho que todos los pueblos («gentes universae»), en la medida en que son racionales, constituyeron para sí⁷⁰.

El *ius civile* se diferencia del *ius gentium* por la combinación de un principio natural con premisas puestas por la libre voluntad humana («arbitratu humano»); se trata, por tanto, de un derecho que no se obtiene por vía de conclusión lógica sino por determinación del principio general en ley especial. Además, su establecimiento requiere una decisión concreta de la república o el príncipe, de donde su carácter de derecho propio y particular de cada pueblo.

Una pregunta que Soto no responde de forma directa es la concerniente al ámbito de vigencia del *ius gentium*. Ya que no se trata de derecho simplemente necesario, pero tampoco de derecho particular de tal o cual pueblo, ¿es el *ius gentium* universal y obligatorio para todos, o solamente común y general de una mayoría? El hecho de que el dominico no se haya planteado directamente esta

⁶⁷ *De iustitia et iure*, Metymnae a Campo, 1589, lib. 3, quaest. 1, art. 3. Vid. CARRO, V. D., O. P., *Domingo de Soto y su doctrina jurídica. Estudio teológico-jurídico e histórico*, Madrid, 1943, pp. 156 ss.; BRUFAU PRATS, J., *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, Salamanca, 1960, pp. 54 ss.; SOSA MORATO, B. E., *La noción de derecho en «Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho» de Luis de MOLINA*, Pamplona, 1985, pp. 280 ss.; CONTRERAS, S., GARCÍA HUIDOBRO, J. y HERRERA, D., «La naturaleza jurídica del derecho de gentes en Santo Tomás y la Escolástica española», en *Acta Philosophica: rivista internazionale de filosofia*, 23, 2014, pp. 57 ss., sobre Domingo de Soto en concreto el § 4; OLIVEIRA E SILVA, P., «The Sixteenth-Century Debate on the Thomistic Notion of the Law of Nations in some Iberian Commentaries on the *Summa Theologiae* IIaIIae q.57 a.3: Contradiction or Paradigm Shift?», *Right and Nature in the first and second Scholasticism*, CULLETON, A. S. y HOFMEISTER PICH, R. (eds.), Turnhout, 2014, pp. 167 ss.; BRETT, «Sources in the Scholastic Legacy: The (Re)construction of the *Ius Gentium* in the Second Scholastic», *cit.*, p. 73.

⁶⁸ Posterior al pecado original: cfr. por ej. Soto, *De iustitia et iure*, lib. 1, quaest. 4, art. 4, p. 31b; lib. 1, quaest. 5, art. 4, p. 42a.

⁶⁹ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 3, quaest. 1, art. 3, p. 179a: «de rebus in ordine ad finem sub certisque circumstantiis iudicare, non omnibus animalibus competit: sed peculiariter homini virtute rationis».

⁷⁰ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 3, quaest. 1, art. 3, p. 179a-b.

cuestión, sumado a la terminología que emplea de forma casi constante⁷¹, lleva a pensar que concibe el derecho de gentes como un derecho de aplicación universal. Con una universalidad relativa, se podría matizar, en cuanto dependiente del propósito al que ese derecho se ordena y de las circunstancias determinantes de su aparición, pero al fin y al cabo universalidad. ¿Y de qué modo universal?, cabe preguntar todavía. La duda nace de la forma en que Soto se refiere a aquella «ratio collativa» que se encuentra en el origen de esta clase de derecho, pues de ella dice que es una *ratio* propiamente humana que enseña el *ius gentium* a cada hombre («ad singulos»), pero también que instruye separadamente en él a todos los pueblos⁷². Sin poder siquiera esbozar el tema, lo que late aquí es la posible conexión de la vigencia del *ius gentium* con la suposición de una comunidad internacional a la manera de Vitoria, un vínculo dudoso que en la exposición de Soto no se advierte con ninguna claridad. Por lo demás, al lado de un núcleo indefectible formado por todo aquello que es necesario para la convivencia humana, el *ius gentium* tiene también otros contenidos, entre ellos la esclavitud, cuya observancia puede ser dispensada «pro causa»⁷³.

De la esclavitud es poquísimo lo que dice Soto en este contexto: la servidumbre natural de la que habla Aristóteles no es de derecho natural sino de gentes puesto que no se fija en lo absoluto de la naturaleza humana sino en el fin al que se tiende, a saber, «ut doceatur quis ab alio: et ut servetur in bello»⁷⁴. En otros lugares despliega una explicación relativa a la división y apropiación privada de las cosas –extensible, según él mismo dice, también a la esclavitud– que no puede por menos que suscitar cierta inquietud: tras el pecado, el *ius gentium* introdujo las *rerum divisiones* (y las *servitutes*); a partir de ahí, cada *respublica* estableció en esta materia leyes acomodadas a sus gentes y a la cualidad de sus lugares⁷⁵. Uno tendería a pensar que esas

⁷¹ «Gentes universae», «hominibus inter se commune», «gentibus omnibus commune», «quidquid cunctis mortalibus est commune», etc.

⁷² SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 3, quaest. 1, art. 3, p. 179b («id singulos per se docet») y p. 181a («nam dispersim universae gentes ratione naturali id iuris perdocentur»). Soto identifica esa «ratio collativa» con la *naturalis ratio* de Dig. 1.1.9.

⁷³ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 3, quaest. 1, art. 3, p. 180b; dispensa de la esclavitud de los cautivos de guerra entre cristianos.

⁷⁴ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 3, quaest. 1, art. 3, p. 180b. La esclavitud fue introducida *iure gentium*: por ej., *De iustitia et iure*, lib. 1, quaest. 5, art. 5, p. 34a; lib. 4, quaest. 2, art. 2, p. 266a.

⁷⁵ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 1, quaest. 4, art. 4, p. 31b: «post naturam corruptam ius gentium fecit rerum divisiones, et unaquaeque libet respublica pro suae gentis ac loci qualitate, instituit suas leges: utputa, praescriptionis, venditionis, aliorumque humanorum contractuum ad quae non nuda natura primum inclinabat»; lib. 1, quaest. 5, art. 4, p. 42a: «Ex eodem itidem principio elicuerunt servitutis legem: nam aliter servari nequiverat hostis in bello»; la idea se repite en lib. 4, quaest. 2, art. 1, p. 266b: «Iure enim gentium... propria dominia divisa sunt: ut meum et tuum audiretur in orbe. Iure autem civili, hoc est cuiusque civitatis seu regni proprio, multa quoque mortales possident, ut iure praescriptionis, iure haereditario, iure primogeniturae, etc.»; lib. 4, quaest. 3, art. 1, p. 274b: «Prima rerum divisio facta fuit iure gentium, licet postea iure civili plures accesserint». Según BRUFAU PRATS, *El pensamiento político, cit.*, pp. 34 s., con cuya lectura coincidimos, declaraciones como las anteriores significan que «la división *in genere* de la propiedad existe por derecho de gentes, mientras que las determinaciones concretas y precisas vienen establecidas en cada caso por el derecho civil».

leyes acomodadas a la peculiaridad de cada pueblo no pertenecen al *ius gentium* sino al *ius civile*, pero Soto es de otra opinión. Lo difícil de aceptar en su doctrina es la suposición de que esas leyes tan variadas cuya existencia admite derivan del raciocinio natural en el que se origina el *ius gentium*, cuando parecería más atinado verlas como fruto de la deliberación y decisión de cada pueblo⁷⁶. Todavía hay otro pasaje en el que Soto afronta directamente la duda acerca de si la esclavitud fue introducida *iure gentium* o acaso por sanción individual de cada estado. Según él, no hay contradicción entre las dos posturas: la esclavitud se considera derecho de gentes porque la *naturalis ratio* enseñó este derecho a todos los pueblos, y es a la vez «imperatoria constitutio» porque los distintos estados ratificaron el «iugum servitutis» o lo confirmaron por la costumbre y por el uso⁷⁷. La explicación rebosa ambigüedad al descansar sobre el postulado implícito de la existencia, desde el pecado original, de un objeto jurídico bien definido (el *ius* o *iugum servitutis*) que no cambiaría en nada por el hecho de ser contemplado desde un punto de vista o desde el otro.

III.1.3 Luis de Molina

Luis de Molina⁷⁸ explica que el *ius gentium* es derecho positivo humano usado por todos o casi todos los pueblos. Para considerar que algo pertenece a este derecho no es necesario que se encuentre en vigor en todos los pueblos sin excepción; así, por ejemplo, la costumbre *inter Christianos* de no esclavizar a sus correligionarios apresados en guerra justa no impide sostener que el cautiverio de guerra (justa) es *iuris gentium*. De forma más general: aunque alguna nación bárbara no haga uso de algo de lo que usan comúnmente las demás, ese algo sigue siendo de derecho de gentes. Puesto que el derecho humano es introducido por voluntad de los hombres, el *ius gentium*, que forma parte de él, admite dispensa y abrogación parcial; a la inversa, su derogación total es casi imposible porque necesitaría el consentimiento de todas o casi todas las naciones⁷⁹. Sin ser incompatible con la idea de los teólogos, el concepto de *ius gentium* de los juristas romanos –un derecho propio de todos o casi todos los pueblos– presenta el defecto de no distinguir, en el contenido que le

⁷⁶ Cfr. SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 1, quaest. 5, art. 4, p. 42b: «ius naturale absque ulla ratiocinatione, scriptum est in mentis nostris: ius autem gentium naturali ratiocinatione, absque hominum conventu, et longo consilio inde elicatum: ius autem civili arbitratu hominum in unum concilium coeutium constitutum».

⁷⁷ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 1, art. 2, p. 268a.

⁷⁸ *De iustitia et iure*, Antuerpiae, 1615, tom. 1, tract. 1, disp. 4-6. Vid. SOSA MORATO, *La noción de derecho*, cit., pp. 299 ss.; BRIESKORN, N., S. J., «Die Sklaverei in der Beurteilung des P. Luis de Molina SJ», «... usque ad ultimum terrae». *Die Jesuiten und die transkontinentale Ausbreitung des Christentum 1540-1773*, MEIER, J. (ed.), Göttingen, 2000, pp. 85 ss.; TELLKAMP, A., «Rights and Dominion», AICHELE, A. y KAUFMANN, M. (eds.), *A Companion to Luis de MOLINA*, Leiden, 2014, pp. 125 ss., esp. 143 ss.; KAUFMANN, «Slavery, between Law, Morality, and Economy», *Ibid.*, pp. 183 ss., esp. 194 ss.

⁷⁹ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 1, disp. 5, n. 5.

asignan los textos relativos a esta cuestión (Dig. 1.1.2-5, Inst. 1.2.1-2), lo que pertenece al *ius naturale* y lo que es propio del *ius gentium*⁸⁰.

La esclavitud fue introducida por el derecho de gentes tras la caída («*commissa culpa*») y la consiguiente aparición de las guerras. Dado este origen, Molina observa que no sólo es lícita *iure gentium* y de ningún modo contraria al *ius naturale* –por más que contraria a la naturaleza–⁸¹, sino que cualquier pueblo o príncipe podría haberla introducido por su propia autoridad conmutando la matanza de los cautivos por su servidumbre perpetua.⁸² Este razonamiento parece significar la admisión de la esclavitud como institución propia del *ius civile*, o sea, de aquel derecho que se forma mediante adiciones y sustracciones del derecho natural y el de gentes (Dig. 1.1.6 pr.); en ese caso, es de suponer que lo propio del *ius gentium* habría consistido en el derecho de matar a los cautivos («*ius ad interficiendum*»). Pero entonces, si ése hubiera sido el origen o el punto de partida, la pregunta inevitable es por qué razón tendrían que considerarse de derecho de gentes, y no de *ius civile*, las regulaciones concretas de la esclavitud de las que se dotan los diferentes pueblos, cada uno a la medida de sus necesidades y, a lo que se ve, apartándose muchos de ellos del único contenido original del *ius gentium*⁸³.

III.1.4 Fernando Rebelo

La doctrina de Fernando Rebelo⁸⁴ contiene algunos datos que merece la pena reseñar. En comentario a la división del derecho de las fuentes romanas, el jesuita portugués apunta que el *ius gentium* y el *ius civile* responden a sendas inclinaciones de los hombres, la racional y la política⁸⁵. Pasando luego a la división de los teólogos, presenta el *ius gentium* como uno de los componentes del derecho positivo humano; los otros son el *ius civile* y el *ius quod a privatis personis induci potest*. Todos ellos obtienen su vigor «*ex libera institutione*» y se diferencian por su origen y por su amplitud: el *ius gentium*, establecido por el acuerdo de todos o casi todos los pueblos, es común a todos; el *ius civile* es instituido por alguna comunidad particular y vale sólo para ella; la especifi-

⁸⁰ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 1, disp. 6, n. 2.

⁸¹ Cfr. MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 1, disp. 32, n. 7: «*servitutum, si sola prima rerum constitutio absque circumstantiis, quibus commerita sit, spectetur, esse contra naturam, eo quod stando solo prima rerum constitutione omnes a natura essemus liberi: at vero supervenientibus circumstantiis, quibus commerita est, licite ac iuste fuisse de iure gentium introductam*».

⁸² MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 1, disp. 4, nn. 9-10.

⁸³ Máxime teniendo en cuenta que, por la vía de las adiciones, el *ius civile* se separa del *ius gentium* tanto mediante la simple determinación de algún aspecto en particular como mediante el establecimiento de disposiciones enteramente nuevas: MOLINA, *ibid.*, n. 10.

⁸⁴ *Opus de Obligationibus iustitiae, religionis et caritatis*, Lugduni, 1608, lib. I, quaest. 2, sect. 1-3. Sobre Fernando REBELO, *vid.* MAURICIO, «A Universidade de Évora e a escravatura», *cit.*, p. 180; AMEZÚA, «La cláusula suareciana sobre la esclavitud de los negros», *cit.*, pp. 249 ss., con más referencias en p. 250 nt. 31.

⁸⁵ *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 2, sect. 1, n. 3; en cuanto común a todos los animales, el *ius naturale* respondería a una inclinación meramente sensitiva.

dad del tercer tipo de derecho consiste en que no es común a todos ni tampoco ha sido puesto por algún príncipe o ciudad sino por personas particulares⁸⁶. No parece que esta clasificación contenga ninguna información específica tocante al dilema de la extensión universal o general del *ius gentium*.

Hablando de la mutabilidad del derecho positivo, Rebelo trae a colación una metáfora aristotélica que utiliza para deslizar una idea perturbadora: el *ius gentium* se parece a las medidas del vino y el trigo, las cuales suelen ser diferentes «pro varietate regionum»⁸⁷. Según esto, del mismo modo que el vino y el trigo pueden ser medidos con medidas distintas sin dejar de ser lo que son, también una institución como la esclavitud podría ser regulada de forma diferente en cada pueblo sin merma de su identidad y sin dejar de pertenecer al *ius gentium*. La comparación, no obstante, no sólo es engañosa, sino que deja flotando en el aire la misma pregunta que ya ha sido formulada varias veces en estas páginas: ¿es acertado cubrir con el manto del derecho de gentes cualquier regulación positiva de la esclavitud?, ¿es correcto dar el nombre de esclavitud de derecho de gentes a cualquier relación de sujeción que se parezca más o menos a la esclavitud de tipo europeo? La duda se acentúa por la inserción cuando menos parcial de la institución en la esfera del *ius oeconomicum* –tal es el nombre que da Rebelo al tercer componente del derecho positivo, el *ius quod a privatis personis induci potest*–, pues éste es un derecho formado por las leyes domésticas con las que los *patresfamilias* gobiernan sus casas y cuyo ámbito de vigencia es, por necesidad, aún menos extenso que el del *ius civile*.⁸⁸

Lo anterior se concilia mal con lo que dice finalmente el autor portugués acerca de la libertad y la esclavitud, a saber, que la libertad es de derecho natural conforme a la intención primaria de la naturaleza, que quiere libres a todos los hombres, mientras que la servidumbre, introducida por el derecho de gentes tras el pecado –y supuesta por tanto culpa o necesidad– es un expediente de la intención secundaria de aquélla⁸⁹. El jesuita hace estas consideraciones a propósito de la inmutabilidad del derecho natural; la ocasión se la da el texto tantas veces citado de Dig. 1.1.6 pr., ocupándose del cual oblitera, sin embargo, la dualidad *ius naturale*/*ius gentium* con el resultado de confundir el segundo con el primero. Por lo demás, de ser cierta esta confusión o identificación, ella misma despejaría toda duda relativa a la opinión de Rebelo sobre la extensión universal del derecho de gentes.

⁸⁶ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 2, sect. 2, nn. 8-9.

⁸⁷ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 2, sect. 3, n. 13. Cfr. Arist., Ética a Nicómaco, 1135b; el filósofo desarrolla la diferencia entre lo justo por convención y lo justo por naturaleza.

⁸⁸ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 2, sect. 2, n. 10. Sobre la relación *servus-dominus* en el marco del *ius oeconomicum, paternum ac dominativum*, cfr. lib. 1, quaest. 2, sect. 5, nn. 25-26.

⁸⁹ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 2, sect. 3, nn. 15-16. Cfr. GARCÍA AÑOVEROS, «Los argumentos de la esclavitud», *cit.*, p. 82.

III.1.5 Francisco Suárez

Precisamente, Francisco Suárez⁹⁰ comienza su notable exposición sobre el *ius gentium* señalando que son muchos los que lo confunden con el *ius naturale* debido a la gran afinidad que tiene con él. No obstante, advierte, más allá de indiscutibles semejanzas –por ej. la de ser, cada uno de un modo, común a todos los hombres–, su desigualdad es de esencia, por lo que no es acertado subsumir el derecho de gentes en sentido propio bajo el derecho natural⁹¹. En sentido propio: esta importante precisión se debe a que de derecho de gentes se habla, según explica Suárez, de dos modos distintos: como un derecho «quod omnes populi et gentes variae inter se servare debent» y como un derecho «quod singulae civitates vel regna intra se observant». Para él, el verdadero *ius gentium* es el primero, único, por otra parte, que se diferencia netamente del *ius civile*⁹². El segundo, en cambio, muy cercano al concepto de *ius proprium civitatis*, es llamado *ius gentium* sólo por semejanza y conveniencia, esto es, porque las leyes

⁹⁰ *De legibus ac Deo legislatore*, Conimbricæ, 1612, lib. 2, cap. 17-20. Igual que sucede con Vitoria, la bibliografía sobre Suárez es inabarcable; recogemos solamente algunos trabajos específicos sobre el tema del *ius gentium*: TRUYOL Y SERRA, «Francisco Suárez en la evolución del concepto del derecho de gentes», *cit.*, esp. pp. 32 ss.; más recientes, AMEZÚA, L. C., «Orden internacional y derecho cosmopolita: el *ius gentium* de Suárez», *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, BELLOSO MARTÍN, N. y DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (coords.), Madrid, 2008, pp. 23 ss.; RANIERI DE CECHINI, D., «La universalidad del *ius gentium* y su distinción del *ius naturale*», *Proyecciones sistemáticas e históricas de la teoría suareciana de la ley, Cuadernos de Pensamiento español*, 35, ZORROZA, M. I. (ed.), Pamplona, 2009, pp. 93 ss.; LUTZ-BACHMANN, M., «Die Normativität des Völkerrechts: Zum Begriff des *ius gentium* bei Francisco Suárez im Vergleich mit Thomas von Aquino», *Lex und Ius. Beiträge zur Begründung des Rechts in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, FIDORA, A. y LUTZ-BACHMANN, M. (eds.), Stuttgart, 2010, pp. 465 ss.; KAUFMANN, «Francisco de Vitorias Beitrag zur Ablösung des *ius gentium* vom *ius naturale*», *cit.*, pp. 398 ss.; STIENING, G., «Quasi medium inter naturale ius, et humanum. Francisco Suárez Lehre vom *ius gentium* (DL, II. 17-20)», *Auctoritas omnium legum. Francisco Suárez' De legibus zwischen Theologie, Philosophie und Jurisprudenz*, BACH, O., BRIESKORN, N. y STIENING, G. (eds.), Stuttgart, 2013, pp. 175 ss.; CULLETON, A. S., «Mutability and Immutability of the *ius gentium* according to Suárez», *Right and Nature in the first and second Scholasticism*, CULLETON, A. S. y HOFMEISTER PICH, R. (eds.), Turnhout, 2014, pp. 309 ss.; BRETT, «Sources in the Scholastic Legacy: The (Re)construction of the *Ius Gentium* in the Second Scholastic», *cit.*, pp. 74, 77 s.; CRUZ CRUZ, J., «El derecho de gentes en Suárez: la costumbre como plebis-cito permanente», *Suárez em Lisboa 1617-2017. Actas do Congresso*, Lisboa, 2018, pp. 29 ss. CARIDADE DE FREITAS, P., SEIXAS, M. y CALDEIRA FOUTO, A. (coords.); CARIDADE DE FREITAS, «O direito das gentes em Suárez como direito humano», *cit.*, pp. 63 ss.

⁹¹ *De legibus*, lib. 2, cap. 19, nn. 1-2; *vid.* el cap. 17 para la discusión de diversas formas de concebir la diferencia entre el *ius naturale* y el *ius gentium*.

⁹² SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 19, n. 8. El auténtico *ius gentium* es derecho humano y positivo (cap. 19, n. 3) que se diferencia del *ius civile* por su origen, fundamento y universalidad (cap. 19, nn. 5-6): «non scripto sed moribus, non unius vel alterius civitatis aut provinciae sed omnium vel fere omnium nationum [constat]»; *vid.* LUTZ-BACHMANN, «Die Normativität des Völkerrechts: Zum Begriff des *ius gentium* bei Francisco Suárez im Vergleich mit Thomas von Aquino», *cit.*, pp. 471 ss.; CULLETON, «Mutability and Immutability of the *ius gentium* according to Suárez», *cit.*, p. 311; HAGGENMACHER, «Sources in the Scholastic Legacy: *Ius Naturae* and *Ius Gentium* revisited by Theologians», *cit.*, p. 59; FEDELE, «*Ius gentium*: The Metamorphoses of a Legal Concept (Ancient Rome to Early Modern Europe)», *cit.*, p. 239.

que lo forman, aun establecidas por cada república para su uso dentro de ella, son tales que casi todas las naciones las tienen similares⁹³.

Debido a su cercanía a la naturaleza y a su conveniencia para todas las naciones, del genuino *ius gentium* cabe suponer que se propagó casi de forma natural con el propio género humano. La formación del otro derecho de gentes se pudo deber bien a la creación de instituciones semejantes por naciones concretas guiadas por una suerte de *ratio communis*, bien al intercambio e imitación incoados desde el principio de la humanidad⁹⁴. Sea como fuere, puesto que los preceptos del verdadero *ius gentium* se introducen por libre voluntad y acuerdo de los hombres, pero no necesariamente en toda la comunidad humana, sino acaso en la mayor parte de ella, el carácter común que se predica de ese derecho se refiere regularmente no a todos sino a casi todos los pueblos; de ahí que sin error alguno pueda dejar de observarse en alguna parte algo que en otros lugares se considera de derecho de gentes⁹⁵. En cuanto a la mutabilidad del *ius gentium*, su admisión no ofrece dificultad por lo que respecta al derecho llamado de gentes sólo por conveniencia: en efecto, cualquier república lo puede cambiar para sí misma puesto que ese derecho no es para ella, por así decirlo, más que *ius civile*⁹⁶. Por el contrario, la modificación del *ius gentium* entendido como *ius inter gentes* es empresa poco menos que imposible pues, en la medida en que es común a todas las naciones y ha sido introducido por la autoridad de todas ellas, cualquier reforma exigiría el mismo unánime consentimiento⁹⁷.

⁹³ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 19, nn. 8 y 10. Tomado en este segundo sentido, cabe que el *ius gentium* permita «aliqua mala» a causa de la fragilidad y la condición de los hombres y sus asuntos, especialmente «in illo iure gentium, quod re vera civile est»: *De legibus*, lib. 2, cap. 20, n. 3. Sobre el doble derecho de gentes (*inter se e intra se*), *vid.* LUTZ-BACHMANN, «Die Normativität des Völkerrechts: Zum Begriff des *ius gentium* bei Francisco Suárez im Vergleich mit Thomas von Aquino», *cit.*, pp. 473 s.; STIENING, «*Quasi medium inter naturale ius, et humanum*. Francisco Suárez Lehre vom *ius gentium* (DL, II. 17-20)», *cit.*, pp. 188 s.

⁹⁴ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 20, n. 1. La afinidad del segundo tipo de derecho de gentes (un *ius intra gentes*) con el concepto descriptivo de *ius gentium* de las fuentes romanas es muy notable; BRETT, «Sources in the Scholastic Legacy: The (Re)construction of the *Ius Gentium* in the Second Scholastic», *cit.*, pp. 77 s., recuerda que la conexión del *ius gentium* entendido en este sentido con el derecho civil no es novedad de SUÁREZ, sino que ya había sido señalada por Fernando Vázquez de Menchaca.

⁹⁵ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 17, n. 8; cap. 19, nn. 2 y 5; en un contexto diferente, *vid.* ya cap. 15, n. 10: «non tenetur omnia regna vel provinciae, quoad usum suum, omnia iura gentium, quae in rigore humana sunt, acceptare». La terminología (¿la idea?) de Suárez no está completamente libre de ambigüedad; por ej., en cap. 19, n. 6 se dice que es «ius gentium proprium» el establecido por las costumbres de todos los pueblos y que obliga a todos, y la obligatoriedad para todos los pueblos *inter se* se repite en cap. 19, n. 8; en cambio, en cap. 20, n. 2 se trata sólo de un derecho común y general.

⁹⁶ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 20, n. 7: «Ergo potest ab una in se mutari, licet aliae non consentiant, quia non tenetur singulae aliis conformari».

⁹⁷ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 20, n. 8; no obstante, sí sería posible que una comunidad dispusiera la inaplicación a sus miembros de algo perteneciente a este *ius inter gentes*, como es el caso de la regla de la esclavitud de los cautivos en guerra justa, que ha cambiado «in Ecclesia» y no se aplica entre cristianos; el resultado es un a modo de «speciale ius gentis fidelis» (*ibid.*). Cfr. LUTZ-BACHMANN, «Die Normativität des Völkerrechts: Zum Begriff des *ius gentium* bei Francisco Suárez im Vergleich mit Thomas von Aquino», *cit.*, pp. 469, 473; CULLETON, «Mutability and

Suárez menciona la esclavitud una primera vez simplemente como ejemplo para rebatir la afirmación de ciertos teólogos –Soto entre ellos– de que el contenido del *ius gentium* es intrínsecamente necesario⁹⁸. Volviendo al tema algo más adelante, explica que las *captivitates et servitutes*⁹⁹ se introdujeron por un uso humano que no procede directamente de la razón natural, motivo por el cual la ley que se corresponde con esa *ratio* por sí sola no las prescribe aunque, supuesta la justicia de la guerra, tampoco las prohíbe; el paso inmediato es sugerir que la conexión de ambas figuras constituye casi una ley penal introducida por el uso de los hombres contra aquellos que hacen una guerra injusta¹⁰⁰. El carácter *iuris gentium* de los *postliminia* –contemplados a su vez como una moderación de la referida ley penal– resulta menos claro debido a que su regulación depende principalmente de los *iura civilia*¹⁰¹.

Hacemos aquí un alto para señalar la perplejidad que sentimos ante algunas de las apreciaciones anteriores. La calificación jurídica («determinatio illius iuris») sugerida para las *captivitates et servitutes*, invitando a considerarlas una «quasi lex quaedam poenalis», no puede considerarse probada por su mera enunciación. Dejando esto al margen, no hay ninguna razón por la que lo mismo que se dice de los *postliminia* –a saber, que su regulación es sobre todo civil– no se pueda afirmar también de las *servitutes*, siendo como es indiscutible que la supuesta universalidad de la esclavitud no elimina *a radice* la posibilidad de regulaciones diferentes por parte de los distintos *iura civilia*, incluido lo relacionado con la «guerra justa» como causa de caída en servidumbre.

Queda por referir un punto fundamental. De los dos modos en que suele hablarse de *ius gentium*, la esclavitud se engloba en la esfera del señalado por el primero, o sea, en la de aquel derecho que *todos* los pueblos *deben* respetar u observar entre ellos. De esta forma, una vez introducida por el uso, la servidumbre que se origina en la *captivitas* es justa y los vencedores no pueden castigar con más gravedad a los vencidos¹⁰². En la base de esta obligatoriedad general se encuentra el concepto de la unidad del género humano por encima de su división en pueblos y reinos perfectos, una especie de comunidad internacional regida por un derecho propio que no sería sino el *ius gentium* en sentido

Immutability of the *ius gentium* according to Suárez», *cit.*, pp. 312 ss.; CARIDADE DE FREITAS, «O direito das gentes em Suárez como direito humano», *cit.*, pp. 80 ss.; SEIXAS, M., «Trabalho livre e trabalho escravo na obra de Francisco Suárez», en *Revista Portuguesa de Filosofia*, 75, 2019, p. 1179.

⁹⁸ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 17, n. 8. El «ius servitutis» introducido por la guerra es de derecho de gentes (cap. 17, n. 2) pero no necesario «ex pura naturali ratione» (cap. 19, n. 8).

⁹⁹ Suárez comenta uno por uno los *exempla* con los que San Isidoro (*Etym.*, 5.6), ahorrándose una definición, explica *quid sit ius gentium*.

¹⁰⁰ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 18, n. 8; cfr. AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «Libertad natural y esclavitud voluntaria: reflexiones de F. Suárez sobre la esclavitud», *Human rights and Ethics/ Derechos humanos y Ética, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005*, OLLEIRO, A. (ed.), III, Stuttgart, 2007, p. 192; KAUFMANN, «Francisco de Vitorias Beitrag zur Ablösung des *ius gentium* vom *ius naturale*», *cit.*, p. 400.

¹⁰¹ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 18, n. 9; cfr. cap. 19, n. 10: los *postliminia* sólo son de derecho de gentes en el segundo sentido.

¹⁰² SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 19, n. 8.

propio¹⁰³. Ahora bien, lo menos que se puede observar a este respecto es que el planteamiento de Suárez es excesivamente teórico y que, lejos de afrontar la cuestión siquiera como hipótesis, suprime la posibilidad de pueblos y grupos de pueblos que acaso no han adoptado el uso de la *captivitas* ni el de su consecuencia la esclavitud, o que conocen formas de sujeción pero diferentes y nacidas de otras causas. Para decirlo de una sola vez, la hipótesis, aunque se trata en realidad de mucho más que eso, de pueblos cuyo modo de pertenecer a la comunidad internacional supuesta por Suárez no pasa por el conocimiento y la aceptación del *ius gentium* expuesto y defendido por él.

Es notorio que para muchos de esos pueblos la servidumbre de tipo europeo se acabó convirtiendo en la versión única e indiscutible de la esclavitud *iuris gentium*. ¿Era inevitable este resultado a la luz de las premisas suarecianas? Por sí solas, las declaraciones sobre el alcance del *ius gentium* en sentido propio de los cap. 17-20, libro II del *De legibus* apenas permiten encarar esta cuestión¹⁰⁴. Mucho más explícitas son algunas observaciones del cap. 4 del libro VII acerca de la ley no escrita o *consuetudo*, donde puede leerse lo siguiente: la esclavitud de los prisioneros de guerra puede ser derogada por la costumbre (o por ley del soberano) de tal modo que su práctica deje de ser lícita en un determinado territorio. Esta posibilidad parece totalmente conforme con la mutabilidad del *ius gentium* y con su vigencia solamente común o general. Ahora bien, la derogación parcial del derecho de gentes se admite solamente a condición de que no redunde en perjuicio o injusticia para otra nación, lo cual, en referencia explícita a la esclavitud, se traduce en el confinamiento de toda derogación concreta al interior del estado que la haya decidido, sin posibilidad por tanto de extender sus efectos a las relaciones de ese estado con las demás naciones¹⁰⁵. Aunque sólo ahora lo vemos con suficiente claridad, esto es lo que insinuaba Suárez

¹⁰³ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 19, n. 9: «Ratio autem huius partis et iuris est quia humanum genus, quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat praeceptum mutui amoris et misericordiae quod ad omnes extenditur, etiam extraneos et cuiuscumque nationis (...) Hac ergo ratione indigent aliquo iure quo dirigantur et recte ordinentur in hoc genere communicationis et societatis. Et quamvis magna ex parte hoc fiat per rationem naturalem, non tamen sufficienter et immediate quoad omnia; ideoque aliqua specialia iura potuerunt usu earundem gentium introduci. Nam sicut in una civitate vel provincia consuetudo introducit ius, ita in universo humano genere potuerunt iure gentium moribus introduci»; lib. 3, cap. 2, n. 6: «licet universitas hominum non fuerit congregata in unum corpus politicum, sed in varias communitates divisa fuerit, nihilominus ut illae communitates ut sese mutuo iuvare et inter se in iustitia et pace conservari possent (quod ad bonum universi necessarium erat), oportuit ut aliqua communia iura quasi communi foedere et consensione inter se observarent; et haec sunt quae appellantur iura gentium». Cfr. TRUYOL Y SERRA, «Francisco Suárez en la evolución del concepto del derecho de gentes», *cit.*, pp. 33 s.; RANIERI DE CECHINI, «La universalidad del *ius gentium* y su distinción del *ius naturale*», *cit.*, pp. 95 s.; LUTZ-BACHMANN, «Die Normativität des Völkerrechts: Zum Begriff des *ius gentium* bei Francisco Suárez im Vergleich mit Thomas von Aquino», *cit.*, pp. 475 s.; CRUZ CRUZ, «El derecho de gentes en Suárez: la costumbre como plebiscito permanente», *cit.*, pp. 40 s.; CARIDADE DE FREITAS, «O direito das gentes em Suárez como direito humano», *cit.*, pp. 75 ss.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, nt. 95.

¹⁰⁵ Vid. SUÁREZ, *De legibus*, lib. 7, cap. 4, nn. 5-8; cfr. CULLETON, «Mutability and Immutability of the *ius gentium* according to Suárez», *cit.*, pp. 313 s.

cuando, al señalar que no todos los pueblos están obligados a aceptar la totalidad del *ius gentium*, añadía esta precisión: «quoad usum suum»¹⁰⁶. Ahora sí, podemos afirmar que la cuestión ha sido despejada: en sus relaciones con otras naciones, los pueblos africanos e indígenas americanos no podían evitar que se les aplicara ese tan peculiar contenido del *ius gentium* que constituye la servidumbre consiguiente a la *captivitas*.

Por último, Suárez señala en cierto momento que, en cuanto derecho no escrito, el *ius gentium* se diferencia de todo derecho civil escrito, incluido el derecho imperial y común¹⁰⁷. Pues bien, nuestra tesis es que la regulación de la esclavitud que tuvieron que padecer los negros africanos y los amerindios consiste, si bien se considera, en un bloque compacto de derecho civil escrito y que el *ius gentium* –el cautiverio de guerra– no fue más que la puerta falsa por la que ese bloque se coló prácticamente entero¹⁰⁸.

III.1.6 Síntesis

Con la posible excepción de Luis de Molina, el conjunto de los autores que hemos reseñado coincide en atribuir al *ius gentium* fuerza de obligar universal y en considerar que se trata de un derecho inderogable. Al margen de la mayor o menor estrechez que atribuye cada uno a su relación con el derecho natural, también están de acuerdo en que el derecho de gentes se basa en el consentimiento de todos o casi todos los pueblos, aunque la conexión explícita de este factor con el postulado de una comunidad de pueblos o naciones se da solamente en Vitoria y en Suárez. De todos modos, para nosotros la importancia de esa conexión es mínima puesto que, como hemos visto, sin necesidad de un tal supuesto la esclavitud es asumida como institución *iuris gentium* y su práctica se presume universal.

De las doctrinas de los escritores estudiados se infiere que los autores de la Segunda Escolástica acuñan y utilizan un concepto de *ius gentium* muy distinto del acogido en las fuentes romanas revisadas anteriormente en nuestro trabajo. Si lo que hacían estas fuentes era dar cuenta de algo que parecía presentarse como un hecho –la coincidencia de una multiplicidad de pueblos en el uso de ciertas instituciones más o menos semejantes–, proponiendo para él una explicación racional –la *naturalis ratio*, el uso y las necesidades humanas–, lo nuevo de los escolásticos es el desplazamiento del concepto de derecho de gentes del plano fáctico-descriptivo original al plano jurídico-dogmático o normativo¹⁰⁹. Una tal transposición conduce a sustentar la vigencia universal del *ius gentium* como un supuesto de orden lógico no necesitado, en cuanto tal, de comprobación

¹⁰⁶ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 15, n. 10.

¹⁰⁷ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 19, n. 6.

¹⁰⁸ Cfr. *supra*, nt. 21. Es de observar que los distintos escritores, en sus explicaciones del concepto de *ius gentium*, no hablan nunca de ninguna otra causa de esclavitud; sí lo hacen cuando se refieren a la regulación y a la práctica concretas de la institución.

¹⁰⁹ TRUYOL Y SERRA, «Francisco Suárez en la evolución del concepto del derecho de gentes», *cit.*, p. 33, señala que el giro es especialmente patente en SUÁREZ, ya que sitúa el *ius inter gentes* por encima del «derecho común a todos o casi todos los pueblos» como elemento esencial del derecho de gentes entendido en sentido propio.

empírica¹¹⁰. En el terreno práctico, el cambio viene acompañado por la imposición, en el mejor de los casos, de algo semejante a una inversión de la carga de la prueba en relación con la eventual inexistencia de los contenidos particulares del nuevo derecho de gentes en tierras y en naciones muy alejadas del escenario europeo.

En el caso de la esclavitud, los autores estudiados suelen deslindar cuidadosamente la institución de derecho de gentes de la servidumbre natural teorizada por Aristóteles¹¹¹. Y es muy revelador que a aquella institución le den el nombre de servidumbre «legal» o «civil»¹¹², sobre todo porque, de acuerdo con sus propias teorías, el auténtico *ius gentium* no está constituido por leyes y es claramente distinto del *ius civile*. Alguien podría replicar que se trata de un detalle léxico sin importancia y que el adjetivo «legal» se encuentra ya en Aristóteles,¹¹³ pero difícilmente podrá nadie negar que hubiera sido preferible una denominación menos equívoca: la elegida traiciona un modo de pensar la esclavitud de derecho de gentes desde un específico modelo «civil» de la institución. Además, como hemos señalado hace sólo un momento, en sus especulaciones más teóricas y generales sobre el concepto de *ius gentium* y sobre el contenido de este derecho, la única esclavitud que suelen mencionar los escolásticos es la subsiguiente a la *captivitas*, mientras que, cuando abordan la esclavitud en sí y su despliegue práctico efecti-

¹¹⁰ Contra lo que dice PEÑA, «Universalismo moral y derecho de gentes en Francisco de Vitoria», *cit.*, p. 296 (*vid.* p. 305), la perspectiva de la universalidad no es obtenida empíricamente sino abonada por deducción lógica a partir del concepto normativo de derecho de gentes; cfr. D'ORS, «En torno a la definición isidoriana del *ius gentium*», *cit.*, pp. 302 s.: «el discernimiento de un sector de la humanidad que queda fuera del orden internacional es algo que está en la misma realidad de la convivencia de los pueblos, y de él tan sólo se puede prescindir cuando nos remontamos a un plano de especulación puramente teórica». La única constatación empírica con sentido habría sido la comprobación de la extensión efectiva del consentimiento necesario para la existencia y la obligatoriedad de ese derecho: la expansión de portugueses y castellanos forzosamente tuvo que hacer aflorar alguna duda a este respecto, pero la construcción teórica del derecho de gentes, incluido el papel legitimador del presunto consentimiento universal, no llegó a ponerse en cuestión. Teniendo esto en cuenta, la indicación de que la fuerza de obligar poseída por el derecho de gentes no era de orden fáctico, sino eidético meramente (así CRUZ CRUZ, «*Ius gentium* bei Vitoria: ein eindeutige internationalistischer Ansatz», *cit.*, p. 331, a propósito de Vitoria) carece de cualquier reflejo en la realidad.

¹¹¹ Arist., *Política*, I, 1253b-1255b. Específicamente sobre Vitoria, *vid.* PENA GONZÁLEZ, M. A., «Derecho natural y ley natural en las Indias. La propuesta de Vitoria», en *Laurentianum*, 49, 2008, pp. 134 ss.

¹¹² VITORIA, *De Indis*, prima pars, sect. 1, n. 16: «haec enim est servitus civilis et legitima. quia nullus est servus a natura»; Soto, *De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 2, art. 2, p. 266a: «servitus legalis»; según explica Soto en p. 266b, esta «servitus legalis» no es otra que la esclavitud subsiguiente al cautiverio de guerra, es decir, la *servitus iuris gentium* por antonomasia; PALACIO, *Praxis theologica de contractibus*, lib. 1, cap. 3, p. 11a: «Est quoque alia servitus civilis introducta ex peccato... Hincque bellica potest captivitas secundum ius gentium»; lib. 2, cap. 10, p. 151b: «servitus quam vocat Arist. loco citato legalem quia iure gentium ex iure belli iusti est introducta»; MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 32, col. 143/B: «Alia est servitus, quam Aristoteles civilem et legalem vocat», y a seguido idéntica explicación a la de Soto; REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 9, sect. 3, n. 1: «Nobis hic tantum agendum erit de servorum dominio, quae legalis servitus dicitur, ad differentiam servitutis naturalis...».

¹¹³ Arist., *Política*, 1255a: κατὰ νόμον δοῦλος καὶ δουλεύων.

vo, añaden otra serie de aspectos y manifestaciones muy difíciles de reconducir a ese único origen y de encuadrar, por ende, en el derecho de gentes.

III.2 SOBRE LA ESCLAVITUD «LEGAL» Y SU DESPLIEGUE

III.2.1 Francisco de Vitoria

Sobre la «servitus civilis et legitima» de los indígenas americanos Vitoria no tiene gran cosa que decir. De hecho, después de haber discutido largamente la cuestión de si los indios tenían verdadero dominio antes de la llegada de los españoles, se limita a señalar que la rudeza e ineptitud de aquellos bárbaros no es razón para incluirlos «in numero servorum civilium»¹¹⁴. Cosa bien distinta es que, conforme al derecho de gentes, caigan en esa situación los apresados en guerra justa movida por los cristianos contra ellos¹¹⁵.

En cuanto a los negros con los que trafican los portugueses, Vitoria se pronuncia en una carta dirigida a fray Bernardino de Vieque en la que responde a una serie de preguntas que éste le había planteado¹¹⁶. Afirma en primer lugar que, si fuera cierto que los portugueses utilizan engaño y violencia para alzarse con los negros, éstos no serían de ningún modo legítimos esclavos. Él no cree, no obstante, que esa práctica sea habitual ni permitida por el rey de Portugal, y por esa razón concluye que «los señores de acá» pueden comprarlos sin escrupulo siempre que no les conste el vicio de origen señalado. En cuanto a los esclavos procedentes de guerras entre los propios africanos, dado que los portugueses no están obligados a comprobar la justicia de los conflictos entre bárbaros, al comprador le basta saber que el hombre que adquiere es esclavo «de hecho o de derecho». Por último, sobre la duración del cautiverio de aquel que injustamente llevan a matar y es rescatado por un cristiano, Vitoria opina que se le puede tener por esclavo de por vida, igual que sucedería, explica, si en la misma tierra fuera rescatado por otro natural, del cual un cristiano podría a su vez comprarlo. Esta última opinión se adereza con una observación quizá no muy prudente —«siendo en tierra donde se puede uno facer esclavo por muchas

¹¹⁴ Vitoria, *De Indis*, prima pars, sect. 1, n. 16.

¹¹⁵ Vid. esp. Vitoria, *De Indis*, prima pars, sect. 3, n. 7, apoyándose en Dig. 49.15.24 y 28, Inst. 2.1.17 y *Decretum Gratiani*, D. 1 c. 9; prácticamente lo mismo en *De iure belli*, quaest. 4, secunda pars, n. 7.

¹¹⁶ Publicada por BELTRÁN DE HEREDIA, V., O. P., «Colección de dictámenes inéditos del Maestro Francisco de Vitoria», en *Ciencia Tomista*, 43, 1931, pp. 173-175; transcrita asimismo en A. D. PIROTTO (introd.), *F. de Vitoria, Elecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 3.ª ed., Madrid, 1975, pp. 22-24, y en CORDERO PANDO, «Antología de otros textos políticos», *cit.*, p. 88 nt. 55. Para un jugoso comentario, vid. DE MOURA RIBEIRO ZERON, C. A., «O debate sobre a escravidão ameríndia e africana nas universidades de Salamanca e Évora», *Jesuitas, ensino e ciência: séculos XVI-XVIII*, CAROLINO, L. M. y ZILLER CAMIENETZKI, C. (coords.), Casal da Cambra, 2005, pp. 214 ss.; cfr. también EISENBERG, J., «A escravidão voluntária dos índios do Brasil e o pensamento político moderno», en *Análise Social*, 39, 2004, p. 18; CORTÉS LÓPEZ, *Esclavo y colono*, *cit.*, pp. 115 s.; ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», *cit.*, pp. 11 s.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 94 s.; CASTILLA URBANO, «The Salamanca School on slavery: from naturalism to culture and awareness», *cit.*, p. 16.

maneras y voluntariamente venderse...»— puesto que, en conjunto, las afirmaciones de Vitoria se basan en simples conjeturas y no en un conocimiento adecuado de los usos de los africanos en materia de servidumbre.

De todo lo anterior, lo único que enlaza con el derecho de gentes es la esclavitud de los cautivos de guerra. Guerra que ha de ser justa por parte de los cristianos vencedores de los indios, pero no necesita serlo para el portugués que adquiere un negro como capturado en guerra entre africanos. Ciertamente que este comprador hace uso de un contrato —la compraventa— que también es de derecho de gentes¹¹⁷; cierto asimismo que los esclavos, los legítimos esclavos, están dentro del comercio; cierto, por último, que de un texto tan corto y especial como la carta de Vitoria no se pueden sacar grandes conclusiones. De todos modos, ya lo sea «de hecho o de derecho», desde que es comprado por un portugués el esclavo africano abandona unas determinadas coordenadas y empieza a vivir bajo otras completamente distintas; el estrecho puente por el que transita de una regulación a otra es la idea de que la «esclavitud» es una institución del derecho de gentes.

III.2.2 Domingo de Soto

En opinión de Soto, tanto el derecho natural como el de gentes admiten que un hombre pueda ser *dominus* de otro. Dicho esto, muy poco más ofrece el dominico acerca de la esclavitud «legal»¹¹⁸. Ésta se divide en dos especies, la del que se vende a sí mismo como esclavo y la del cautivo apresado en guerra justa. Siendo lícitas las dos (y la segunda misericordiosa incluso), la autoventa no parece tener origen ni fundamento cierto en el *ius gentium*: ¿se ampara acaso en el derecho natural? Soto se guarda de afirmar tal cosa probablemente para no desmentir la impresión primera de que la única sujeción basada en este derecho es la servidumbre natural aristotélica. Pero sí trae a colación el aval veterotestamentario de la esclavitud nacida de la venta de sí propio, que también justifica señalando que, para el que se encuentra en situación de necesidad extrema, la vida es más valiosa que la libertad¹¹⁹.

Aunque entre los cristianos estas leyes ya no están en uso, el dominico, contemplando la posibilidad de que la «costumbre» en cuestión siga vigente «apud Aethiopes», se pregunta si los portugueses se pueden aprovechar de ella. Él desconoce la situación real pero no los rumores de fraude y dolo generalizado en la praxis de los lusitanos; de ahí la puesta en entredicho de esta forma de hacerse con esclavos, aunque, de cualquier modo, sólo «si vera est historia».

¹¹⁷ Dig. 1.1.5, Dig. 18.1.12 (Paul. 33 *ad ed.*), Dig. 18.1.34.1 (Paul. 33 *ad ed.*).

¹¹⁸ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 2, art. 2, pp. 265b-268a. *Vid.* BRUFAU PRATS, *El pensamiento político*, *cit.*, pp. 125 ss.; TELLKAMP, J. A., «Esclavitud, dominio y libertad humana según Domingo de Soto», en *Revista Española de Filosofía Medieval*, 11, 2004, pp. 124 ss., esp. 130 ss.; ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», *cit.*, pp. 12 s.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 95 ss.

¹¹⁹ Cfr. SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 5, art. 1, p. 285a: «Nam etsi nemo sit usque adeo sui dominus, ut vita se valeat iure privare: est tamen eius custos, ut quo vitam servet, seipsum vendere quaeat».

«Leyes» desusadas ya entre los cristianos, «costumbre» posiblemente vigente todavía entre los negros africanos: es evidente que Soto no basa en el derecho de gentes la venta de sí propio como esclavo, sino en leyes y costumbres que en buena lógica deberían adscribirse al *ius civile*. Pero en el fondo de una elucubración como la suya, tan ambigua, tan artificiosa y desafortunada, late la idea de que la institución es una y la misma (y funciona exactamente de la misma forma) en no importa qué latitud del globo. La institución que tiene en mente es la esclavitud de tipo europeo, en la que ingresa el negro que se vende como esclavo –o, en su caso, el hijo vendido por el padre– de modo definitivo y a todos los efectos por el mero hecho de que el comprador es un traficante portugués portador y beneficiario, en cuanto tal, de una regulación supuestamente universal de la esclavitud¹²⁰. Quizás el problema moral o de conciencia que preocupa a Soto –«si vera est historia»– se le habría presentado en un plano distinto y con otros matices, si hubiera llegado a vislumbrar el problema jurídico apuntado.

Por lo demás, llama la atención en Soto la ausencia, entre las especies de la esclavitud «legal», de toda alusión al nacimiento de madre esclava (*iuris gentium* según Dig. 1.5.5.1) y a la esclavitud impuesta en concepto de pena.

III.2.3 Luis de Molina

De los autores que estamos revisando, Molina es el que más atención dedica a la esclavitud y a los problemas que encierra su práctica efectiva¹²¹. La preocupación inmediata de este concienzudo tratadista es el comercio de esclavos africanos y asiáticos controlado por los portugueses; sobre esta candente cuestión se muestra muy bien informado, lo que otorga a su discurso un sello característico y un valor excepcional¹²². De todos modos, con el fin de evitar repeticiones enojosas, lo relativo a la trata –principalmente las *disputationes* 34

¹²⁰ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 2, art. 2, p. 267a: el que se vende a sí mismo como esclavo no tiene derecho a fugarse puesto que lo hace libremente para participar del precio; sí lo tiene el esclavo cautivo de guerra al amparo del *ius gentium*. Ésta y otras pequeñas diferencias son una prueba más de que Soto no incluye la autoventa en el derecho de gentes.

¹²¹ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 32-40. Vid. MAURICIO, «A Universidade de Évora e a escravatura», *cit.*, pp. 173 ss.; COXITO, A. A., «Luis de Molina e a escravatura» en *Revista de Filosofia de Coimbra*, 15, 1999, pp. 116 s.; GARCÍA AÑOVEROS, J. M., «Luis de Molina y la esclavitud de los negros africanos en el siglo XVI. Principios doctrinales y conclusiones», en *Revista de Índias*, 60, 2000, pp. 307 ss.; HESPANHA, A. M., «Luis de Molina e a escravização dos negros», en *Análise Social*, 35, 2001, pp. 937 ss.; DE MOURA RIBEIRO ZERON, «O debate sobre a escravidão ameríndia e africana nas universidades de Salamanca e Évora», *cit.*, pp. 219 ss.; JONER, H., «Impressions of Luis de Molina about the trade of African slaves», en *Patristica et Mediaevalia*, 36, 2015, pp. 39 ss.; SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, *cit.*, pp. 66 s.

¹²² Sin necesidad de salir de territorio portugués, Molina se informó a fondo con marineros, comerciantes y misioneros sobre las sociedades africanas y sobre la realidad del tráfico negrero; entre otros, destacan la buena información del jesuita GARCÍA AÑOVEROS, «Luis de Molina y la esclavitud de los negros africanos en el siglo XVI. Principios doctrinales y conclusiones», *cit.*, p. 309; HESPANHA, «Luis de Molina e a escravização dos negros», *cit.*, pp. 938 s.; ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», *cit.*, pp. 18 s.; DE MOURA RIBEIRO ZERON, «O debate sobre a escravidão ameríndia e africana nas universidades de Salamanca e Évora», *cit.*, p. 220; JONER, «Impressions of Luis de Molina about the trade of African slaves», *cit.*, p. 44; SEIXAS, «Trabalho livre e trabalho escravo na obra de Francisco Suárez»,

y 35— lo expondremos en una sección específica al final de este apartado. Por el momento, lo que nos interesa principalmente son las ideas generales de Molina acerca de la esclavitud «civil y legal».

Habiendo título legítimo, dicha esclavitud es lícita y justa: se trata en principio de la servidumbre introducida por el derecho de gentes a raíz de la caída¹²³. Ahora bien, títulos legítimos son según Molina el cautiverio de guerra, el delito, la compraventa y el nacimiento¹²⁴, un inventario que sería inexacto encabezar con la rúbrica de *servitutes iuris gentium* ya por la sola razón de hallarse incluido en él el delito¹²⁵. En cuanto a la compraventa (enfocada como título originario: la autoventa), puesto que el hombre es dueño de su libertad, no iría contra el derecho natural que se vendiera como esclavo¹²⁶. El problema es que el *ius naturale* no es lo mismo que el *ius gentium*; además, Molina deja completamente claro que la venta de sí propio o la de los hijos en caso de grave necesidad se somete al «*ius Caesareum*» allí donde este derecho está vigente¹²⁷, y donde no, al derecho local eventualmente existente¹²⁸. En definitiva, a normas que son inequívocamente de *ius civile*¹²⁹. Último título legítimo de esclavitud, la «*nativitatis conditio*» es una causa asentada también en el *ius gentium*, al menos si nos fijamos en Dig. 1.5.5.1, pero Molina, que ni siquiera recuerda ese dato, se limita a contemplarla a través del prisma del *ius Caesareum* o, de haberlos en algún lugar, del derecho o la costumbre local. Eso sí, no deja de subrayar que en este tema el derecho imperial es el que mejor se ajusta a la razón¹³⁰.

Nadie que haya sido reducido a esclavitud en virtud de un título legítimo tiene el derecho de huir¹³¹. Los doctores discuten este punto especialmente en relación con los cautivos de guerra y con los nacidos de madre a su vez cautiva, siendo Soto uno de los

cit., pp. 1169 s. En opinión de TARDIEU, *Les penseurs ibériques, cit.*, p. 109, el estudio de Molina representa una cumbre que no será superada en adelante.

¹²³ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 32.

¹²⁴ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 33. *Vid.* BRIESKORN, «Die Sklaverei in der Beurteilung des P. Luis de Molina SJ», *cit.*, pp. 90 ss.

¹²⁵ A decir verdad, en la exposición sobre los cuatro títulos, el *ius gentium* sólo es mencionado en relación con el primero: MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp., 33, nn. 1 y 3.

¹²⁶ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 33, n. 14; disp. 35, n. 10 *in fine*.

¹²⁷ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 33, nn. 15-28, n. 31 *i. f.*; el *ius Caesareum* está representado por Dig. 40.13.1 y 4, Dig. 40.12.7, Cod. Iust. 7.16.10 y 16, Dig. 1.5.5 y 21, Inst. 1.3.4 y *Partidas*, 3.3.5 (Cod. Iust. 4.43.2 para la venta de los hijos); Molina señala que, conforme a Cod. Iust. 7.16.5, estas leyes fueron dadas solamente para favorecer la libertad de los que están sometidos a ellas; previamente ha destacado que la compra de un «Etiopie en Etiopía» por un adquirente sometido a las leyes en cuestión es válida aunque no se cumplan las condiciones exigidas por ellas.

¹²⁸ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 33, nn. 28-29; «in Aethiopia et in aliis similibus locis», precisa.

¹²⁹ Molina se pregunta todavía si será lícito comprar, convirtiéndolos en esclavos, a aquellos que entre los etíopes y los brasileños van a ser matados y acaso comidos por los suyos: *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 33, nn. 30-31. En su opinión, si se trata de individuos a los que se puede matar con justicia, la permuta de la muerte por la servidumbre perpetua no solamente es justa sino humana y piadosa; faltando en cambio esa condición, parece que el deber de caridad obliga en primer lugar a salvarles la vida sin hacerlos perder la libertad; de todos modos, dada la avaricia y la fragilidad humana Molina considera preferible también en este caso que el rescate de una muerte injusta sea al precio de la libertad.

¹³⁰ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 33, n. 32.

¹³¹ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 37, n. 11.

que se inclinan a admitir que los esclavos del primer tipo pueden «fugere ad suos»¹³². Defensor de la opinión contraria, Molina trae a colación dos leyes del título *De fugitivis servis*¹³³ y explica que las leyes del Código deben tenerse más en cuenta que las del Digesto, no sólo por ser posteriores sino por proceder de príncipes cristianos que las establecieron prestando la debida atención a la justicia que han de tener las guerras de los cristianos. Además, si la huida fuera lícita para los cautivos, el incentivo para no matar a los enemigos en la guerra se debilitaría y sería, en suma, muy difícil creer que este género de esclavitud fue introducido por el *ius gentium*¹³⁴. Ante estas consideraciones, podríamos preguntar qué idea tiene Molina sobre una institución de derecho de gentes relacionada directamente con el cautiverio de guerra como es el *postliminium*; principalmente porque da la impresión de pensar que de esta figura se pueden beneficiar solamente los prisioneros hechos en aquellas guerras en las que los cristianos se enfrentan con los turcos o con otros mahometanos¹³⁵. Sea como fuere, no es nunca el *ius gentium* lo que expone el profesor eborense, sino una regulación civil de instituciones que se suponen originadas en él.

Lo mismo se debe decir de la regulación de los poderes del *dominus* sobre el esclavo. Según Molina, la *captivitas* introducida por el derecho de gentes aportó el molde al que se fueron ajustando los demás géneros de esclavitud.¹³⁶ Ahora bien, comenzando ya por el propio patrón original, lo único derivado del *ius gentium* sería la negación al *dominus* del poder de mutilar o matar al esclavo, por ser dicho poder contrario a la misericordiosa finalidad de la *captivitas*,¹³⁷ mientras que, en general, la reglamentación de los derechos del amo depende declaradamente de las «civiles leges» y de la costumbre. Otro tanto se constata, en fin, en lo tocante a los modos de liberación de los esclavos¹³⁸.

III.2.4 Fernando Rebelo

En sus líneas generales, el esquema expositivo de Rebelo es bastante parecido al de Molina¹³⁹. Comienza el jesuita portugués asentando nada menos que en la fe y en la justicia conmutativa la licitud de la esclavitud «legal» y reiterando que la introducción de esta institución se produjo *iure gentium* a conse-

¹³² MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 37, nn. 2-4; cfr. Soto, *De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 2, art. 2, p. 267a.

¹³³ Cod. Iust. 6.1.1: *Servum fugitivum sui furtum facere (...)*; Cod. Iust. 6.1.3 señala las penas para los esclavos fugitivos en caso de ser aprehendidos.

¹³⁴ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 37, n. 9.

¹³⁵ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 37, n. 14.

¹³⁶ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 38, nn. 1-2. Dicho sea de paso, el nacimiento posterior de esos otros géneros favorece su ubicación en la esfera del *ius civile*.

¹³⁷ Se recordará, no obstante, que la *potestas vitae necisque* sobre los *servi* era *iuris gentium* según Dig. 1.6.1.1 (Gai. 1 *inst.*) = Inst. 1.8.1 (el texto *supra*, nt. 46).

¹³⁸ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 39.

¹³⁹ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 9-13; al igual que MOLINA, Rebelo se muestra muy bien informado acerca del comercio de esclavos. Vid. MAURICIO, «A Universidade de Évora e a escravatura», *cit.*, pp. 180 ss.; DE MOURA RIBEIRO ZERON, «O debate sobre a escravidão ameríndia e africana nas universidades de Salamanca e Évora», *cit.*, p. 224; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, p. 111.

cuencia del pecado.¹⁴⁰ Este origen no significa, empero, que toda clase de esclavitud esté cubierta por el manto del *ius gentium*. De hecho, pasando revista a los modos en que es lícito esclavizar a un hombre –los mismos cuatro de Molina–, el único que Rebelo refiere explícitamente al derecho de gentes es el cautiverio en guerra justa¹⁴¹. La explicación de otro de esos modos –«ratione criminis»– permite al autor especular sobre la razón primera de la servidumbre de los muchos que «in Angelano (*sic* por Angolano) regno» nacen esclavos del rey¹⁴², pero hubiera sido necesario indagar también la verdadera condición de esos siervos para poder estar seguro de que los tratantes portugueses los podían comprar y vender como auténticos esclavos. Como ya hiciera Molina, sobre la venta de sí propio como esclavo y la de los hijos por el padre, Rebelo remite al derecho cesáreo y a la costumbre local¹⁴³.

El jesuita portugués deja meridianamente claro que los poderes del *dominus* sobre el esclavo, ya recaigan sobre su persona, ya se refieran a sus adquisiciones, son regulados por el *ius civile*; éste es mencionado por su propio nombre o aludido por medio de expresiones como «leges Caesareae» y «leges Regiae».¹⁴⁴ Por otro lado, tras negar con carácter general el derecho de fuga del esclavo, Rebelo se refiere con algún detenimiento al privilegio que representa el *postliminium* para los cautivos de guerra¹⁴⁵: de esta institución no afirma positivamente que sea *de iure gentium*, sino que está confirmada «moribus gentium, ac legibus»; y desde luego, en la explicación del régimen al que está sujeta se basa por completo en las leyes cesáreas, castellanas y lusitanas que cita con verdadera profusión. De este modo, por más que el *ius gentium* pueda respaldar la licitud de la fuga de los esclavos de aquel tipo (extender su aval a otros siervos que no lo son por derecho de gentes habría sido incoherente), el contenido concreto del derecho y la forma de ejercerlo dependen del *ius civile*. Por lo que respecta, en fin, a los modos en que los esclavos alcanzan la libertad, las diversas causas reseñadas por Rebelo

¹⁴⁰ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 9, n. 1, con cita de varios lugares bíblicos; *vid. supra*, nt. 89.

¹⁴¹ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 9, nn. 4-5, con cita (en el n. 4) de Dig. 49.15.24 e Inst. 2.1.17; de este tipo de esclavitud dice que es «nobilior, et facilior» que los demás. Hablando en el n. 3 del nacimiento de madre esclava señala que el principio *partus sequitur ventrem* (Cod. Iust. 3.32.7) no sólo se observa en España «sed ubique gentium», pero estas palabras quizás no son una alusión al derecho de gentes; en todo caso, una costumbre contraria recibida en algún lugar podría derogar aquel principio.

¹⁴² REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 9, n. 6: podría suceder que los primeros padres de esas gentes «iusta ex causa in servitutum redactos fuisse ab aliquo Rege, quam iure haereditario filii contrahant»; poco convincente suena una conjetura como ésta después de haber expresado Rebelo su sospecha de que los reyes africanos someten a esclavitud a sus súbditos de forma generalmente arbitraria.

¹⁴³ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 9, nn. 9 ss. La referencia al derecho cesáreo (o sea, civil) se concreta mediante la cita de textos como Inst. 1.3.4 y Cod. Iust. 4.43.1 y 2.

¹⁴⁴ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 11, nn. 3-4, 5, 7 y 8; cfr. MAURICIO, «A Universidade de Évora e a escravatura», *cit.*, p. 185.

¹⁴⁵ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 12, nn. 3 ss.

después una brevísima mención de la manumisión se apoyan todas en el *ius commune*, la «praxis Regni in Lusitania» y la ley castellana¹⁴⁶.

III.2.5 Francisco Suárez

Sobre el despliegue efectivo de la esclavitud, en Francisco Suárez no encontramos nada que pueda compararse a las detalladas exposiciones de Molina y de Rebelo; ni siquiera, en realidad, nada lejanamente parecido a las escuetas indicaciones de Vitoria o Soto que hemos tenido ocasión de reseñar¹⁴⁷. Sin embargo, no es del todo imposible atribuirle la paternidad de un expediente cuya puesta en práctica permitiría subsanar la ilicitud, admitida por todos los autores, de la compra de esclavos negros para trabajar en la explotación de las minas americanas. Junto a la garantía de unas condiciones aceptables durante la navegación, el expediente o solución ideada por Suárez consiste en compensar a esos esclavos por el trabajo tan extraordinariamente duro y peligroso al que han sido destinados; la recompensa que se les ofrezca deberá ser tal que rechazarla resulte irracional; una compensación justa podría ser, por ejemplo, reducir para ellos la duración de la esclavitud.

No hay ningún pasaje conocido de Suárez en el que podamos leer esta propuesta, de la cual sólo sabemos por las referencias de unos pocos escritores que se la atribuyen a él cuando la traen a colación¹⁴⁸. De todos modos, pese al carácter indirecto de la información, podemos suponer que el expediente del que nos ocupamos tenía, en su formulación original, un sentido parecido al que vemos en Rebelo. Según la exposición de este jesuita, la idea crucial de la cual todo depende es que el poder de los amos sobre sus esclavos se extiende solamente a

¹⁴⁶ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 13. Las causas son las siguientes: la negación de alimentos o el abandono del esclavo enfermo con la intención de expulsarlo de la casa (n. 1); el esclavo cristiano comprado por un infiel súbdito de un príncipe cristiano (n. 2); si el señor infiel o hereje forzara al esclavo cristiano a circuncidarse, idolatrar u otro crimen semejante (nn. 3-4); el esclavo que contrae matrimonio con persona libre (n. 5); el esclavo al que el señor instituye como heredero y la esclava dotada por el señor (n. 6); los dos últimos números se refieren a sendos privilegios particulares.

¹⁴⁷ En *De sacramentis*, disp. 25, sect. 5, n. 9, Suárez elude el tema con el pretexto de no estar tratando de cuándo alguien se hace legítimamente esclavo, sino del modo en que se puede bautizar a un individuo que está sujeto a un dominio igual al que se tiene sobre un esclavo; AMEZÚA, «La cláusula suareciana sobre la esclavitud de los negros», *cit.*, pp. 245 s., ve aquí «una referencia mínima, incidental y timorata» al problema de la esclavitud y la venta de negros; cfr. ya antes AMEZÚA AMEZÚA, «Libertad natural y esclavitud voluntaria: reflexiones de F. Suárez sobre la esclavitud», *cit.*, p. 193; AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «La libertad cuestionada: justificación de la esclavitud en la Segunda Escolástica», *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, ASÍS ROIG, R. et AL. (eds.), IV, Madrid, 2008, pp. 59 s. Observa SEIXAS, «Trabalho livre e trabalho escravo na obra de Francisco Suárez», *cit.*, pp. 1172 s., que en la obra de Suárez este problema es tratado de forma mayoritariamente accidental y con cierto distanciamiento, mediante el enunciado de proposiciones abstractas o, como mucho, con referencia a situaciones hipotéticas.

¹⁴⁸ Fernando REBELO, Juan de Solórzano Pereira, Diego de Avendaño y Epifanio Moirans. La fuente original es REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, n. 21, de quien toman la referencia Solórzano y Avendaño; Moirans, que conoce la opinión de Suárez a través de este último, es el único que la rechaza. *Vid.* AMEZÚA, «La cláusula suareciana sobre la esclavitud de los negros», *cit.*, pp. 248 s., 249 ss. sobre Rebelo.

los servicios debidos y acostumbrados o razonables¹⁴⁹; la condena unánime de la exportación de esclavos negros para trabajar en las minas del Nuevo Mundo se debía, en consecuencia, al incumplimiento de esa limitación. De considerable interés para nuestro tema, de aquí nace una pregunta relativa al criterio conforme al cual se determina qué servicios son debidos y adecuados y cuáles no; de forma más concreta, el criterio con arreglo al cual se puede afirmar que el trabajo minero –más la previa y necesaria exportación marítima– desborda con tanta evidencia esta consideración. Ignoramos cuál pudo ser la respuesta de Suárez (lo cierto es que ni siquiera sabemos si llegó a plantearse la cuestión en los mismos o en parecidos términos). La de Rebelo, ciertamente llamativa, permite colegir que el criterio por el que nos preguntamos, cuando menos en este asunto de los servicios que los amos pueden o no exigir a sus esclavos, consiste en otorgar la primacía a los usos locales¹⁵⁰. Inevitablemente tenemos que destacar aquí, en punto tan importante como el de los límites del poder que adquiere el comprador sobre el esclavo, el choque entre dos regulaciones diferentes de la esclavitud cada una de las cuales se ha de ver como exponente de un *ius proprium civitatis*. No hay en toda la cuestión ningún espacio que permita poner en relación el expediente de Suárez con el argumento de la pertenencia de la esclavitud al derecho de gentes; antes bien, el problema que ese expediente intenta resolver carece de cualquier contacto con la doctrina del autor acerca de las *captivitates et servitutes*¹⁵¹. Más todavía, la evidente finalidad de «blanquear» la misma operación considerada ilícita traiciona el artificioso pragmatismo de la solución propuesta y su total alejamiento de la teórica esfera del *ius gentium*. Especialmente si la idea de Suárez era que los esclavos que iban a ser exportados a las minas americanas no pudieran rechazar el premio o la recompensa que se les ofrecía, tal como parecen indicar la tacha de irracionalidad aplicada a esa negativa y la invocación del bien común de todas las naciones como *ultima ratio* capaz de relativizar los más difíciles inconvenientes¹⁵².

En definitiva, si hubiera que encuadrar jurídicamente de algún modo el expediente ideado por Suárez, su mejor ubicación no sería la servidumbre de derecho de gentes –cuya única causa posible según el propio teólogo granadino es la *captivitas*– sino una cierta regulación civil de la institución. ¿Hay entonces, en opinión de Suárez, expresiones de la esclavitud basadas exclusivamente en el *ius civile*? Parece que sí: en unos muy pocos lugares distintos de aquellos que dedica a tratar específicamente del *ius gentium*, nuestro autor da muestras ciertas de no englobar la esclavitud entera en la órbita de este derecho; eso sí, sin llegar a decir nunca, como sí dice de la propiedad privada, que la esclavitud fue introducida en parte por el derecho de gentes y en parte por el derecho

¹⁴⁹ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, n. 19: «cum illud inter Doctores absque controversia certum sit, potestatem dominorum super servos ita limitatam esse, ut solum ad debita ac consueta sive rationabilia servitia extendatur».

¹⁵⁰ Cfr. REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, n. 19: «quod servitium [continua in metallorum fodinis operarum exactio] constat nunquam solitum fuisse praestari per ipsos servos Regum Angolae, nec per eorum progenitores, et adeo intolerabile est».

¹⁵¹ *Vid. supra*, III.1.5.

¹⁵² REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, n. 21.

civil¹⁵³. Se trata sobre todo de un pasaje en el que el poder sobre el esclavo cautivo de guerra se pone como ejemplo de «dominium ex iure gentium», mientras que el que se tiene sobre aquel otro que se ha vendido a sí mismo como esclavo ilustra el dominio procedente del *ius civile*¹⁵⁴. Al carácter genuinamente civil de la venta de sí propio como esclavo se suma el de la esclavitud impuesta como pena, ambos confirmados de forma implícita por Suárez en el curso de la discusión acerca de si puede la potestad humana cambiar el derecho natural¹⁵⁵.

III.2.6 Síntesis

De los autores por los que nos venimos guiando, ni uno solo cuestiona la legitimidad de la esclavitud. Aparentemente, la razón por la que no lo hacen es que se trata de una institución *iuris gentium*, de ahí nuestra opinión de que, para honrar de verdad esta calificación, hubieran debido reservar el marbete de legitimidad para las relaciones de sujeción nacidas de una de las dos únicas causas de esclavitud que ellos mismos, tomados en conjunto por esta vez, consideraban de derecho de gentes: el cautiverio de guerra (justa) y el nacimiento de madre esclava¹⁵⁶. Esto es tanto como decir que la esclavitud impuesta como pena y la originada en la venta de uno mismo o de los hijos, la mujer u otros parientes en caso de extrema necesidad, al carecer de amparo en el *ius gentium*, no merecían aquel sello; o, por lo menos, que su legitimidad nunca debió tener el mismo alcance universal atribuido a las que sí disponían de tal agarradero. Pero este análisis y sus consecuencias no son evidentemente de nuestros escritores, cuyas exposiciones indican una funcionalidad idéntica de las diversas causas de esclavitud, susceptibles todas de producir o facilitar el sometimiento del sujeto que la sufre a un vínculo de naturaleza servil en sentido amplio, pero de contenido eventualmente muy diferente al de los admitidos bajo los usos y leyes de su nación de origen.

¹⁵³ Vid. SUÁREZ, *Defensio fidei Catholicae et Apostolicae adversus Anglicanae sectae errores*, lib. 3, cap. 2, n. 14, *cit.* por SEIXAS, «Trabalho livre e trabalho escravo na obra de Francisco Suárez», *cit.*, p. 1177.

¹⁵⁴ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 1, cap. 8, n. 5: «(...) aliquando est ex iure gentium, vel civili, ut potestas domini in servum bello captum; interdum ex humano contractu, et ut dominium in servum qui se vendidit»; pese a la redacción un poco ambigua, el sentido es suficientemente claro; *vid.* SEIXAS, «Trabalho livre e trabalho escravo na obra de Francisco Suárez», *cit.*, pp. 1176 s. Más adelante: «Et ita non licet domino saevire in servum, ut dicunt iura civilia, ut severior correctio non nisi auctoritate publica fiat».

¹⁵⁵ SUÁREZ, *De legibus*, lib. 2, cap. 14, n. 18: «eo ipso quod homo est dominus suae libertatis, potest eam vendere seu alienare. Respublica etiam per potestatem altiore quam habet ad regendos homines, potest ex iusta causa (ut in poenam) hominem privare sua libertate»; n. 19: «Sic ergo dicimus de libertate et de quocumque iure civili, etiamsi positive sit a natura datum, posse per homines mutari quia in singulis personis est dependenter vel a sua voluntate vel a republica, quatenus habet legitimam potestatem in omnes privatas personas et bona earum quantum ad debitam gubernationem necessarium est»; *vid.* SEIXAS, «Trabalho livre e trabalho escravo na obra de Francisco Suárez», *cit.*, pp. 1818 s.

¹⁵⁶ La compraventa de esclavos que lo son por una u otra de estas dos causas entraría dentro del ejercicio legítimo de los poderes del dueño.

En puridad, la esclavitud llamada de derecho de gentes sólo se usó, aun de modo muy imperfecto y en medio de continuos retrocesos y reconsideraciones, con los naturales americanos puestos al abrigo de peores desmanes por el estatus de súbditos de los reyes hispanos que se les había otorgado¹⁵⁷. Privados de un escudo similar, los africanos no pudieron, en cambio, evitar convertirse en víctimas de una aplicación en su mayor parte extemporánea de la regulación europea de la esclavitud. Una aplicación global o en bloque inevitablemente sospechosa a la vista de los límites dentro de los cuales admitían los teóricos la licitud de una imaginaria esclavitud *iuris gentium*. Y una aplicación, como tendremos que ver todavía, groseramente indiscriminada, aun en el caso de que nos fuera posible disculpar el capcioso procedimiento consistente en llenar el saco de una institución supuestamente internacional con los elementos de una institución netamente civil como era a todas luces la servidumbre de tipo europeo.

Vitoria es un buen ejemplo de la utilización de dos perspectivas distintas sobre la esclavitud según se considere como sujetos pasivos de ella a los nativos americanos o a los africanos (y los asiáticos). Por otra parte, ciertas expresiones de su carta a fray Bernardino de Vieque son indicativas de una ínfima preocupación por el problema de las causas o títulos de esclavitud de los negros y, por tanto, del carácter hueco y formal que tiene en su pluma el argumento basado en el derecho de gentes. No es necesario comprobar la justicia de las guerras entre africanos para poder comprar lícitamente esclavos procedentes de ellas: basta saber, según dice, que los adquiridos son esclavos «de hecho o de derecho». No menos característica es la frase «siendo en tierra donde se puede uno facer esclavo por muchas maneras y voluntariamente venderse...», que da por hecho con demasiada rapidez que todas esas «muchas maneras» son aceptables –o en su caso que no lo son– al margen de lo que diga el *ius gentium*, y que todas hacen esclavos según el concepto europeo.

Atónitos podría dejarnos la doctrina de Soto sobre la venta de uno mismo como esclavo: ¿cómo se puede dar por buena esta operación, es decir, admitirla como causa de esclavitud del africano que se vende a un portugués, después de haber señalado que la autoventa no es de derecho de gentes y recordado que ya no se practica entre cristianos? Poniendo entre paréntesis la sospecha de fraude y dolo generalizado por parte de los compradores lusitanos, ¿por qué dice Soto que aquel trato puede ser lícito para los europeos a condición de que la «costumbre» de la que hablamos esté vigente entre los africanos?; ¿acaso quiere

¹⁵⁷ ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», *cit.*, p. 6; OLIVEIRA E SILVA, «Francisco de Vitoria», *cit.*, pp. 142 s.; GARCÍA AÑOVEROS, J. M., «Carlos V y la abolición de la esclavitud de los indios. Causas, evolución y circunstancias», en *Revista de Indias*, 60, 2000, pp. 76, 81; GARCÍA AÑOVEROS, «Los argumentos de la esclavitud», *cit.*, p. 143: a diferencia de los indios, la casi totalidad de los negros «no eran vasallos de ninguna de las dos coronas, sino que provenían de lugares y reinos extraños y, por tanto, no podían recibir el mismo tratamiento». Cfr. PALACIO, *Praxis theologica de contractibus*, lib. 2, cap. 10, p. 152b: «At praecipua quaestio est, super servitutum Aethioporum. Quoniam Indi qui erant redacti in servitum ex bello regis nostri Castellae, et Legionis, sunt donati libertate: quia persuasum est regi nefas esse hos redigere in servitum. / At vero, me latet, cur non eadem persuasio idem effecit, ne Aethiopes redigerentur in servitum apud regem Lusitaniae. Namque aequa ratio est de Indis Occidentalibus..., et de Aethiopes».

decir que esa vigencia puramente local es suficiente para cubrir la negociación con el manto del *ius gentium*?; según él, ¿era conforme al derecho de gentes la práctica de la autoventa cuando los cristianos la usaban todavía entre ellos? Supongamos ahora la efectiva vigencia local de la costumbre en cuestión: el negro que se vendiera a un portugués seguramente evaluaría el significado y los efectos de la operación de acuerdo con las reglas locales por él conocidas. Y si él no lo hacía así, quien no podía hacerlo de otra manera era el propio comprador portugués, pues el razonamiento de Soto implica, en buena lógica, que lo vendido y comprado no era sino lo señalado por aquellas reglas, las cuales, no nos importa repetirnos, no son derecho de gentes. No es nada seguro, no obstante, que Soto asumiera esta consecuencia de su propio argumento.

Aunque admite cuatro títulos legítimos de esclavitud (el cautiverio de guerra, el delito, la autoventa y el nacimiento), Molina sólo refiere explícitamente al derecho de gentes el primero de ellos¹⁵⁸. La importancia del dato es manifiesta: puesto que el radio de la servidumbre conocida y practicada era mucho más extenso, la institución retratada por el teólogo eborense está muy lejos de encuadrarse enteramente en el *ius gentium*. ¿Cuál es entonces el auténtico significado de una exposición tan cuidadosa como la suya? En lo visto hasta aquí, Molina describe el modelo europeo de esclavitud basándolo esencialmente en el *ius Caesareum*, como él lo denomina, con esporádicas aperturas hacia los derechos y las costumbres locales. Su propósito es poner los usos africanos y asiáticos frente al espejo de aquel modelo en la idea de que su admisibilidad y su justificación se deben establecer por comparación con él. Ahora bien, con esta operación, la esclavitud de cuño europeo es asumida de hecho como paradigma absoluto de la institución¹⁵⁹. Nótese que no se trata de una comparación guiada por el propósito de delimitar un área de intersección o coincidencia entre expresiones diferentes de una misma institución para, de ese modo, aprehender el núcleo de derecho de gentes de la servidumbre. Un planteamiento de este estilo no es de ningún modo el de Molina, de quien se podría decir incluso que lo que principalmente le interesa del *ius gentium* es su capacidad de aportar legitimidad formal al modelo europeo de servidumbre, un patrón esencialmente civil cuya generalización favorece el jesuita sin que en ningún momento le frene el dato de que, en su mayor parte, ese modelo queda fuera del paraguas del derecho de gentes.

¹⁵⁸ La explicación de los otros tres permite percibir con claridad su completa dependencia de los diversos *iura civilia*. Lo mismo sucede con los poderes del propietario y con los modos de liberación de los esclavos.

¹⁵⁹ Cfr. sobre esto HESPAÑHA, «Luis de Molina e a escravização dos negros», *cit.*, pp. 939 s., si bien nos parece muy dudoso que la apreciación de la legitimidad de la esclavitud «nos termos do direito positivo da nação em que se consumara», idea defendida en principio por MOLINA, apunte a la coincidencia exacta de lo adquirido por el comprador europeo de un esclavo africano con lo que el vendedor poseía sobre él: «os exactos direitos do vendedor» no eran, finalmente, los señalados por el derecho positivo original, sino los concedidos al comprador por su propio derecho positivo; GARCÍA AÑOVAROS, «Luis de Molina y la esclavitud de los negros africanos en el siglo XVI. Principios doctrinales y conclusiones», *cit.*, p. 309, no es consciente de la incongruencia que encierra una frase como ésta: «El Derecho romano y Canónico se limitaban a regular [la esclavitud], pues se consideraba una institución de derecho de gentes».

Al igual que Molina, la única causa de esclavitud que Rebelo adscribe formalmente al derecho de gentes es el cautiverio en guerra justa. En cuanto a los puntos más concretos que toca, los poderes del dueño, el derecho de fuga y la liberación de los esclavos aparecen todos regulados por normas de derecho civil. La exposición del jesuita lusitano podrá ser tal vez más lúcida y sistemática que las de sus predecesores¹⁶⁰ pero no es más original que la de Molina, a la que se asemeja mucho en la elusión de las consecuencias esperables de una afirmación tan delicada como la de ser la esclavitud una institución de derecho de gentes. Dado este parecido, lo que hemos dicho acerca del intento de Molina de legitimar la servidumbre europea presentándola *sub specie iuris gentium* es perfectamente extensible al autor portugués.

Suárez, por último, no ofrece un examen sistemático del despliegue de la llamada servidumbre legal o civil en cuanto institución perteneciente al *ius gentium*. De todos modos, cualquiera que sea la interpretación que se quiera dar a su silencio, la provisión discurrida al parecer por él para remediar la ilicitud de la compra de esclavos negros destinados a la explotación de las minas americanas se ubica plenamente en el terreno del *ius civile* –incluso del choque o el encuentro entre dos *iura civilia* distintos–, muy lejos por tanto de las ideas del propio autor sobre la esclavitud de derecho de gentes. El valor real de estas ideas es puesto en entredicho, además, por el carácter civil atribuido por Suárez a la esclavitud nacida de la venta de sí mismo y a la impuesta como pena.

III.3 LA CUESTIÓN DE LA TRATA

En la perspectiva de Luis de Molina y Fernando Rebelo, el comercio de esclavos ejercido por los portugueses es un tema crucial que interpela al derecho y a la conciencia¹⁶¹. Tanto es así, que las reflexiones generales de estos escritores acerca de la esclavitud se explican principalmente por la necesidad de disponer de una base doctrinal sólida que les permita pronunciarse sobre las crudas realidades de la trata. Esta última palabra designa un enorme tráfico triangular que desplaza a miles de seres humanos indefensos y pone en relación tres continentes: África, donde son adquiridos los esclavos, América, destino inicial de la mayoría de ellos, y Europa, a donde no pocos son ulteriormente reexportados.

El objeto de este comercio está constituido por esclavos; es decir, por individuos que no adquieren la condición servil en el momento y por el hecho de ser vendidos o permutados por otras mercancías, sino que la poseen de antemano en virtud de una causa lícita de esclavitud por más que, a la hora de la verdad, no se requiera la coincidencia de esa causa con alguna de las consideradas

¹⁶⁰ Es afirmación de MAURICIO, «A Universidade de Évora e a escravatura», *cit.*, p. 180.

¹⁶¹ Una eficaz síntesis sobre el tráfico de esclavos en SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, *cit.*, pp. 324 ss.; con anterioridad, SARAIVA, A. J., S. J., «Le père António Vieira S. J. et la question de l'esclavage des Noirs au XVII^e siècle», en *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 22 (6), 1967, pp. 1301 ss.

propias del *ius gentium*¹⁶². Precisamente, el carácter sospechoso de la trata se debe a la multiplicación de rumores y noticias que indican la demasiada facilidad con la que el requisito indispensable de la causa lícita y la previa condición servil es burlado por todo tipo de actores implicados en el tráfico: vendedores, compradores, intermediarios y autoridades encargadas de controlar su legalidad. En una situación tan envilecida, si algún papel pudo jugar la supuesta naturaleza *iuris gentium* de la esclavitud, es de temer que no fuera el de baluarte contra un tráfico a todas luces abusivo y escandaloso, sino más bien el de coartada jurídica y lenitivo moral para los muchos interesados en el negocio.

Será ingenuidad propia de quien ve los toros desde la barrera, pero ni aun así es fácil explicarse cómo pudieron homologar globalmente la trata autores tan bien informados como Molina y Rebelo. Ciertamente su discurso está trufado de reticencias y enunciados hipotéticos, pero no es menos verdad que un tono así de sinuoso transmite una perturbadora impresión de mala conciencia –o cuando menos de disposición a hacer de la necesidad virtud– que aleja las posibilidades de disculpa. Por lo demás, en relación con los negros africanos hubo una pregunta que nuestros dos jesuitas no parece que se hicieran nunca, aquella que hubiera debido preceder a cualquier otra porque era la más obvia y de ella dependía la totalidad de la cuestión: ¿existía la esclavitud en África antes del tráfico europeo¹⁶³? Para ser honestos, hemos de admitir que el tiempo en el que una duda semejante podía haber sido acogida y sopesada con cierta naturalidad quedaba ya muy atrás en el pasado¹⁶⁴. Pero, por otra parte, es difícil no pensar en el obstáculo que el preconcepto de un derecho de gentes universal y normativo y el de la naturaleza *iuris gentium* de la esclavitud debieron de oponer, junto al peso muerto de una situación ya consolidada, a un vuelo más libre de la imaginación de nuestros dos especialistas en la trata. Al final, el esfuerzo de ambos, destacadamente el de Molina, parece que se hubiera centrado en desa-

¹⁶² MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, n. 3: «titulus, quo mancipia haec Lusitanorum servituti subiciuntur, non est ius aliquod belli, quod Lusitani cum illis gentibus habeant: sed sola emptio, pro mercibusve permutatio... necesse est, quando eis venduntur, aut permutantur, aliquo alio titulo legitime redacta iam fuisse in servitutem»; *vid.* también disp. 35, n. 19.

¹⁶³ Sin posibilidad de detenernos en este problema, que engloba el de la adaptación de las prácticas de los africanos a los requerimientos del tráfico ejercido por los europeos, nos conformamos con remitir a PIQUERAS, *La esclavitud*, *cit.*, pp. 120 s.; SEIXAS, *Pessoa e trabalho* *cit.*, pp. 325 ss., con las referencias de las notas 1515-16 y 1526; ZEUSKE, «Sklaverei in der Neuen Welt –auch eine transrechtliche Sklaverei auf der Linie Afrika-Atlantik-Amerika?», *cit.*, pp. 124 ss.; y MESNARD, É. y COQUERY-VIDROVITCH, C., *Ser esclavo en África y América entre los siglos XV y XIX*, Madrid, 2020 <<https://books.google.es/books?id=3KPsDwAAQBAJ&printsec=copyright&hl=es#v=onepage&q&f=false>>, cap. 1 sobre la esclavitud en las sociedades africanas, esp. la segunda sección: ¿Qué significaba ser esclavo en África? La duda acerca de la existencia de la esclavitud antes de la llegada de los europeos también ha sido planteada en relación con los indios de Brasil: *vid.* EISENBERG, «A escravidão voluntaria dos índios do Brasil e o pensamento político moderno», *cit.*, pp. 11 s.

¹⁶⁴ Las primeras noticias escritas sobre el tráfico de esclavos negros datan de mediados del siglo xv y proceden del cronista Gomes Eanes de Zurara y del explorador y traficante veneciano Alvise Cadamosto: SEIXAS, *Pessoa e trabalho*, *cit.*, pp. 328 s.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 32 ss.; cfr. RAMADA CURTO, *Cultura imperial*, *cit.*, pp. 25 ss., 57 ss.

rollar una casuística dirigida a disculpar a los beneficiarios de tan infame comercio¹⁶⁵.

III.3.1 Luis de Molina

Siguiendo la cronología de la expansión portuguesa, en la *disputatio* 34 Molina hace un detallado recorrido por los principales territorios de donde se exportaban los esclavos: Guinea Superior, Guinea Inferior, Sofala y Asia¹⁶⁶. Su propósito es exponer los hechos desnudos de la trata, dejando el enjuiciamiento de los mismos para la *disputatio* 35¹⁶⁷. Con la palabra «hechos» el jesuita con- quense se refiere, por un lado, a las costumbres en uso en cada territorio en materia de esclavitud (por comodidad seguimos usando esta palabra), y por otro, a la praxis de los tratantes lusitanos y la actitud de las autoridades eclesiás- ticas portuguesas encargadas de controlar el tráfico. La finalidad es doble: com- probar la admisibilidad de las costumbres locales y asegurarse de que la condi- ción de los infelices vendidos o permutados como esclavos tiene origen en alguno de los títulos de esclavitud admitidos en derecho¹⁶⁸. A este respecto, inútil es advertir que el embudo por el que debían pasar los usos locales para ser homologados no lo formaban sólo los dos títulos considerados propios del *ius gentium*, sino todos los que ya hemos visto a Molina admitir como legítimos.¹⁶⁹ Este dato es suficiente para darse cuenta de que el análisis del jesuita ni está condicionado ni se guía por el pretendido carácter *iuris gentium* de la institu- ción examinada.

Es cierto, de todas formas, que una parte muy considerable de los esclavos adquiridos por los portugueses les eran ofrecidos bajo la apariencia de prisioneros de guerra, siendo así que la *captivitas* constituía, como bien sabían los traficantes, la primera de las causas de servidumbre del *ius gen- tium*. Ahora bien, dado que los pueblos africanos concedían muy poca importancia a la justicia de las guerras que tenían entre ellos, el cautiverio bélico no era un título que pudiese dar seguridad a los compradores acerca de la legítima condición servil de tantos esclavos como adquirían; mucho menos cuando había la sospecha de que aquellas guerras solían desatarse ante el anuncio de la llegada de los portugueses a las costas y con el único

¹⁶⁵ Hacemos nuestra la apreciación de TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, cit., p. 228; cfr. pp. 106 s., sobre las conclusiones de Molina en *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 36, que ya no se ocupa de los traficantes que exportan esclavos de algún lugar de África, sino de aquellos a quienes se los revenden; vid. también GARCÍA AÑOVEROS, «Luis de Molina y la esclavitud de los negros africanos en el siglo XVI. Principios doctrinales y conclusiones», cit., p. 326; RAMADA CURTO, *Cultura imperial*, cit., p. 268.

¹⁶⁶ Vid. COXITO, «Luis de Molina», cit., pp. 120 ss.; GARCÍA AÑOVEROS, «Luis de Molina y la esclavitud de los negros africanos en el siglo XVI. Principios doctrinales y conclusiones», cit., pp. 312 ss.; HESPANHA, «Luis de Molina e a escravização dos negros», cit., pp. 947 ss.; menos precisos MAURICIO, «A Universidade de Évora e a escravatura», cit., pp. 175 ss.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques* cit., pp. 104 ss.

¹⁶⁷ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, n. 6 in fine.

¹⁶⁸ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, n. 3; vid. supra, nt. 162.

¹⁶⁹ Vid. supra, III.2.3.

fin de hacer prisioneros para ofrecérselos como esclavos¹⁷⁰. Tampoco merecía confianza la imposición de la esclavitud a título de pena, pues, aparte la arbitrariedad de los que ejercían la jurisdicción, entre los delitos que se castigaban con la servidumbre había muchos de muy poca gravedad, no siendo infrecuente que por el delito que uno cometía pagasen sus hijos o toda su parentela¹⁷¹. Sumando los indicios de esclavitud por deudas y la alusión a la oferta en la plaza pública de individuos que serían sacrificados y comidos si algún tratante no los compraba como esclavos¹⁷², la conclusión inevitable es la incompatibilidad radical de los usos africanos no ya sólo con el derecho de gentes, sino con el modelo europeo de servidumbre que se hacía pasar por él. Y aún podemos añadir la esclavitud colectiva y hereditaria de los *Quisico*, tercero de los cuatro géneros de hombres que según refiere Molina había en cada *Mirinda*¹⁷³, los cuales se encontraban en una situación de cuyo origen no había memoria y cuya legitimidad, por tanto, era imposible comprobar¹⁷⁴.

Sobre la conducta de los portugueses, el jesuita es terminante: los comerciantes no se cuidan ni mucho ni poco de cerciorarse de los títulos de esclavitud, lo único que les preocupa es su lucro y su comodidad. En cuanto a las autoridades eclesiásticas, son tan poco escrupulosas que parecen mirar hacia otro lado para no tener que contemplar la cruda realidad del tráfico negrero en su conjunto¹⁷⁵.

Acerca de la esclavitud en Asia (o sea, en India, Japón y China) Molina dispone de información menos exacta y de interés en general menor. De la exposición correspondiente¹⁷⁶ destacamos tan sólo un dato de enorme significación:

¹⁷⁰ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, n. 3, donde se mencionan las incursiones de los *Tangosmaos*, en las mismas circunstancias, al interior de Guinea Superior para adquirir supuestos *captivi* y vendérselos a los portugueses; lo mismo hacían los *Pomberos* en Manicongo, reino cristiano del que no se exportaban esclavos: *Ibid.*, nn. 8 y 14 (cfr. también disp. 35, n. 18). Según MOLINA, los únicos legítimos esclavos por esta causa (la *captivitas*) eran los prisioneros hechos por los portugueses «in bello Angolano» e «in bello Sofalis» (Mozambique): *Ibid.*, nn. 9-10 y 15-16. Sobre la responsabilidad de los portugueses en la creación de guerras permanentes, cfr. RAMADA CURTO, *Cultura imperial cit.*, pp. 286 s.

¹⁷¹ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, nn. 3-5, 14.

¹⁷² MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, n. 14.

¹⁷³ El territorio sometido a cada uno de los régulos de Angola, los llamados *Sobas*: *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, nn. 9, 11.

¹⁷⁴ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, n. 11; los *Quisico* son «mancipia annexa Mirindae, seu maioratui Mirindae, quae proinde cum tota sua sobole transeunt una cum Mirinda in successorum». El cuarto y último género de hombres eran los *Mobicas*, esclavos individuales del *Soba ut privatus* y de otros particulares; de ellos se dice que la causa originaria de su esclavitud es la guerra, pero Molina advierte que las guerras entre los *Sobas* suelen ser injustísimas: *Ibid.*, nn. 11-13.

¹⁷⁵ Comerciantes: MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, nn. 6, 14 y 19 (también *Ibid.*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, n. 16 *in fine*); autoridades eclesiásticas: MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, nn. 6 y 14 (también *Ibid.*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, n. 19). La responsabilidad alcanza asimismo a las autoridades civiles del Rey abajo: cfr. MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, nn. 3 y 16; disp. 36, n. 1 *in fine*.

¹⁷⁶ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, nn. 18-20.

niega nuestro autor que el «origo servitutis» de los chinos poseídos por los portugueses pueda ser el hurto («furtum») por mucho que se sepa que estas gentes se roban unos a otros para luego vender a los extraños. La razón, explica, es que el dominio de la *res furtiva* no se adquiere nunca y la libertad tampoco prescribe por el paso del tiempo¹⁷⁷. Tan seguro se siente de su argumento que añade una frase con la que se traiciona: «nec si nostris legibus libertas praescriberetur: id locum haberet adversus alienam Rempubicam, in qua illae non vigent, et cuius sunt homines, de quibus disputamus»¹⁷⁸. El planteamiento de Molina en su conjunto, ¿no es acaso un desmentido colosal de este principio según el cual las leyes de *ius civile* no tienen vigencia fuera del reino para el que han sido dictadas?

Al comienzo de la siguiente *disputatio*, Molina reconoce que el juicio de los hechos recién descritos no es fácil ni seguro e indica que afirmar en general la licitud de exportar y poseer esclavos, siempre que lo sean por alguno de los títulos legítimos explicados en la disputa 33, no es suficiente¹⁷⁹. De ahí que, con el fin de aclarar las cosas y orientar las decisiones de los que participan o tienen contacto con la trata, con el consiguiente aumento de la seguridad de las operaciones y mejora de la tranquilidad de las conciencias, se disponga a ofrecer ahora un repertorio de criterios relativos a las dudas más frecuentes que se plantean en la práctica de un comercio tan especial¹⁸⁰. De modo apenas sorprendente, en los criterios molinianos hay de todo, es decir, los elementos del *ius gentium* se alternan con otros claramente de *ius civile*. Por nuestra parte, aunque la imagen que acabaremos dando podrá no ser perfecta, toda vez que esto es lo que cuadra mejor con nuestro trabajo nos contentaremos con ilustrar esa amalgama.

Los esclavos «vel esse de numero eorum, quae bello sunt capta, vel ex foeminis in eo captis fuisse progenita, vel iusto alio titulo redacta esse in servitutum»¹⁸¹: al tiempo que junta todos los títulos legítimos de esclavitud, esta frase menciona individualmente los pertenecientes al *ius gentium*: cautiverio y nacimiento; en cuanto a los otros, puesto que se trata de títulos de *ius civile*, lo lógico sería pensar que su aplicación se ha de regir por el *ius proprium* de cada pueblo. Uno de esos títulos es la imposición de la esclavitud como pena por la comisión de un crimen¹⁸²: la adecuación de este castigo a la gravedad del delito debe juzgarse, en principio, conforme al derecho local —«pro loci regimine»—, pero Molina propone una regla que lo sustituye por el *ius civile* de los adquirentes portugueses¹⁸³; de igual modo, sobre la condena del hijo a servidumbre por

¹⁷⁷ Esto último lo prueba con la cita de Cod. Iust. 7.22.3, Dig. 41.3.4.16 y *Partidas*, 3.29.6, todo ello puro *ius civile*.

¹⁷⁸ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, n. 20.

¹⁷⁹ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, n. 1.

¹⁸⁰ Vid. COXITO, «Luis de Molina», cit., pp. 129 ss.; GARCÍA AÑOVEROS, «Luis de Molina y la esclavitud de los negros africanos en el siglo XVI. Principios doctrinales y conclusiones», cit., pp. 324 ss.; HESPANHA, «Luis de Molina e a escravização dos negros», cit., pp. 953 ss.

¹⁸¹ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, n. 3.

¹⁸² MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, nn. 4-8.

¹⁸³ Cfr. MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, n. 6: «Crimen quod inter nos... iuste puniretur poena deputationis alicuius ad perpetuo remigandum in tremibus, nec non crimen quod inter nos paulo leviori poena esset dignum...»; para un caso particular, vid. n. 6 *in fine*: «pro

el delito cometido por el padre recuerda que el derecho canónico y el civil sólo contemplan esa posibilidad en un caso muy particular y únicamente en beneficio de la Iglesia¹⁸⁴. Es decir, lo que muestran estos y otros ejemplos es que la lente de Molina está programada para contemplar el derecho europeo siempre de modo favorable, en unas ocasiones presentándolo como expresión genuina del *ius gentium*, en otras atribuyéndole tareas que en principio deberían corresponder al *ius civile* del lugar.

Sobre la autoventa y la venta de los hijos en caso de grave necesidad, Molina reitera las referencias al «*ius Caesareum*» y a las regulaciones de cada lugar («*iuxta morem patriae*», «*legibus loci*») que ya hiciera en la *disputatio* 33¹⁸⁵. Y sobre el tráfico de esclavos señala, ya por último, que por derecho de gentes es común a todas las naciones, como el comercio en general, y que la única razón o la causa final del monopolio de la trata concedido por los Papas a los reyes lusitanos reside en la evangelización de las naciones bárbaras¹⁸⁶.

III.3.2 Fernando Rebelo

En la *quaestio* n.º 10, Rebelo plantea directamente la cuestión de si en Portugal es lícito comprar y poseer negros¹⁸⁷. Con este enunciado se sitúa en la fase final del tráfico para, desde ahí, lanzando la mirada hacia atrás, hacer más o menos lo mismo que Molina; o sea, describir hechos y evaluarlos, aunque de forma mucho más sintética que el español. Los datos del tipo que más nos interesa figuran en la segunda sección de la *quaestio*, que es donde el autor expone su visión personal de los distintos problemas planteados por la trata¹⁸⁸.

Injusta y mortalmente ilícita es la adquisición, por los intermediarios portugueses –los *Tangomaos* y *Pombeiros*–, de esclavos no pertenecientes por «derecho hereditario inmemorial» a los infieles que se los venden. La locución entrecomillada nos hace pensar en la pérdida de la libertad por prescripción, un dispositivo que

more regionis». Por un crimen es injusto esclavizar a la mujer, los hijos y demás parientes del que lo comete «*nisi crimen adeo esset atrox et foedum, ut in Reipublicae bonum...*»: *Ibid.*, n. 5; según HESPANHA, «Luis de Molina e a escravização dos negros», *cit.*, p. 955, aquí late el modelo de la lesa majestad europea.

¹⁸⁴ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, n. 7; el caso en cuestión es el previsto en c. 3. C. 15. q. 8 y *Partidas*, 4.21.3; *vid. supra*, n. 26.

¹⁸⁵ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, nn. 9-10; *vid. supra*, III.2.3.

¹⁸⁶ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 35, n. 19: «*Ea enim lege, eaque de causa a Summis Pontificibus ipsis solis huiusmodi concessum est, atque ea sola est sufficiens ratio, quare aliis nationibus (quibus alioquin de iure gentium est commune) interdicitur*»; cfr. HESPANHA, «Luis de Molina e a escravização dos negros», *cit.*, p. 958.

¹⁸⁷ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10: *Sitne licita apud nos in Lusitania Aethiopum emptio, ac possessio?* *Vid.* MAURICIO, «A Universidade de Évora e a escravatura», *cit.*, pp. 181 ss.

¹⁸⁸ En la primera sección ha presentado la opinión de los autores más recientes, entre ellos Ledesma, Soto, Mercado y el propio Luis de Molina. Es de destacar la rotundidad con que descarga sobre las autoridades la responsabilidad de asegurar que los que se venden en Portugal son legítimamente esclavos: REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 1, n. 4; *vid.* también sect. 2, nn. 15 y 17.

Rebello, pese a la ambigüedad de sus frases¹⁸⁹, no parece concebir como causa autónoma de esclavitud, sino sólo como un expediente que permite obviar la falta de título válido y suficiente en el origen de una situación concreta. Esa situación es la de los *Quisico* ya examinada por Molina: Rebello dice seguirle aunque en realidad va más allá que él.¹⁹⁰ Por otro lado, el juicio definitivo sobre este problema no es del todo claro. Ello se debe a que la injusticia y mortal ilicitud proclamadas al principio por Rebello parecen relacionarse estrechamente con la exportación de los esclavos para trabajar en las minas de oro y plata de las Indias Occidentales¹⁹¹, de forma que no acabamos de saber si desaparecerían en caso de no realizarse en absoluto este destino o en el de cumplirse pero con el lenitivo ideado por Francisco Suárez, sobre el que precisamente nos informa el portugués y del que ya hemos hablado en el apartado precedente: allí veíamos a Rebello atribuir a las costumbres locales la decisión sobre los servicios que los amos pueden exigir o no a sus esclavos¹⁹².

Sobre la *captivitas*, principal causa de servidumbre en el derecho de gentes, Rebello anota lo mismo que Molina, esto es, la poca importancia que los africanos, a los que llama «bárbaros» sin rebozo y en general, suelen dar a la justicia de sus guerras¹⁹³. No es más original en lo que respecta a la imposición de esclavitud perpetua como pena y a la venta de sí propio o de los hijos como esclavos; sobre esto último, en particular, menciona la posibilidad de que la *lex loci* prohíba la venta y la declare nula, añadiendo un par de observaciones que valorizan los *mores patriae* allí donde no rige el derecho cesáreo¹⁹⁴.

IV. DESDE LA ORILLA AMERICANA

De alguna forma, con este apartado ofrecemos datos para completar el enfoque de la «producción global de conocimiento» del que dábamos noticia al

¹⁸⁹ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, n. 8: «emendo mancipia de manu ipsorum infidelium incolarum, quae scilicet ad eos iure haereditario immemoriali non pertinent»; y poco más adelante: «nisi sint iusto bello capta a Lusitanis in Angola, aut Monomotapa, vel ex tempore immemoriali servitutum serviant iure haereditario, de quibus infra dicitur»; cfr. n. 18: «quorum servitus legitima ex immemorabili tempore per continuatas generationes, ac successiones perdurat; sed demus talia mancipia licite emi de manu suorum dominorum, et legitimo servitutis titulo possidere, ex tam longo tempore»; n. 21: «etiamsi in Angola dentur mancipiorum oppida in singulis Morindis, quae haereditario iure ab eorundem nativitate ad Regem, ac regulos pertinent».

¹⁹⁰ En MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 34, n. 11, no hay la menor indicación de que la esclavitud de los *Quisico* fuera legítima o pudiera ser legitimada por tiempo immemorial; *vid. supra*, nt. 174. Aunque a propósito de un problema diferente, Molina recuerda que la libertad no prescribe: *vid. supra*, nt. 177; también lo recuerda REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 1, n. 7, que no parece, sin embargo, haber reparado en la contradicción.

¹⁹¹ Cfr. REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, n. 18.

¹⁹² REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, nn. 19-21; *vid. supra*, III.2.5; MAURICIO, «A Universidade de Évora e a escravatura», *cit.*, p. 183.

¹⁹³ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, n. 12: «inter Aethiopes autem nihil regulariter de iustitia belli curetur, sed totum ius eorum in armis positum sit»; n. 14: «hos Barbaros etsi de iustitia belli non curent...»; cfr. n. 29: de la justicia de las guerras «parum curant Iaponii, qui infideles sunt»; *vid. MAURICIO*, «A Universidade de Évora e a escravatura», *cit.*, pp. 184 s.

¹⁹⁴ REBELO, *Opus de Obligationibus*, lib. 1, quaest. 10, sect. 2, nn. 26-28.

comienzo de nuestro trabajo. En efecto, si en las páginas anteriores hemos revisado obras escritas por importantes profesores universitarios más o menos bien informados, pero que nunca salieron de sus cátedras de Salamanca, Évora o Coimbra, la mayoría de los materiales que presentaremos ahora procede de autores que, por diversas razones, en diferentes lugares y en tiempos distintos tuvieron conocimiento directo de la práctica de la esclavitud. Esta experiencia de la realidad no impide que la cuestión de fondo que los inquieta siga siendo la misma que atrae la atención de los ambientes académicos: la legitimidad de la esclavitud y las razones que se pueden dar a favor y en contra de ella. Pero sí determina algunos matices argumentales e impone un significativo cambio de estilo: los escritos que vamos a recorrer, suscitados en ocasiones por la urgencia de problemas específicos, tienden a ser menos teóricos que los de los profesores peninsulares, su inflexión es polémica y su espíritu militante. Quizá por estas razones, el derecho de gentes no aflora tanto en ellos como uno de los polos explícitos de la discusión, al menos si nos fijamos en la terminología, aunque su presencia en segundo plano es indiscutible.

Por otra parte, sin perder nunca su unidad radical, en el Nuevo Mundo la problemática de la que estamos tratando se bifurca en dos direcciones: la esclavitud de los indios y la esclavitud de los negros. Todos los autores en los que nos vamos a fijar se pronuncian sobre la esclavitud en América, pero la mayoría lo hace en referencia a una sola de sus vertientes y no son muchos los que arrojan luz sobre la siniestra conexión existente entre las dos. Estamos ante diferencias de planteamiento que merecen verse reflejadas en el plan de la exposición.

IV.1 LOS INDIOS Y LA ESCLAVITUD

La doble vertiente de la esclavitud que acabamos de mencionar se puede ramificar ulteriormente siguiendo la línea de separación entre la América española y la América portuguesa. Por lo que toca a la esclavitud de los africanos, probablemente esta subdivisión no es indispensable y de hecho no la observaremos. En cuanto a la de los indios, podríamos hacer el intento de basar su necesidad en la gran distancia existente entre los pueblos indígenas de cada parte desde el punto de vista del desarrollo cultural, social y político. Sucede, no obstante, que en nuestro caso una explicación de esa índole no sería más que una racionalización oportunista y *a posteriori* de algo —el reparto de la exposición en los bloques 1 y 2 que siguen— a lo que hemos llegado de forma espontánea. Todo ello sin perjuicio de que, a la postre, esos dos bloques también hayan sido útiles para dar acomodo a escritores, territorios, tiempos y estilos de argumentación diferentes. Por supuesto, el análisis gira siempre en torno a la presencia y el papel desempeñado por el tema del derecho de gentes en los varios pronunciamientos sobre la esclavitud.

IV.1.1 Toribio de Benavente, Vasco de Quiroga y Bartolomé de las Casas

Toribio de Benavente, Vasco de Quiroga y Bartolomé de las Casas: tres autores que agrupamos aquí por la muy buena razón de que se opusieron a la esclavización de los indios de Nueva España utilizando una estrategia consistente en negar la equivalencia de las relaciones de servidumbre indígenas con la esclavitud de tipo europeo. El misionero franciscano Toribio de Benavente («Motolinia») dio en esta dirección los pasos decisivos que podemos ver en su *Historia de los indios de Nueva España* –que empezó a redactar probablemente hacia 1536– y más aún en sus *Memoriales*: en ambos textos viene a sostener la tesis de que entre los indios no existía la verdadera esclavitud¹⁹⁵. En la extraordinaria *Información en derecho* (hacia 1535) de Vasco de Quiroga, su autor, oidor de la Segunda Audiencia de México y primer obispo de Michoacán, explora metódicamente esta posibilidad y la lleva hasta sus últimas consecuencias¹⁹⁶. De forma solamente parcial, una orientación paralela se percibe también en el *Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos* (hacia 1552) de Bartolomé de las Casas¹⁹⁷, si bien la calidad de este escrito es inferior a la de los anteriores.

En realidad, desde el punto de vista jurídico el alegato de Quiroga es insuperable, por eso nos fijaremos en él para resumir lo esencial de esta línea de pensamiento. Su primer ingrediente es el conocimiento de los usos y costumbres autóctonos en materia de servidumbre: causas de caída en esta situación, duración y modos de salir de la misma, condición jurídica de los que se encuentran en ella, poderes del amo, etc. Licenciado en cánones y oidor especialmente versado en las causas de libertad de los indios, Don Vasco dispone de cuanta

¹⁹⁵ Vid. *Memoriales de Fray Toribio de Motolinia* (manuscrito de la colección del Señor Don Joaquín García Icazbalceta editado por su hijo Luis García Pimentel), II, México, 1903, p. 319: «El hacer de los esclavos entre estos naturales de la Nueva España, es muy al contrario de las naciones de Europa (...) Segund que del comun decir yo tenia entendida esta materia de hacer esclavos, hallo que muy al contrario la usaban estos naturales, y aun me parece que estos que llaman esclavos les faltan muchas condiciones para ser propiamente esclavos»; FRAY TORIBIO MOTOLINIA, *Historia de los indios de Nueva España*, O'GORMAN, E. (ed.), México, 2007, p. 20: «(...) y no bastaban los que entre los indios llamaban esclavos, que ya que según su ley cruel y bárbara algunos lo sean, pero según ley y verdad casi ninguno es esclavo»; p. 133: «pero tampoco se sirven estos indios de sus esclavos con la servidumbre y trabajo de los españoles, porque los tienen casi como libres en sus estancias y heredades, adonde labran cierta parte para sus amos; y parte para si, y tienen sus casas, y mujeres y hijos, de manera que no tienen tanta servidumbre que por ella se huyan y vayan de sus amos»; p. 229: «(...) esclavos que [los españoles] sacaron y los hicieron sin lo ser» (énfasis mío).

¹⁹⁶ Vid. por todos CUENA BOY, F., «Don Vasco de Quiroga contra la esclavización de los indígenas. Una defensa jurídica», *Memoria del XVII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, SALAZAR ANDREU, P. y NARES RODRÍGUEZ, G. (coords.), México, 2011, pp. 235 ss., *passim*.

¹⁹⁷ Vid. CUENA BOY, F., «El *Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos* de Bartolomé de las Casas. Análisis jurídico», en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 28, 2013, pp. 39 ss., *passim*; BIRR, C., «Recht als Argument in Bartolomé de las Casas», *Kontroversen um das Recht. Contending for Law*, BUNGE, K., SCHWEIGHÖFER, S., SPINDLER, A. y WAGNER, A. (eds.), Stuttgart-Bad Cannstatt, 2013, pp. 101 ss.

información necesita sobre estos extremos¹⁹⁸. El paso siguiente, para el que como decimos está perfectamente equipado, consiste en comparar las costumbres indígenas con la institución en la que piensan los castellanos cuando hablan de la esclavitud. Este cotejo pone de manifiesto la existencia de una disparidad esencial entre ambas instituciones, la indígena y la importada de España, comprobada la cual, las posibilidades de esclavizar a los indios de forma legítima se reducen al mínimo. La razón es evidente: la inmensa mayoría de los siervos que lo son entre los indios y conforme al derecho indígena no pueden ser conceptuados como esclavos bajo el derecho castellano, se presente o no éste como expresión genuina del *ius gentium*. Con ello se arrebató a los esclavistas el instrumento del mal llamado «rescate», que no es lícito sino bajo el supuesto, desmentido por la comparación efectuada, de que los esclavos que se adquieren de los indígenas son auténticos y legítimos esclavos¹⁹⁹. Entreabierta sigue quedando la puerta de la *captivitas*, principal título de esclavitud conforme al derecho de gentes, pero su potencial rendimiento se ve muy disminuido a causa de la injusticia habitual de las guerras que los españoles mueven a los indios²⁰⁰.

¿Llegaría a ser conocida en los ambientes universitarios de la Península esta formidable lección de metodología comparativa? Lo cierto es que décadas más tarde, aplicando a las figuras de servidumbre de los pueblos africanos (y asiáticos) una técnica parecida, Luis de Molina y Fernando Rebelo no parecen constatar una discontinuidad tan radical con la esclavitud europea. ¿Cómo se explica esta diferencia en los resultados? Apartando la tentación de hacer juicios de intenciones, puede que la clave se encuentre oculta, precisamente, en el recurso al argumento del derecho de gentes. A los catedráticos de Évora, la idea de que la servidumbre es una institución *iuris gentium* los predispone a aceptar su difusión generalizada sin que, por otra parte, esa misma gran extensión siembre en su ánimo ninguna duda acerca de la coincidencia del contenido de la institución de derecho de gentes con el de la esclavitud de cuño europeo. En cierto modo, esta identificación la encontramos también en Quiroga, pero como parte de un razonamiento que avanza en dirección completamente opuesta: Don Vasco, que trae a colación el carácter *iuris gentium* de la esclavitud en un par de ocasiones, lo hace con el fin exclusivo de subrayar que en la condición jurídica de los esclavos no puede haber ninguna diferencia²⁰¹; asume, por otro lado, que

¹⁹⁸ Abundante y precisa es igualmente la información que maneja Motolinia. En cambio, a juzgar por los agrios reproches que le dirige el propio Motolinia, la que usa Las Casas deja mucho que desear: *vid.* MOTOLINIA, *Historia de los indios*, *cit.*, pp. 311 ss.

¹⁹⁹ Cfr. CUENA BOY, «Don Vasco de Quiroga contra la esclavización de los indígenas. Una defensa jurídica», *cit.*, pp. 259 ss.; cfr. ZEUSKE, «Sklaverei in der Neuen Welt –auch eine trans-rechtliche Sklaverei auf der Linie Afrika-Atlantik-Amerika?», *cit.*, p. 113.

²⁰⁰ Cfr. CUENA BOY, «Don Vasco de Quiroga contra la esclavización de los indígenas. Una defensa jurídica», *cit.*, pp. 256 ss.; en cuanto a los *captivi* procedentes de guerras entre los indios, su «rescate» cae bajo sospecha por una doble razón: la injusticia de esas guerras y el destino habitual de los prisioneros al sacrificio, que indica que no se trata de esclavos. Sobre la guerra y el «rescate» en Las Casas, F. CUENA BOY, «El Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos de Bartolomé de Las Casas. Análisis jurídico», *cit.*, pp. 45 ss.

²⁰¹ Se basa en Inst. 1.3.4: *In servorum condicione nulla differentia est*, y Dig. 1.5.5 pr. (Marcian. 1 *inst.*): *Et servorum quidem una est condicio*.

esa condición única es justamente la de aquellos que son «verdaderos esclavos entre nosotros», por tanto, al modo europeo; y con absoluta coherencia concluye que, para que se los pueda considerar esclavos, los siervos indígenas deberían tener esa misma condición²⁰².

¿Qué conviene retener de este argumento? El enfoque de Quiroga sobre el derecho de gentes no es menos reduccionista que el de Molina o Rebelo. Sin embargo, el propósito de medir seriamente la servidumbre indígena –en sí misma y antes de decir nada sobre su encaje con el presunto modelo universal de esclavitud– es una singularidad que no encontramos más que en él. En otras palabras, Don Vasco decidió no conformarse con la mera comparación de causas o títulos de caída en esclavitud, sino dar al perfil y el contenido material de la institución todo el peso que merecía. Procediendo de esta forma, rechazó de plano la esclavización de los indios por pura coherencia con el concepto de *ius gentium* que había adoptado.

IV.1.2 António Vieira

Transcurrido algo más de un siglo, en la América portuguesa encontramos el testimonio del padre António Vieira (1608-1697), cuyas altas responsabilidades en materia de planificación, dirección y vigilancia de las misiones jesuitas en varias regiones del Brasil actual le dieron material y ocasiones de sobra para redactar muchas páginas sobre los indios²⁰³. El tono de estos documentos no es en ningún sentido académico: Vieira, en efecto, ajusta su pluma al contorno de los problemas con los que brega a diario y su extraordinaria elocuencia siempre se pone al servicio de causas prácticas y fines concretos. ¿Sería posible decir que la libertad de los indios era una de esas causas? No, desde luego, sin mucha matización, como podremos comprobar sondeando precisamente los elementos

²⁰² Vid. CUENA BOY, «Don Vasco de Quiroga contra la esclavización de los indígenas. Una defensa jurídica», *cit.*, pp. 252, 260 s.; MÉNDEZ ALONZO, M., «Libertad, esclavitud y utopía en la Información en derecho de Vasco de Quiroga», *Utopía: 500 años*, GUERRA, P. (ed.), Bogotá, 2016, pp. 157 ss. Un iter mental semejante está detrás de lo que leemos en el *Parecer al Virrey sobre esclavos de rescate y guerra* (1535) de fray Juan de Zumárraga: «cuando tenía el hierro juntamente con los primeros oidores de S. M., procuré saberlo [por qué «ley divina, natural, ni positiva, ni humana, eclesiástica, ni civil» pueden ser hechos esclavos los indios], y por las leyes de Partidas hallaba libres a cuantos los que entonces eran examinadores juzgaban ser esclavos» (énfasis nuestro): CARRILLO CÁCERES, A., *El debate sobre la guerra chichimeca, 1531-1585: derecho y política en la Nueva España*, II, Zamora de Michoacán, 2000, p. 438.

²⁰³ Recopiladas en FRANCO, J. E. y CALAFATE, P. (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios*, Lisboa, 2016 y FRANCO, J. E., CALAFATE, P. y VENTURA, R. (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração: negros, ameríndios e a questão da escravatura em Vieira*, Lisboa, 2018; *vid.* SARAIVA, A. J., «Le père António Vieira et la liberté des Indiens», en *Travaux de l'Institut de Études Latino-Américaines de l'Université de Strasbourg*, 3, 1963, pp. 85 ss. No nos ocupamos aquí del innovador pensamiento acerca de la libertad y la esclavitud desarrollado por Vieira en su tratado *Clavis Prophetarum* a propósito de los indios llamados *tapuias* (más o menos «bárbaros», «enemigos»); sobre el tema, *vid.* ZERON, C., «Vieira em movimento: subjacências da distinção entre tapuias, tupis e negros», en *Estudos Avançados*, 33 (97), 2019, pp. 174 ss.

jurídicos presentes en sus repetidas intervenciones sobre el problema²⁰⁴. En toda la longitud de estos escritos suyos sobre los indios brasileños, Vieira alude una sola vez al *ius gentium*; lo hace para quejarse de que los portugueses cautivan a los indígenas no sólo contra las leyes reales, «mas contra todo o direito natural e das gentes»²⁰⁵. Como se puede observar, esta referencia es apenas una cláusula de estilo sin ningún contenido concreto; a lo sumo, lo que se deduce de ella es la admisión de que hay modos de someter a esclavitud (a los amerindios) que no infringen el derecho de gentes²⁰⁶. Una imagen menos imprecisa del pensamiento de Vieira acerca de la libertad y la esclavitud de los indios se infiere

²⁰⁴ Todo ello además de que su «imbricación en el mundo» —la frase es de TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, cit., p. 160—, tiñe la figura de Vieira de una ambigüedad indescifrable: un defensor de los indios que, según sus propias palabras, siempre interpretó las leyes «a favor do povo, e contra os índios»: FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios*, cit., p. 166; cfr. p. 230: «o desejo dos padres [jesuitas] sempre foi que os moradores tivessem muitos [escravos]...; porque quanto mais larga fosse a porta dos cativeiros lícitos, tanto mais dos ditos escravos entrariam na Igreja»; p. 237: «as mais das missões foram somente feitas para utilidade do povo, por onde ele queria, e a fim de resgatar escravos»; a la altura de 1653, su objetivo es que todos los indios sirvan a los portugueses, bien como esclavos plenos y auténticos, bien como semi-esclavos: FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, cit., p. 199; cfr. SARAIVA, «Le père António Vieira et la liberté des Indiens», cit., pp. 91 s. Insistiendo en el contexto en el que se debe intentar comprender a Vieira, FRANCO, J. E., CALAFATE, P. y VENTURA, R., «Introdução», en FRANCO, J. E., CALAFATE, P. y VENTURA, R. (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração: negros, ameríndios e a questão da escravatura em Vieira*, Lisboa, 2018, p. 16, señalan que el jesuita se debatió con el drama de compatibilizar sus ideales cristianos con la dura realidad del trabajo esclavo que conocía muy bien.

²⁰⁵ FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios*, cit., p. 77. En determinado escrito («Voto... sobre as dúvidas dos moradores de São Paulo acerca da administração dos índios», de 1694), VENTURA, R., «Introdução», *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios*, FRANCO, J. E. y CALAFATE, P. (dir.), Lisboa, 2016, p. 47, aprecia una cierta apertura a los principios del derecho natural y del *ius gentium*; vid. sobre el mismo texto, FRANCO, CALAFATE y VENTURA, «Introdução», cit., pp. 35 s., 48 s. Con enfoque más general, PÉCORA, A., «A escravidão nos sermões do Padre Antonio Vieira», en *Estudos Avançados*, 33 (97), 2019, pp. 153 ss., defiende la alineación del jesuita, en materia de esclavitud de los indios, con los planteamientos de la Segunda Escolástica (la misma idea en FRANCO, CALAFATE y VENTURA, «Introdução», cit., pp. 19 s., en relación con la esclavitud en general). Débiles indicios en tal dirección podrían ser las muy esporádicas referencias a Molina y Solórzano Pereira y a lo escrito por «los doctores»: vid. FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios*, cit., pp. 92 s., 278 ss., 291, 293.

²⁰⁶ En una de sus principales obras proféticas, sin necesidad de apoyarse en fuentes jurídicas y a unos efectos completamente diferentes de los que nos ocupan a nosotros, Vieira muestra conocer a fondo el significado de la servidumbre *iuris gentium*. Vid. en efecto FRANCO, J. E. y CALAFATE, P. (dir.), *Padre António Vieira, a Chave dos Profetas, livros primeiro, segundo e terceiro*, Lisboa, 2015, pp. 244 s.: por derecho de rescate «Cristo adquiriu novo senhorio sobre todos os homens como sobre escravos próprios e verdadeiros servos. São Cirilo escreveu: 'Nós por direito não somos de nós, mas de Cristo, que nos comprou e conservou' (*lib. 4 in cap. 45 Isaiaie*). Aquí elegantemente aludió à etimología do nome e primeiro título para a introdução da servidão segundo o direito público, pois 'servo' deriva de 'conservar'. Diz Santo Ambrósio: '... És servo, porque foste criado; és servo, porque foste comprado; e debes servidão a quem é como que teu Senhor, e como que teu Comprador'». La glosa de este pasaje daría para mucho: el «derecho de rescate» es trasunto de la *redemptio ab hostibus* de los romanos; su legítimo ejercicio presupone la previa condición servil del individuo rescatado (*redemptus*); esto mismo indica el «nuevo señorío» adquirido sobre ellos por el comprador, o sea, por Cristo redentor (*Redemptor*); Vieira llama «derecho

no obstante, con cierta facilidad, de uno de sus textos más tempranos en el que expone una especie de prontuario con instrucciones para abordar los casos que podríamos llamar difíciles²⁰⁷. El punto de vista que preside este pequeño informe –y que parece venirle impuesto por la inteligencia usual de la regla según la cual de los indios sólo es lícito adquirir esclavos que lo sean de antemano y de verdad– es el de las causas o títulos legítimos de esclavitud. Para Vieira, dichas causas son en principio las mismas dos admitidas por el derecho de gentes, o sea, el nacimiento y la guerra, pero él añade además la situación de aquellos que están «presos ou em corda para ser mortos e comidos»²⁰⁸. Por legítima que el jesuita pueda considerar la esclavización de estos últimos, lo cierto es que su justificación no procede del *ius gentium*²⁰⁹, al que también se puede considerar ajena la posibilidad señalada por Vieira, en relación con el nacimiento, de que en alguna nación indígena el parto siga la condición del padre y no la de la madre. Por lo demás, si estos dos son casos evidentes de toma en consideración de las leyes o costumbres indígenas por fuera de lo que dispondría el *ius gentium*, la ley de 1652 que permitió comprar cautivos tomados en guerra injusta y mantenerlos como esclavos durante cinco años es una buena muestra de irrupción del *ius civile*²¹⁰.

En definitiva, habiendo asumido implícitamente el supuesto de que la esclavitud es de derecho de gentes, el padre Vieira no encuentra dificultad para dar por averiguada la existencia de esa institución entre los indios.²¹¹ Y aunque conoce bien las peculiaridades de las leyes y costumbres indígenas, para él el único molde y el destino ineluctable de los esclavos «rescatados» por los portugueses es la servidumbre europea. Obviamente, su intención no es dejar a los indios inermes frente al peligro que supone la imposición de este modelo, pero tampoco desviar la amenaza totalmente de ellos. Lo que busca, quizás, es redu-

público» al derecho de gentes; según este derecho, el origen o primer título de esclavitud fue la conservación de los rescatados, que de otro modo habrían perecido a manos del enemigo.

²⁰⁷ «Direções apontadas pelo Padre António Vieira a respeito da forma que se deve ter no julgar da liberdade ou cativerio dos índios do Maranhão (Advertências para alguns casos que podem suceder acerca do cativerio dos índios)», de 1655: FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, pp. 61-63.

²⁰⁸ De ellos dice que «sem mais exame de justiça de seu cativo se deve julgar em consciência que podem ser resgatados como verdadeiros escravos»: FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, p. 61; Luis de Molina era más exigente: *vid. supra*, nt. 129. Admitidos por ley de 1652, estos «escravos de corda» son «os mais legítimos»: pp. 79, 187; su número, con todo, es muy reducido: pp. 83, 88, 99, 267. Sobre el tema, *vid. SEIXAS, Pessoa e trabalho, cit.*, pp. 322 s.

²⁰⁹ Pero cfr. FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, p. 297, donde se afirma que la servidumbre de los «escravos de corda» se debe a la misma razón por la que los romanos ordenaron que se guardara la vida de los cautivos apresados en guerra justa; FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração, cit.*, p. 198: «se lhes comutará esa crueldade em perpétuo cativo».

²¹⁰ Son los llamados «esclavos de condición»: FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, p. 61; cfr. pp. 79, 91, 95.

²¹¹ Más cautos, FRANCO, CALAFATE y VENTURA, «Introdução», *cit.*, p. 32, escriben que Vieira admitió la esclavitud de los indios «desde que enquadra nas leis do direito das gentes e do direito positivo (sic)».

cir su exposición al riesgo a una dimensión jurídica familiar a los moradores portugueses y en teoría compartida por ellos. De ahí tantos detalles interesantes que –junto a la ya recordada limitación de la licitud del rescate a los verdaderos esclavos²¹²– afloran casi en cada página de sus escritos. Por ejemplo, la noticia de que los indios suelen tener muy pocos esclavos²¹³; la insistencia en la necesidad de que la guerra sea justa para que los cautivos se conviertan en esclavos legítimos²¹⁴; el documentado rechazo de las declaraciones con las que los indios se confiesan de condición servil²¹⁵; el recurso a la teoría jurídico-política del vasallaje como paraguas protector, en algún caso, y siempre como criterio esencial para la determinación de las leyes que los portugueses deben guardar en la relación con los indios²¹⁶; etc. Y como trasfondo de todo ello, la obstinada denuncia de la actitud predominante entre los moradores y de los abusos que constituyen su expresión habitual²¹⁷.

IV.2 LA ESCLAVITUD DE LOS AFRICANOS

Conforme al enfoque general de nuestro estudio, en este epígrafe intentaremos dar una idea del tipo de reflexiones que el conocimiento cercano del tráfico de esclavos negros produjo en eso que hemos dado en llamar la orilla americana. Ahora bien, nuestro propósito no es abarcar el tema en toda su amplitud sino detenernos, a semejanza de lo que hemos venido haciendo hasta ahora, en unos pocos hitos ilustrativos de la presencia, en aquellas reflexiones, del argumento del *ius gentium*. Como es evidente, la finalidad principal es comprobar el papel

²¹² Cfr. FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, pp. 62, 153, 227; cfr. FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração, cit.*, pp. 201, 246, pp. 303 ss.

²¹³ FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, p. 89. Los moradores, por su parte, afirmaban todo lo contrario: pp. 308 s.

²¹⁴ Entre otros lugares, FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, pp. 61 s., 91, 92 ss., 234; cfr. no obstante, *supra*, nt. 210, sobre los «esclavos de condición».

²¹⁵ FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, pp. 85, 98 s., 280.

²¹⁶ *Vid.* FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, pp. 163, 178, 227, 274.

²¹⁷ Los referidos abusos comienzan con la esclavización y el «rescate» de indios libres, siguen con el reparto de los rescatados a los moradores e incluyen, además del maltrato como pauta, las maniobras fraudulentas para aprovecharse del trabajo de sujetos libres y las trampas para retenerlos o hacerlos caer en servidumbre; cfr. entre tantos lugares FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, pp. 68 s., 74 s., 82 ss., 111, 177, 226, 233, 260, 275 s.; FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração, cit.*, pp. 193 s., 197 s.; la única razón que mueve a los moradores es la eliminación de cualquier límite a la dominación que pretenden ejercer sobre los indios en general: FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, pp. 180 s. Cfr. VENTURA, «Introdução», *cit.*, pp. 23 s., 33; RAMADA CURTO, *Cultura imperial, cit.*, pp. 245 ss., 255. En un informe de 1678 al Consejo Ultramarino Vieira tacha de latrocinio el rescate y propone su prohibición total, si bien en combinación con la introducción de esclavos africanos que también solicita: FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios, cit.*, p. 272.

que acaso seguía desempeñando el derecho de gentes en la mente de autores que, desde un conocimiento más o menos directo de la realidad, escribían sobre los esclavos africanos. De esta forma suplimos una carencia de las exposiciones históricas de intención más general, en las que el peso del *ius gentium* en los debates sobre la esclavitud apenas suele merecer un comentario; a cambio, nuestra exposición evitará cualquier intento personal de contextualización de autores y textos, todos, por lo demás, bien conocidos entre los especialistas. Adviértase por último que ni aun dentro de los límites que nos imponemos será posible alcanzar la exhaustividad, lo que no nos preocupa porque nunca ha sido ésta nuestra intención prioritaria.

Así las cosas, en los párrafos siguientes haremos breves incursiones en escritos de autores como Bartolomé de las Casas, Tomás de Mercado y Bartolomé Frías de Albornoz, Alonso de Sandoval, António Vieira y Epifanio Moirans. Sin entrar en detalles, podemos adelantar que esas calas irán sacando poco a poco a la luz una especie de inercia intelectual que impedía, incluso a la mayoría de los más motivados por los intolerables abusos de los traficantes y los propietarios de esclavos, superar el cuadro tradicional de análisis centrado en la concepción de la esclavitud como institución de derecho de gentes. Consecuencia de lo anterior es que casi ninguno de los autores estudiados recusa la institución, sino sólo su práctica y nada más que en la medida en que se aparta del supuesto modelo ideal.

IV.2.1 Bartolomé de las Casas

Incansable defensor de la libertad de los indios, Bartolomé de las Casas llegó a proponer la sustitución del trabajo forzado de éstos por el de negros esclavos²¹⁸. Sin necesidad de decirlo, un plan como el suyo presumía que a América sólo llegarían esclavos legítimos, al menos como regla, y en consecuencia, que la importación de negros se haría con pleno respeto al derecho de gentes. Tiempo más tarde, habiéndose convencido de su error y reprochándose amargamente la inadvertencia inicial, Las Casas escribirá en su *Historia de las Indias*²¹⁹, terminada de redactar a finales de 1559, que «la misma razón es

²¹⁸ Inicialmente, en varios *Memoriales* de 1516 y 1518 dirigidos a los regentes Cisneros y Adriano de Utrecht y al rey Carlos V. Sobre estos y otros antecedentes, *vid.* CORTÉS LÓPEZ, *Esclavo y colono cit.*, pp. 15 ss., 23 ss.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques, cit.*, pp. 59 ss.; LAMPE, A., «Las Casas and African Slavery: a Third Conversion», *Bartolomé de las Casas, O. P. History, Philosophy and Theology in the Age of European Expansion*, ORIQUE, D. T., O. P. y ROLDÁN-FIGUEROA, R. (eds.), Leiden-Boston, 2019, pp. 416 ss.; también los estudios de Saint Lu, Guichardnau-Tollis, Tardieu, Camplani y Capdevila contenidos en *Bartolomé de Las Casas: Face à l'esclavage des Noirs en Amériques/Caraiïbes. L'aberration du Onzième Remède (1516)*, LAVOU ZOUNGBO, V. (dir.), Perpignan, 2011 <http://books.openedition.org/pupvd/2903>.

²¹⁹ Interesan los capítulos 102 y 129: B. DE LAS CASAS, *Historia de las Indias*, III, MILLARES CALVO, A. (ed.) y HANKE, L. (est. prel.), México, 1995, pp. 176 ss. y pp. 273 ss.; *cfr.* CORTÉS LÓPEZ, *Esclavo y colono, cit.*, pp. 109 s.; MÉNDEZ ALONZO, M., «From slave driver to abolitionist: Bartolomé de las Casas on African slavery», en *Patristica et Mediaevalia*, 36, 2015, p. 25; LAMPE, «Las Casas and African Slavery: a Third Conversion», *cit.*, pp. 428 s.; CASTILLA URBANO, «The Salamanca School on slavery: from naturalism to culture and awareness», *cit.*, pp. 17 ss.

dellos [los negros] que de los indios»²²⁰. La misma razón es la misma injusticia²²¹, que en el caso de los africanos atribuye a las prácticas abusivas de los traficantes portugueses sin dejar de señalar también que la raíz última del problema reside en la apetencia de esclavos de los españoles de América. Tratándose de una obra de carácter histórico, se entiende que las razones jurídicas no afloran en ella explícitamente y bajo el ropaje del lenguaje técnico habitual. De todos modos, el léxico utilizado remite con entera seguridad al orden de ideas propio de la esclavitud de derecho de gentes²²². Y el énfasis exclusivo en la cuestión de las causas, unido a la excesiva facilidad con que Las Casas había supuesto al lanzar su propuesta que los negros son «justamente captivos», nos lleva a la conclusión de que el dominico nunca advirtió la necesidad –que sí había sentido, en cambio, en el caso de los indios– de traspasar el pórtico de las causas para acceder al examen de otros detalles de carácter más sustancial. Lo cual quiere decir que no sólo daba por descontada la existencia de esclavos en África, sino también que la servidumbre africana era en esencia la misma institución europea que él conocía. Todo ello se puede explicar, seguramente, como consecuencia de una adhesión irreflexiva al preconcepto de la esclavitud como institución de derecho de gentes.

IV.2.2 Tomás de Mercado, Bartolomé de Albornoz, Alonso de Sandoval

Explícita y consciente, esa adhesión la podemos ver también en algún que otro escritor especialmente crítico con el negocio de la esclavitud. Ejemplar es el caso del dominico Tomás de Mercado,²²³ que zanja el aspecto jurídico de la cuestión sentando una afirmación incondicional –«captivar, o vender negros, o otra qualquier gente, es negocio licito, y de iure gentium, que dizen los theolo-

²²⁰ LAS CASAS, *Historia de las Indias*, cit., III, p. 177.

²²¹ LAS CASAS, *Historia de las Indias*, cit., III, p. 275: «y averiguó... ser tan injusto el captiverio de los negros como el de los indios».

²²² En efecto, la esclavización de los negros se tacha de injusta de forma global y repetida; los modos usados por los portugueses para adquirir esclavos reciben el calificativo de «robo» y el de «vías malas e inicuas»; espoleados por el ansia de los traficantes, los negros unos a otros «se hacen injustas guerras, y por otras vías ilícitas se hurtan y venden» a aquéllos; Las Casas había supuesto inicialmente que los negros que se traerían «eran justamente captivos»: LAS CASAS, *Historia de las Indias*, III, cit., p. 275; en B. DE LAS CASAS, *Tratados*, II, México, reimpr. 1997 [Tratado noveno: «Algunos puntos que deben servir de punto de partida...»], pp. 1252 s., el dominico atribuye explícitamente el origen de la esclavitud al derecho de gentes secundario. Cfr. BRADY, R. L., «The role of Las Casas in the emergence of Negro slavery in the New World», en *Revista de Historia de América*, 61/62, 1966, pp. 44 s.

²²³ *Summa de tratos y contratos*, Sevilla, 1587 (aunque la primera ed. es de 1569), lib. 2, cap. 21, fol. 102v-107r. Vid. VILA VILAR, E., «En torno al Padre Sandoval, autor de un tratado sobre la esclavitud», *Église et politique en Amérique hispanique (XVI^e-XVIII^e siècles): éléments pour un débat*, Bordeaux, 1984, pp. 66 s.; SASTRE VARAS, L., O. P., «Teoría esclavista de Tomás de Mercado», *Los dominicos y el Nuevo Mundo (Actas del III Congreso Internacional, Salamanca, 28 de marzo al 1 de abril de 1989)*, BARRADO, J., O. P. (ed.), Salamanca, 1990, pp. 287 ss.; CORTÉS LÓPEZ, *Esclavo y colono*, cit., pp. 108, 114 s., 116 s.; CULLETON, A. S., «Tomás de Mercado on Slavery: just according to Law, unjust in Practice», en *Patristica et Mediaevalia*, 36, 2015, pp. 29 ss.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, cit., pp. 97 ss.; CASTILLA URBANO, «The Salamanca School on slavery: from naturalism to culture and awareness», cit., pp. 19 s.

gos»— que prolonga con un resumen de los justos títulos de esclavitud²²⁴ para acercarse a la conclusión general de que cualquiera de ellos, si es verdadero, basta para privar al hombre de su libertad. Esta síntesis del «derecho» relativo al negocio contrasta fuertemente con el «hecho» del mismo, «que no solo es tuerco, sino lamentable, y miserable»²²⁵. Mercado describe esta realidad con vivos colores, pero su juicio definitivo, siempre por lo que toca al derecho, no se desvía un ápice de lo anunciado por sus premisas iniciales: «la venta y compra de negros en Cabo Verde es de suyo lícita y justa»²²⁶: ¿cómo podría haber dicho otra cosa, si se trata de una institución de derecho de gentes?

Coetáneo del anterior, el jurista Bartolomé Frías de Albornoz piensa de forma muy diferente acerca de la esclavitud²²⁷. Tras despachar el supuesto de los moros infieles (incluidos los negros moros) recordando que «se pueden captivar como ellos nos captivan a nosotros», su mirada se dirige hacia los «negros de Etiopía», que le ofrecen mayor interés por ser los que se llevan a las Indias. Desde nuestro punto de vista, la importancia de lo que dirá sobre ellos se ve subrayada por el hecho de referirse a los negros que los portugueses compran y venden «con autoridad de su Rei»; es decir, por el hecho de que la crítica del autor concierne explícitamente al comercio «legal» de esclavos. Con acre ironía admite Albornoz que este comercio no es dudoso en ninguno de los dos fueros²²⁸; acto seguido soslaya la explicación de los justos títulos de servidumbre remitiendo con acusado desdén a Mercado y —lo más significativo— sobre la guerra, primera de aquellas causas, afirma que «ni segun Aristoteles... ni segun nadie es justa». Por sí sola, esta declaración sugiere una impugnación frontal y directa de la teoría de la esclavitud de derecho de gentes, pero la cosa queda definitivamente clara cuando, apenas unas líneas más abajo, Albornoz equipara

²²⁴ Guerra justa, delitos públicos y venta de los hijos en caso de extrema necesidad; la exposición de Mercado (fol. 102v-103v) da la impresión de que todos los tres son *iuris gentium*.

²²⁵ La razón es que a los tres títulos lícitos y suficientes «se mezclan infinitos fingidos, o injustos», a lo que hay que añadir el mal tratamiento que los esclavos reciben de sus dueños: *Ibid.*, fol. 103v-105r.

²²⁶ *Ibid.*, fol. 105r. Ciertos es de todas formas que el dominico, dada la fama y aun la realidad del negocio, lo condena como pecado mortal y subraya el deber de restitución.

²²⁷ *Arte de los contractos*, Valencia, 1573, anotaciones al lib. 3, tít. 4, fol. 130r-131r. Vid. VILA VILAR, «En torno al Padre Sandoval, autor de un tratado sobre la esclavitud», *cit.*, p. 67; ESPONERA CERDÁN, A., O. P., «Teoría anti-esclavista de Bartolomé Frías de Albornoz (1573)», *Ética y Teología ante el Nuevo Mundo. Valencia y América (Actas del VII Simposio de Teología Histórica, Valencia, 28-30 de abril de 1992)*, Valencia, 1993, pp. 93 ss.; TELLKAMP, J. A., «Esclavitud y ética comercial en el siglo XVI», en *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 21, 2004, pp. 141 ss.; ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», *cit.*, p. 15; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 101 ss.; PERPERE VIÑUALES, A., «Bartolomé de Albornoz y la esclavitud. ¿Una crítica desde la filosofía de la economía?», en *Humanidades. Revista de la Universidad de Montevideo*, 8, 2020, pp. 119 ss. De los indios y la esclavitud se ocupa Albornoz brevemente en el lib. 2, tít. 3, cap. 15, fol. 46v.

²²⁸ «(...) en quanto a el Fuero exterior no se puede poner duda en este Contracto, que es permitido, pues los Reyes lo consenten; en el Fuero interior, y de el anima, tambien deve de ser bueno: pues que se haze publicamente, y no hai quien diga mal dello, ni Religioso que lo contradiga (como havia para cada Indio quatrocientos defensores que no se hiziesen de ellos Esclavos) antes veo que se sirven dellos, y los compran, y venden, y contratan, como todas las demas gentes, tambien esto deve de ser bueno, pues que lo haze quien nos deve dar exemplo».

el derecho de gentes en este punto a una ley diabólica: «Quando la guerra se haze entre enemigos publicos, halugar de hazerse Esclavos en la lei de el demonio...»²²⁹ Al final, no le queda sino advertir a los mercaderes contra un «Trato tan carnicero». No merece la pena preguntarse por la influencia que pudo tener la invectiva de Frías de Albornoz²³⁰. En cambio, conviene llamar la atención sobre la sobriedad y el vigor de su ataque, que va directo al meollo jurídico y moral del problema y lo solventa con tanta eficacia que no necesita acongojar al lector con descripciones lúgubres y dramáticos relatos.

Muy diferente es la actitud de nuestro siguiente personaje. El jesuita Alonso de Sandoval, afincado en Cartagena de Indias de forma casi ininterrumpida desde 1606 hasta su muerte en 1652, dice no querer añadir un capítulo propio a la ya larga polémica entre los doctores sobre la justificación de la esclavitud; quizá por esta razón, el derecho de gentes no aparece ni una sola vez a lo largo de toda su obra, por lo menos si hablamos de la primera edición.²³¹ No cabe excluir sin embargo que esta ausencia se debiera al diseño de una estrategia persuasiva nueva y muy personal del autor. Nuestra hipótesis es la siguiente: en lugar de terciar en la controversia de los doctores, Sandoval indica que va a poner al lector frente al cuadro real de las prácticas esclavistas, que él conoce muy a fondo, con el fin de que cada uno pueda decidir por sí mismo lo que le pareciere «más conforme a justicia» o bien –en la segunda edición de la obra– para que pueda «ver claramente la verdad de [las] conclusiones» de aquellos mismos doctores²³². En cuanto a éstos, ciertamente nuestro jesuita conoce y cita con respeto a Molina, una de las voces mejor informadas en el debate sobre la esclavitud, pero eso no significa que dé por suficiente, a través del maestro ebo-

²²⁹ La frase continúa: «mas donde no hai tal guerra como esta, que se yo si el Esclavo que compro fue justamente captiuado, por que la presuncion siempre esta por su libertad, en quanto lei natural obligado estoi a fauorecer al que injustamente padece, y no hazerme complice del delinquente».

²³⁰ Recuerdan SACO, J. A., *Historia de la esclavitud*, vol. IV, La Habana, 2006, pp. 195 s., y PIQUERAS, *La esclavitud*, cit., p. 214, que su libro fue prohibido por el Santo Oficio.

²³¹ *De instauranda Aethiopia salute*, Sevilla, 1627. En la segunda (Madrid, 1647), muy diferente, el *ius gentium* sí se menciona, pero menos en calidad de argumento que el autor haga propio que como elemento de las explicaciones de los teólogos escolásticos acerca de la libertad y la esclavitud: cfr. lib. 1, cap. 18, n. 8; cap. 21, n. 1. Sobre Alonso de Sandoval y su obra, vid. SARAIVA, «Le père António Vieira S. J. et la question de l'esclavage des Noirs au XVII^e siècle», cit., pp. 1306 ss.; VILA VILAR, «En torno al Padre Sandoval, autor de un tratado sobre la esclavitud», cit., pp. 68 ss.; ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», cit., pp. 20 ss.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, cit., pp. 140 ss.; RAMADA CURTO, *Cultura imperial*, cit., pp. 267 ss.

²³² *De instauranda Aethiopia salute*, lib. 1, comienzo del cap. 17: «Aunque es verdad, que la gran controversia que entre los Dotores ay de la justificacion deste tan arduo y dificultoso negocio me tuvo mucho tiempo perplexo, si lo passaria en silencio; con todo me he determinado tratarlo, dexando la determinacion de su justificacion a los Dotores, que tan doctamente han escrito cerca deste punto, principalmente a nuestro Dotor Molina en el tomo I de *iustitia, & iure*, trat. 2 en la disputa treinta y cuatro, y treinta y cinco, adonde con modestia y gravedad dice su parecer: por lo qual solamente me contentaré con poner a cada uno delante lo que cerca desto he entendido en tantos años como ha que exercito este ministerio, para que considerando cada qual tome lo que mas conforme a justicia le pareciere». Cfr., en la edición de Madrid, 1647, lib. 1, cap., 15, n. 13: «Verdad sea, que dexarè la determinación de su justificación a los Doctores, que tan docta y acertadamente han escrito cerca de este punto, ayudando yo a su intento con solos exemplos, y particulares casos, de donde el prudente, discreto, y docto verà claramente la verdad de sus conclusiones».

rense, ninguna explicación de carácter jurídico ni, en primerísimo lugar, la idea del fundamento de la servidumbre en el *ius gentium*²³³. Muy por el contrario, pensamos que su intención es desacreditar, por comparación con una práctica archiconocida, todo intento de apuntalamiento jurídico de la institución, poner en evidencia la inutilidad de este tipo de discurso y aniquilar su fuerza de convicción. De ahí la abrumadora acumulación de noticias y datos negativos tomados de una experiencia comprobada mil veces y desde todos los ángulos,²³⁴ como para guiar al lector hacia la conclusión de que las graves disquisiciones de los doctores sobre la legitimidad de la esclavitud y sobre su origen en el *ius gentium* versan sobre un objeto ficticio y no tienen contacto alguno con la realidad.

IV.2.3 António Vieira

Más que testigo privilegiado, el padre António Vieira fue un ambiguo protagonista que interpretó varios papeles distintos –y a primera vista contradictorios– en aquel tristísimo drama que fue la esclavitud negra en América: impulsor del tráfico, fustigador de los excesos propios del esclavismo, instructor de los esclavos en las virtudes cristianas de la paciencia y la resignación, etc.²³⁵ De una figura tan densa y compleja, aquí sólo nos interesamos por el posible lado jurídico de su posición ante aquella tragedia. Para intentar acercarnos a él, revisaremos un puñado de declaraciones que el Vieira orador sagrado vertió en varios de sus sermones más sonados²³⁶, dado que no disponemos de ningún informe, voto, comunicación o como se lo quiera llamar en el que expusiera

²³³ Tampoco vemos que lo haga con claridad en la edición de 1647 pese a exponer el consabido cuadro de los títulos legítimos de esclavitud siguiendo muy de cerca a Tomás de Mercado: lib. 1, cap. 21, n. 2 (cfr. cap. 19, nn. 2 y 3: el derecho de las gentes hizo lícita la esclavitud, el cautiverio de guerra fue «la primera puerta por donde pudo entrar en el mundo»). La nómina de doctores citados en esta segunda edición incluye también a Soto, Ledesma, Tomás de Mercado, Agostinho Barbosa y Rebelo: lib. 1, cap. 21, n. 1. Con todo, es muy significativo este párrafo (*ibid.*): «Porque donde tan graves Doctores han dado su assenso cerca de su justificación, frustra-nea será mi resolución. Si bien por otra parte justificarán la suya, y la confirmarán los exemplos, y casos particulares que referirè, ciertos, y verdaderos, cerca desta materia. Iuzgando ser cordura, guiarse mas por la experiencia conocida, que por la ciencia mas estudiada».

²³⁴ En la primera edición, cfr. sobre todo lib. 1, cap. 17: *De la esclavitud de estos negros de Guinea, y demas puertos, hablando en general*; y lib. 1., cap. 18: *De las Armazones de estos negros*; en la segunda, los caps. 21-22 del libro primero.

²³⁵ Cfr. PIMENTEL, M.^ª R., «Vieira e a escravatura: 'cativerio temporal' e 'liberdade eterna'», *Padre António Vieira. O Tempo e os seus Hemisférios*, MONTEIRO, M.^ª R. y PIMENTEL, M.^ª R. (org.), Lisboa, 2011, pp. 468 s.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, cit., pp. 153 ss.; FRANCO, CALAFATE y VENTURA, «Introdução», cit., p. 38: «Vieira não deve... ser visto como alguém exterior ou alheio a esa dinâmica [la de los grupos de intereses del sistema colonial], mas sim como indivíduo integrado nesse processo»; RAMADA CURTO, *Cultura imperial*, cit., pp. 269 s.

²³⁶ Los sermones XIV (1633), XX y XXVII (1682 o posterior), dirigidos a Cofradías del Rosario compuestas de esclavos negros, y el sermón de la Epifanía pronunciado en la Capilla Real de Lisboa en enero de 1662; todos ellos incluidos en FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, cit., respectivamente pp. 53 ss., 95 ss., 135 ss., 255 ss. Sobre estos textos, vid. FRANCO, CALAFATE y VENTURA, «Introdução», cit., pp. 39 ss., 47 s.

formalmente una opinión jurídica sobre el problema. De todas formas, antes de entrar en materia conviene despejar el campo volviendo a registrar una obviedad: como hemos visto más arriba al tratar de los indios, Vieira aceptaba la licitud de la servidumbre, y el esquema básico subyacente a su aceptación era, con algún que otro retoque, el de la esclavitud entendida como institución *iuris gentium*. La pregunta que ahora debemos hacernos se refiere a la presencia y el peso de ese esquema en los sermones del jesuita, aunque mucho es de temer que acabemos no encontrando nada en absoluto.

Para comenzar, la incompatibilidad entre la idea de fatalidad o predestinación y la representación de la esclavitud como institución de derecho de gentes es evidente por sí misma.²³⁷ Sin embargo, a los negros Vieira les dice que la naturaleza los ha creado «da mesma cor da sua fortuna» –palabra que hay que entender en la precisa acepción no ya de infortunio, sino de infortunio inevitable–, y que en la herencia de los misterios de la vida, muerte y resurrección de Jesucristo a ellos, *por su condición* («por condição»), en la tierra les corresponden solamente los dolorosos²³⁸. Añádase la exhortación para que obedezcan a sus amos de buena voluntad, pues hacerlo a la fuerza sería como apostatar de la religión que les es propia; o sea, de una supuesta orden o religión de los «Cautivos sin Redención» en la que la perpetuidad representa nada menos que la perfección de estado²³⁹. Poco mejora las cosas sentirle atribuir la dominación de los blancos sobre los negros a la fuerza y no a la razón ni a la naturaleza²⁴⁰, pues una afirmación tal equivale casi a expulsar el fenómeno de la esclavitud (de los negros) de la órbita del derecho en la totalidad de sus acepciones²⁴¹. Como igualmente parece expulsarlo de la misma esfera la insinuación de que

²³⁷ Cfr. LAS CASAS, *Tratados*, II, *cit.*, p. 1250: «servitus autem est accidentalis actus iniunctum hominibus a casu et a fortuna».

²³⁸ FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, *cit.*, p. 87; *vid.* SARAIVA, «Le père António Vieira S. J. et la question de l'esclavage des Noirs au XVII^e siècle», *cit.*, p. 1292. En el sermón de la Epifanía de 1662, Vieira clama contra los colonos del Marañón y el Pará «porque dizem que [los indios] são negros, e hão de ser escravos»: FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, *cit.*, p. 302; ¿se quejaba quizá de que los colonos querían extrapolar a los indios un pensamiento que él sólo consideraba aplicable a los negros?

²³⁹ FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, *cit.*, p. 164; *vid.* PIMENTEL, «Vieira e a escravatura: 'cativerio temporal' e 'liberdade eterna'», *cit.*, pp. 470 s., 474. Según la explicación del teólogo mexicano del siglo XVII Miguel Godínez, S. I., *Práctica de la theología mística*, Pamplona, 1704, pp. 7 s., la perfección de estado consiste en «guardar las reglas y estatutos que cada uno conforme a su estado profesa».

²⁴⁰ FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, *cit.*, p. 111; pero cfr. FRANCO, CALAFATE y VENTURA, «Introdução», *cit.*, pp. 22 s., 29. La violencia y la codicia, sin ningún derecho, están detrás de la captura y venta como esclavos de tantos a los que la naturaleza hizo libres: FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, *cit.*, p. 173.

²⁴¹ Siguiendo de cerca a Séneca, *de ben.*, 3.20, Vieira explica que la madre naturaleza hace a todos libres e iguales y que la dominación, limitada exclusivamente al cuerpo, es fruto de la fortuna: FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, *cit.*, p. 141; *vid.* SARAIVA, «Le père António Vieira S. J. et la question de l'esclavage des Noirs au XVII^e siècle», *cit.*, pp. 1294 s.; PIMENTEL, «Vieira e a escravatura: 'cativerio temporal' e 'liberdade eterna'», *cit.*, pp. 462 s.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 157 s. La idea

detrás de la inmensa transmigración de gentes y naciones etíopes que pasan continuamente de África a América se encuentra la mano de la providencia, pues la vemos tan singularmente favorecida y asistida por Dios: gran misterio, por otra parte, puesto que se trata, reconoce el propio Vieira, de un comercio inhumano en el que la mercancía son hombres²⁴².

¿Hay algún dato en todo lo anterior que se pueda relacionar con la idea de la servidumbre como institución de derecho de gentes? Nos parece evidente que no. Ahora bien, esto no significa que los lugares reseñados carezcan de significado en lo que se refiere al lado jurídico de la posición de Vieira ante la esclavitud de los negros africanos. Lo más probable es que el jesuita pensara que las cosas jurídicas no eran, en general, para explicárselas a los esclavos, pero además, dado el público al que se dirigía y el efecto que quería producir en él²⁴³, en los sermones que estamos comentando ese tipo de razones hubiera tenido muy poca utilidad. En definitiva, discutieran o no a su propósito, el discurso jurídico-legal era apenas para los amos y para las autoridades, todos portugueses habituados a él. A los negros, una vez que ya estaban en América y reducidos al régimen de la esclavitud europea, lo que convenía era inculcarles la irreversibilidad de su situación y la pacífica aceptación de la misma, no importa si para ello había que usar argumentos francamente dudosos desde el punto de vista jurídico y no solo desde él.

IV.2.4 Epifanio Moirans

La impugnación tal vez más directa y total de la esclavización de los negros se debe al capuchino francés Epifanio Moirans, que la considera una práctica contraria al derecho natural, al derecho divino positivo y al derecho de gentes²⁴⁴. Centrándonos en sus observaciones en torno al *ius gentium*, ante todo

sería, así pues, que el paso de la libertad natural al estado servil le viene impuesto al negro por el destino y sin ninguna intervención del derecho.

²⁴² FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, cit., pp. 135 ss.; vid. SARAIVA, «Le père António Vieira S. J. et la question de l'esclavage des Noirs au XVII^e siècle», cit., p. 1294; PIMENTEL, «Vieira e a escravatura: 'cativerio temporal' e 'liberdade eterna'», cit., p. 472.

²⁴³ Vid. supra, nt. 236; en los sermones XIV, XX y XXVII, FRANCO, CALAFATE y VENTURA, «Introdução», cit., p. 42, destacan el papel central de la promesa de la gloria celeste como compensación por los sufrimientos del cautiverio. Los mismos autores, *Ibid.*, pp. 40 s., señalan que a veces Vieira intercala mensajes dirigidos a los blancos mezclados entre los esclavos negros que componían la parte principal de su audiencia; por ejemplo, cuando advierte en el sermón XXVII que los cautiverios justos y permitidos por las leyes, cuya existencia conoce bien, son «não dos naturais, senão dos trazidos de outras partes»: FRANCO, CALAFATE y VENTURA (org. e introd.), *Padre António Vieira, Cada um é da cor do seu coração*, cit., p. 173; vid. SARAIVA, «Le père António Vieira S. J. et la question de l'esclavage des Noirs au XVII^e siècle», cit., pp. 1295 s.

²⁴⁴ *Servi liberi seu naturalis mancipiorum libertatis iusta defensio*, 1682, respectivamente capítulos 2, 3 y 4; usamos la siguiente edición: PENA GONZÁLEZ, M. A. (ed.), *Epifanio de Moirans, CAP.: Siervos libres. Una propuesta antiesclavista a finales del siglo XVII*, Madrid, 2007. Sobre Moirans y su obra, vid. PENA GONZÁLEZ, M. A., «Estudio preliminar», en *Epifanio de Moirans*, cit., pp. XVII ss.; ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», cit., pp. 27 ss.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, cit., pp. 175 ss.; RODRIGUES MONTES D'OCA, F., «O discurso antiesclavista de Epifanio Moirans sobre os títulos de escravidão», en *Síntese: Revista de Filosofia*, 44, 2017, pp. 279 ss. No vamos a ocuparnos de la *Resolu-*

hay que advertir que Moirans no rechaza de plano la esclavitud. Muy al contrario, la admite en términos tan claros y expresos como el que más, subrayando que es de derecho de gentes y que su causa concreta es la *captivitas* producida en guerra justa²⁴⁵; con ello no hace más que acoger, según anota él mismo, la doctrina aprobada por todos y en la que convienen los doctores tanto juristas como teólogos. Teniendo en cuenta lo dicho, Moirans se queda, en realidad, bastante lejos del punto al que había llegado más de cien años atrás Frías de Albornoz²⁴⁶, e incluso da la impresión de pensar que el principio en el que se sustenta el título de la *captivitas* no es de aplicación exclusiva a la guerra justa, pues dice, usando términos amplísimos, que «donde es justa la muerte, allí también es justa la servidumbre»²⁴⁷. Precisamente por esta razón reconoce, con más orden y claridad que ningún otro de los escritores que hemos visto hasta este momento, la justicia y la licitud de otra especie de servidumbre, a saber, la impuesta por la comisión de delitos que merecerían la pena de muerte, sobre la cual puntualiza, no obstante, que no es *de iure gentium*²⁴⁸.

Digámoslo de nuevo alto y claro: Moirans entiende que la institución de la esclavitud es legítima dentro de los límites que le son propios, y es desde luego evidente que la institución en la que piensa es exactamente la misma sobre la que escribieron todos esos teólogos y juristas con los que concuerda. Entonces, ¿qué es lo que impugna el capuchino? No la esclavitud sino la esclavización²⁴⁹, no la institución sino la torcida práctica de la misma. Se trata de un modo de razonar que nos es de sobra conocido porque se lo hemos visto utilizar a un buen número de autores de ambas orillas del océano: adoptado un patrón ideal y situada su validez por encima de las impurezas de la praxis, éstas, por más graves que sean, dejan siempre intacta la posibilidad de seguir postulando una

ción sobre la libertad de los negros y sus originarios paganos y después ya cristianos, 1681, del también capuchino Francisco José de Jaca, cuyas razones, de todos modos, son muy similares a las de Moirans; *vid.* RODRIGUES MONTES D'OCA, F., «Two capuchins friars in defense of African slaves' liberty: Francisco José de Jaca and Epifanio de Moirans», en *Patristica et Mediaevalia*, 36, 2015, pp. 91 ss.; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 168 ss.

²⁴⁵ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 4, n. 48 (p. 68): «De gentium iure est servitus, quia dictat quod manu captus in bello iusto, qui posset occidi, servetur in vita et fiat mancipium». La noción de *ius gentium* que maneja Moirans recuerda a la de Francisco Suárez: especie de derecho positivo «sufficienter promulgatum per communem gentium beneplacitum, absque ulla scriptura et publicatione consensus» (*Ibid.*). Según PENA GONZÁLEZ, «Estudio preliminar», *cit.*, pp. XL, XLIII, como tardío deudor de los logros de la Escuela de Salamanca, el capuchino se inscribe en la línea de pensamiento iniciada por Vitoria y su obra guarda sintonía con los tratados *De iustitia et iure* de autores como Soto y Molina.

²⁴⁶ *Vid. supra*, IV.2.2.

²⁴⁷ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 4, n. 48 (p. 68): «Ubi ergo iusta est mors, ibi et iusta servitus»; *cfr.* RODRIGUES MONTES D'OCA, «Two capuchins friars in defense of African slaves' liberty: Francisco José de Jaca and Epifanio de Moirans», *cit.*, p. 288.

²⁴⁸ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 4, n. 49 (p. 68): «in his peccatis et delictis in quibus mortis poena infligitur, in his etiam et servitus licita est et iusta (...) Verum hoc non est de iure gentium proprie, sed tantummodo servitus de iure gentium est ea quae ex iure belli iusti manat». Sobre el delito como título de esclavitud volverá en el capítulo 5.

²⁴⁹ También en relación con los indios: *cfr.* PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 9, n. 100 (p. 152) y c. 10, n. 105 (p. 158).

actuación menos incorrecta. La atribución a Moirans del propósito de fundamentar la ilicitud «de la esclavitud»²⁵⁰ se desentiende de estos matices y fomenta una imagen errónea del capuchino, del cual no se puede decir, en rigor, que fuera un abolicionista partidario de suprimir la institución²⁵¹.

Por lo que respecta a la *servitus de iure gentium*, aquel patrón ideal es el de la guerra justa, la única en la que es lícito matar y por ende esclavizar a los prisioneros²⁵². Aquí repite Moirans la frase con la que titula el capítulo IV –*contra ius gentium nigri sunt servi*–, presentándola como la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor es la propia exigencia de guerra justa, siendo la menor la injusticia habitual de los choques en los que los negros son apresados.²⁵³ En seguida expone las condiciones de la guerra justa según Santo Tomás²⁵⁴ y se aplica a probar que no se cumple ninguna de ellas ni en las guerras que se dan entre los propios negros ni en las de los europeos contra los negros en tierras de éstos.²⁵⁵ Previamente ha rechazado la excusa basada en el uso asentado entre los cristianos de comerciar con negros capturados en África, una costumbre de la que dice que no puede prevalecer desde el momento en que ni uno solo de esos cautivos es esclavo legítimo²⁵⁶.

Despachado el asunto de la guerra justa, y en consecuencia el de la esclavitud de derecho de gentes, Moirans se ocupa todavía de otros dos títulos de *iusta servitus*: el delito, que debe ser de aquellos por los que el juez o el príncipe

²⁵⁰ PENA GONZÁLEZ, «Estudio preliminar», *cit.*, p. XLI; *vid.* también GARCÍA AÑOVEROS, «Los argumentos de la esclavitud», *cit.*, p. 142, que atribuye a Moirans la «condena absoluta» de la esclavitud de los negros «por considerarla inicua, ilícita e ilegítima»; lo mismo se podría decir del título que pone TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, p. 177, a uno de los epígrafes de sus páginas sobre Moirans: «L'esclavage va contre tous les droits».

²⁵¹ Perfectamente claro lo ve RODRIGUES MONTES D'OCA, «Two capuchins friars in defense of African slaves' liberty: Francisco José de Jaca and Epifanio de Moirans», *cit.*, *passim*; *cf.* p. 301: Moirans no es un abolicionista, odia la esclavitud pero no deja de considerarla una institución legítima.

²⁵² PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 4, n. 49 (pp. 68 s.): «Unde bellum debet iustum esse; quia sicut in solo bello iusto licet occidere, ita mancipia facere». Ahora bien, puesto que la guerra justa nace de la ofensa («peccatum») del pueblo contra el cual se dirige, finalmente no hay servidumbre que no sea «ratione delicti»: *Ibid.*, p. 70.

²⁵³ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 4, n. 50 (p. 70): «Dico ergo: contra ius gentium nigri sunt servi. Probatur, quia servitus de iure gentium ea est quando victus in bello iusto non perimitur, sed servatur a victore, qui iuste poterat eum occidere; atque nigri non sunt capti in bello iusto, in quo iuste poterant occidi a victore, ergo contra ius gentium sunt servi. Maior est certa ex iure supra dictis. Minor patet ex dictis, et infra dicendis clarissime patebit».

²⁵⁴ Declaración por autoridad legítima, justa causa y recta intención: PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 4, n. 51 (p. 72).

²⁵⁵ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 4, nn. 52-54 y 55-56, respectivamente.

²⁵⁶ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans*, *cit.*, c. 4, n. 50 (p. 70): «Nec obstat quod usus sit et consuetudo apud christianos emendi et vendendi nigros captos in Africa, sive a nigris sive a christianis, nam illud ipsum est quod reprobo ut malum contra omne ius naturale, divinum positivum et gentium»; *cf.* c. 4, n. 56 (p. 80): «qui servi non sunt, emi aut vendi non possunt in mancipia nec teneri possunt... nemo potest emere aut vendere ullum ex mancipiis Africae, nigris dictis»; c. 5, n. 63 (p. 90): «non licet emere aut vendere ullum ex servis Africae nigri»; la misma conclusión en c. 2, n. 33 (p. 46) y en c. 3, nn. 44 y 47 (pp. 62 y 66), respectivamente desde los puntos de vista del *ius naturale* y el *ius divinum positivum*.

impone justamente la pena de muerte, y el remedio de la necesidad extrema del padre. De ambos diríamos que forman parte del modelo ideal de esclavitud aún con mayor motivo que la *captivitas*, puesto que su origen se encuentra en el derecho natural²⁵⁷. Sin embargo, por las razones que expone el capuchino, ninguno de los dos es aplicable a los negros²⁵⁸. El resultado último es la injusticia del tráfico de esclavos: de falsos esclavos, deberíamos decir, ya que no hay ningún título que justifique la servidumbre de los negros con los que se alimenta el negocio y en los que se ceba²⁵⁹.

IV.3 SÍNTEISIS: INDIOS Y NEGROS, NEGROS E INDIOS

Ninguna doctrina jurídica sería capaz de proporcionar una explicación suficiente de la enorme dimensión que llegaron a alcanzar la esclavización y la trata de negros en la época de la que nos ocupamos. Por el contrario, en la raíz de este fenómeno hay causas económicas poderosas que son, si no las únicas, sí seguramente las que mejor explican su crecimiento; generalizando y muy por encima, esas causas se resumen en la necesidad de mano de obra abundante, dócil y barata para la explotación económica de los territorios del Nuevo Mundo dominados por los castellanos y los portugueses, en interés de ellos y de sus respectivos monarcas²⁶⁰. En estas condiciones, las razones del derecho en relación con la esclavitud podían servir, según la forma en que fueran utilizadas, para secundar el despliegue del proceso económico o simplemente para acompañarlo; mucho más raramente, para intentar contener sus peores efectos. Los motivos económicos no eran ciertamente los únicos: trenzados con ellos había otros de carácter político-religioso, particularmente intensos por lo que respecta a los indígenas, que infelizmente alentaron la esclavización y la trata de negros aun a pesar de que los africanos no quedaban, en principio, excluidos totalmente de ellos²⁶¹. En suma, el interés económico de los colonos, la remoción de

²⁵⁷ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans, cit.*, c. 5, n. 58 (p. 82): «duo alii [tituli] sunt examinandi: iustae servitutis, a iure naturali ortum habentes, nempe pro delicto; aut in remedium extremum necessitatis patris. Quia bellum iustum adversus infideles, delictum et extrema necessitas patris sunt tres tituli iustae servitutis».

²⁵⁸ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans, cit.*, c. 5, nn. 58 y 59 (pp. 82 y 84); *vid. RODRIGUES MONTES D'OCA*, «Two capuchins friars in defense of African slaves' liberty: Francisco José de Jaca and Epifanio de Moirans», *cit.*, pp. 294 ss.; como explica este autor, *Ibid.*, pp. 296, 299, por lo que toca al título de venta en caso de extrema necesidad, la crítica de Moirans no se limita a su puesta en práctica, sino que afecta a su misma legitimidad.

²⁵⁹ PENA GONZÁLEZ (ed.), *Epifanio de Moirans, cit.*, c. 5, nn. 60-fin; en el n. 61 (p. 88) Moirans, siguiendo a Molina y Rebelo, exceptúa dos casos: si los esclavos se compran de infieles que los tienen por herencia inmemorial (pero sobre esto cfr. c. 6, n. 70 [pp. 102-104]) y si se trata de cautivos apresados en las guerras justas que los portugueses hacen en Angola y Monomotapa; *vid. supra*, nts. 189 y 190.

²⁶⁰ *Vid. PIMENTEL*, «Vieira e a escravatura: 'cativerio temporal' e 'liberdade eterna'», *cit.*, pp. 460 ss.

²⁶¹ De hecho, la incorporación de los esclavos negros a la Iglesia fue una de las razones más utilizadas para intentar justificar la trata; los sermones XIV, XX y XXVII de Vieira son piezas ejemplares a este respecto. Sobre el tema, *vid. PIMENTEL*, «Vieira e a escravatura: 'cativerio temporal' e

obstáculos a la evangelización de los indígenas y el freno a la rápida disminución del número de éstos, guardándoles a la vez la libertad formal que se les debía en cuanto súbditos de los reyes hispanos: todo esto se encuentra aunado en el fondo de las propuestas de importación de esclavos negros de dos de los personajes más carismáticos que han desfilado por las páginas de este estudio, Bartolomé de Las Casas y António Vieira.

En sus propias palabras, Las Casas obtuvo de Carlos I «que se trujesen negros para que se libertasen los indios»; o con más exactitud, «que para liberar los indios se concediese a los españoles destas islas [Española, San Juan, Cuba y Jamaica] que pudiesen llevar de Castilla algunos negros esclavos»²⁶². La noticia se refiere a los años 1516-1518 y se hace eco de varios *Memoriales* en los que planteó la solicitud por primera vez el por entonces sacerdote secular²⁶³. Después, el imparable desbordamiento de los moderados términos en los que la había formulado –debido a la irrupción y el acelerado crecimiento de la trata–, así como un mejor conocimiento de la forma en que los portugueses se hacían con los negros importados, le harán cambiar de pensamiento. Evocando este proceso en la *Historia de las Indias*, Las Casas, firme ya en la conclusión de que la injusticia que se hace a los negros es la misma sufrida por los indios, habla de unos y otros utilizando expresiones que asocian siempre a los primeros con la servidumbre y a los segundos con la libertad. Como ya hemos dicho, en la base de esta diferencia se encuentra, en parte al menos, la noción común de ser la esclavitud una institución de derecho de gentes. Aplicada a los indios, esa noción permite a Las Casas descartar la existencia entre ellos de verdaderos esclavos (a excepción de los que pueda producir la aplicación eventual y residual de la *captivitas* en guerra justa). En cambio, en relación con los negros cuya importación demanda, la misma noción le hace dar por descontado, antes de cualquier examen, que los procedentes de África son legítimos esclavos. Si bien atenuada y bajo otro aspecto, la diferencia subsiste pese al posterior cambio de idea sobre los africanos motivado por «la injusticia con que los portugueses los toman y hacen esclavos»²⁶⁴, pues en efecto, la nueva opinión de Las

‘liberdade eterna’, *cit.*, p. 469; TARDIEU, *Les penseurs ibériques*, *cit.*, pp. 29 ss.; PÉCORA, «A escravidão nos sermões do Padre Antonio Vieira», *cit.*, pp. 158 s.; ZERON, «Vieira em movimento: subjacências da distinção entre tapuias, tupis e negros», *cit.*, pp. 183 s. Aun tomándola de un contexto diferente, merece la pena subrayar la idea que late en el fondo de las justificaciones religiosas esgrimidas por los defensores de la colonización; lo hacemos una vez más con palabras de Vieira: «Esta è a suavidade da Providência divina tantas vezes experimentada nas missões de ambas as Índias, onde sempre entrou e se dilatou a fé levada sobre as asas do interesse»: FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios*, *cit.*, p. 123 (énfasis mío); la misma idea en FRANCO, J. E. y CALAFATE, P. (dir.), *Padre António Vieira, História do Futuro*, Lisboa, 2015, pp. 495 s.: «a fé às costas do interesse». Enérgica refutación de la justificación religiosa de la esclavitud en PALACIO, *Praxis theologica de contractibus*, lib. 2, cap. 10, pp. 153b-154b.

²⁶² LAS CASAS, *Historia de las Indias*, III, *cit.*, pp. 274 s.; la importación de esclavos debía servir «para que los indios consiguiesen su total libertad»; o sea, «para que en estas tierras viviesen los españoles sin tener indios», «porque con ellos [con los negros] se sustentarán en la tierra y dejarán libres los indios»: *ibid.*, pp. 176 s.

²⁶³ *Vid. supra*, nt. 218. En el *Memorial de remedios* de 1542 insiste por última vez en ella.

²⁶⁴ LAS CASAS, *Historia de las Indias*, III, *cit.*, p. 177; p. 275: «los portugueses de muchos años atrás han tenido cargo de robar a Guinea, y hacer esclavos a los negros, harto injustamente,

Casas brota de su toma de conciencia del hecho de que la mayoría de los negros no son esclavos legítimos, conclusión a la que llega apoyándose exclusivamente en la teoría de las causas o títulos de servidumbre²⁶⁵ y sin tomar para nada en cuenta el contenido de la institución. Así que la enfática afirmación de la igualdad en la injusticia, sin ser una figuración, elide el dato de que nuestro personaje llega a esa equiparación recorriendo dos sendas parcialmente diferentes, por más que las dos arranquen del *ius gentium*.

Casi ciento cincuenta años más tarde, Vieira enuncia una propuesta muy parecida para la América portuguesa: a finales de 1655, habiéndose dispuesto que en adelante no se hagan nuevos esclavos entre los indios, solicita que «efectivamente e com a maior brevidade se mandem negros de Angola ou Guiné para serviço dos portugueses» del Estado de Marañón; su introducción en número suficiente deberá servir también para compensar la paulatina liberación de los esclavos indios existentes aún en ese momento, de modo de «tirar este gravíssimo escrúpulo das consciências assim dos ditos moradores, como de Sua Alteza». En 1661 recuerda al Senado de la Cámara del Pará que los moradores del Brasil nunca levantaron cabeza hasta que empezaron a servirse de esclavos de Angola, por ser los indios menos capaces para el trabajo, más débiles frente a las enfermedades y más propensos a huir o morir de melancolía. Al año siguiente leemos más o menos lo mismo en la contestación a ciertos capítulos del Procurador del Marañón contra los padres de la Compañía de Jesús. Hacia 1669 vuelve a insistir en la introducción de esclavos de Angola en el Marañón; en paralelo aboga por sacar de las selvas el mayor número posible de indios libres a fin de que los portugueses se puedan servir de ellos y de los negros según la capacidad respectiva de unos y otros. Refiriéndose una última vez al remedio y sus ventajas, en 1678 señala que el asunto es «matéria certa e não contingente»²⁶⁶. Notemos dos cosas antes de seguir: la propuesta de Vieira contempla la esclavitud de los negros con tanta naturalidad que su autor sólo concibe escrúpulos de conciencia en relación con los esclavos indios; su seguridad en cuanto a la servidumbre de los africanos es tanta que le da para recomendar que los que se traigan «devem ser homens e mulheres em ordem à propagação»²⁶⁷.

Dicho esto, pese a que la propuesta de Las Casas y la de Vieira son básicamente iguales, el pensamiento de ambos difiere en puntos importantes. No tanto en lo relativo a la esclavitud de los indios –problema que el castellano intenta liquidar y el

viendo que nosotros mostrábamos tanta necesidad y que se los comprábamos bien, diéronse y danse cada día prisa a robar y captivar dellos, por cuantas vías malas e inicuas captivallos pueden». Las injusticias de los portugueses se relatan largamente en B. DE LAS CASAS, *Historia de las Indias*, I, MILLARES CALVO, A. (ed.) y HANKE, L. (est. prel.), México, 1995, capítulos 17-27; cfr. ANDRÉS-GALLEGO, «La esclavitud en la Monarquía hispánica. Un estudio comparativo», *cit.*, pp. 13 ss. Sobre el significado para la historia de las Indias atribuido por Las Casas a las conquistas africanas de los portugueses, vid. GRUZINSKI, S., *La macchina del tempo. Quando l'Europa ha iniziato a scrivere la storia del mundo*, Milano, 2018, cap. 11.

²⁶⁵ Vid. *supra*, nt. 222.

²⁶⁶ Vid. respectivamente FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios*, *cit.*, pp. 74 y 76, 153, 246, 261, 272; cfr. SARAIVA, «Le père António Vieira S. J. et la question de l'esclavage des Noirs au XVII^e siècle», *cit.*, pp. 1289 s.

²⁶⁷ FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, Escritos sobre os Índios*, *cit.*, p. 261.

portugués reconducir con la vista puesta, aunque de modo diferente, en el paradigma de la *servitus iuris gentium*–, sino por lo que respecta a la servidumbre de los negros. En efecto, en este tema el horizonte de Las Casas no deja de ser nunca el derecho de gentes, así cuando propone inicialmente la introducción de esclavos negros como cuando, mucho tiempo después, abre los ojos a la injusticia apenas oculta en el desarrollo efectivo del negocio. En cambio, Vieira, que parece haber sido siempre ciego a esa injusticia, para pronunciarse desde el púlpito sobre la situación de los esclavos africanos asume una posición completamente apartada del derecho y no se le conoce ninguna toma de posición que indique, en relación con ellos, una valoración cualquiera de la doctrina del *ius gentium*²⁶⁸.

Por lo demás, la mayoría de los autores estudiados reducen esta doctrina a una teoría más o menos aseada de las causas o títulos legítimos de caída en esclavitud. En otras palabras, a una teoría cuyo único tema son las vías de acceso al estado servil y no el contenido de este estado, del cual se desprecupan los escritores quizá por partir del presupuesto de que es el mismo dondequiera y coincidente con el propio de la esclavitud europea. Cuando un autor dice, por ejemplo, que sólo es lícito *rescatar* de los indios aquellos esclavos que lo son de verdad, o bien afirma otro que la licitud del tráfico de negros exige que se trate de auténticos esclavos, lo que tienen *in mente* los dos es la citada teoría y muy poco más. En general, el sesgo hacia el examen de las causas que caracteriza a este enfoque produce a corto plazo el bloqueo del debate: en efecto, los justos títulos de esclavitud admitidos por el *ius gentium* dibujan el arquetipo de una institución legítima y universal que, en cuanto tal, siempre tiene la posibilidad de ser ratificada y defendida; por consiguiente, los males crónicos de la servidumbre no provendrían nunca de la institución en sí, sino del mal uso y el abuso de los que es objeto. A la mayoría de los autores, la conciencia de que la injusticia era realmente la pauta general no logró sacarlos de este círculo vicioso en el que los mantenía encerrados su visión perezosa e insuficiente de la esclavitud como institución de derecho de gentes. De hecho, por comprobado e irrefutable que pudiera ser el dato, sólo alcanzó para dirigir hacia la propia institución las sospechas de Frías de Albornoz y, si se acepta nuestra conjetura²⁶⁹, también las de Sandoval a su manera peculiar. En cuanto a los demás, Las Casas, Mercado, Vieira y Moirans nunca ponen en tela de juicio la existencia ni la legitimidad de la institución, y los que dudan o descalifican el tráfico de negros lo hacen sobre todo por el fundado temor de que la gran mayoría de sus víctimas no sean esclavos por ninguna de las causas legalmente admitidas.

²⁶⁸ Cfr. PIMENTEL, «Vieira e a escravatura: ‘cativeiro temporal’ e ‘liberdade eterna’», *cit.*, p. 467: «No caso dos negros, Vieira segue o princípio geral da legitimidade do seu cativeiro. O africano chegava ao Brasil já como mercadoria e, por isso, Vieira coloca a tónica do discurso não tanto no seu estatuto de cativos, mas na violenta condição a que eram sujeitos»; según CALAFATE, P., «Introdução», *Padre António Vieira, a Chave dos Profetas, livros primeiro, segundo e terceiro*, FRANCO, J. E. y CALAFATE, P. (dir.), Lisboa, 2015, p. 80 y nt. 68, la posición de Vieira sobre la esclavitud de los negros es el «ruidoso telón de fondo» de su alejamiento de una ética colonial de conquista y subyugación.

²⁶⁹ *Vid. supra*, IV.2.2.

No insistiríamos en el efecto paralizador de la teoría de las causas si no supiéramos que la doctrina del *ius gentium –rectius*: de la esclavitud concebida como institución *iuris gentium*– podía dar mucho más de sí. Con esto queremos referirnos al uso que hicieron de ella Vasco de Quiroga y, en menor medida, el propio Las Casas con el fin de preservar a los indios de las ansias esclavizadas de los colonos españoles. No es que para alcanzar su objetivo tuvieran que cambiar nada en aquel concepto: para ellos, igual que para todos en general, la esclavitud es una institución originada en el *ius gentium*, lo cual quiere decir que su perfil jurídico y su contenido deben ser constantes y, al mismo tiempo, que coinciden de suyo con los de servidumbre europea, ya que el carácter *iuris gentium* de ésta se sitúa, por razones obvias, por encima de toda discusión. La originalidad de Quiroga y Las Casas (sin olvidarnos de Motolinia, que también advierte lo oportuno de este proceder) consiste, por tanto, en haber extendido la comprobación desde el plano de las causas o títulos legítimos de esclavitud al de la condición jurídica objetiva de los presuntos siervos indígenas, más que para asegurarse de que son realmente esclavos, para salvaguardar su libertad probando que con arreglo al *ius gentium* no lo son.

V. CONCLUSIÓN

Dos órdenes de consideraciones querríamos hacer para finalizar este trabajo. En primer lugar, sobre la Escuela de Salamanca como red global de producción y circulación de conocimiento, destacamos con toda brevedad un dato elemental: en general, los autores que hemos estudiado en el apartado IV son europeos que escriben sobre la esclavitud –la indígena, la africana o las dos– y sobre el tráfico de esclavos con base en un sólido conocimiento de la realidad que han adquirido en suelo americano. A la vez, sin embargo, el marco discursivo establecido por los teólogos-juristas de las universidades peninsulares supone para ellos un punto de referencia indispensable, cuando no, en más de un caso, una especie de corsé dentro del cual la especulación se estrecha de forma voluntaria. Con distinta exactitud, esto último lo hemos podido comprobar en Mercado, Sandoval y Moirans²⁷⁰, siendo Frías de Albornoz la única excepción indubitable a este respecto. Hasta cierto punto, en Las Casas y en Vieira encontramos la misma combinación de razón especulativa y argumentos nacidos del contacto con la realidad, quizá con un peso mayor y más explícito de los segundos, lo que no tiene nada de extraño en individuos excepcionales

²⁷⁰ A Mercado le hemos visto separar el «derecho» y el «hecho» de la esclavitud y el tráfico de esclavos e igualar aquél con la opinión de «los theologos», o sea, de los maestros salmantinos, según indica la cita marginal de Domingo de Soto (*De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 2, art. 2) que inserta justo al comienzo de su capítulo sobre el comercio de negros: *vid.* Mercado, *Summa de tratos y contratos*, fol. 102v. Sandoval, opone «la experiencia conocida» –que es aquello que él tiene en abundancia– a la «ciencia más estudiada» de los doctores universitarios: *vid. supra*, nt. 233. En los capítulos 6-11 de su *Servi liberi*, Moirans se opone a Molina, Diego de Avendaño y Rebelo, pero no a propósito de la «esclavitud justa» sino de la actitud contemporizadora adoptada por esos autores en relación con una práctica a todas luces abusiva.

como ellos que no se limitaron a escribir y predicar, sino que ejercieron personalmente su influencia cerca de las autoridades de ambas orillas del Océano²⁷¹.

De todas formas, en Vieira notamos una peculiaridad que nos sorprende y cuya posible explicación no terminamos de aferrar. Se trata de una especie de desdoblamiento, observable en relación con la esclavización de los negros y el tráfico subsiguiente, en virtud del cual el insigne jesuita parece disponer de dos discursos separados y difícilmente coherentes sobre ese tema. En efecto, el hombre experimentado que con tanta ironía baja los humos a los profesores y teólogos europeos, recordándoles la distancia insalvable que los separa de la realidad (no sólo) americana²⁷², ¿cómo es posible que no tenga nada concreto que decir acerca del modelo de esclavitud supuestamente *ius gentium* teorizado por aquéllos? El sesudo escritor que refiere con evidente complacencia la anécdota protagonizada por el «escravozito» Bernardo, propiedad del colegio jesuita de Bahía²⁷³, ¿cómo es que no se da cuenta de la fatal contradicción en que incurre al justificar con razones religiosas la esclavización de los negros, por más injusta que pueda ser, llegando al punto de predicar resignación a los esclavos y decirles muy poco menos que de ellos se espera gratitud?

En cuanto a Vasco de Quiroga, de su adscripción a la Escuela de Salamanca se podría dudar siquiera sea por razones cronológicas, dado que se licenció en cánones, posiblemente en la ciudad del Tormes, hacia 1515, y por tanto unos diez años antes de que comenzara el magisterio de Francisco de Vitoria en aquella universidad²⁷⁴. Pero sobre todo porque el argumento del *ius gentium* adquiere en sus manos un rigor jurídico y una utilidad que no tienen parangón en ninguno de los miembros

²⁷¹ Los estudiosos más recientes de Vieira no dudan en alinear el pensamiento del jesuita en materia de esclavitud y derecho de guerra con los postulados de la Segunda Escolástica; *vid. supra*, nt. 205; cfr. CALAFATE, «Introdução», *cit.*, p. 115: «aunque no cite directamente, el contexto cultural de las tesis de António Vieira, en el caso del derecho de guerra, remite... al pensamiento de Luis de Molina, así como a las concepciones defendidas por los demás teóricos de la Escuela de Évora, en la cual se incluye también el Doctor Fernando Rebelo, colega y discípulo de Molina».

²⁷² Cfr. FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, a Chave dos Profetas*, *cit.*, pp. 781, 791, 794 s.; «convem que assintais, ó mais ilustres dos teólogos, que entre os vossos juízos e os nossos olhos existe um abismo, e maior do que o próprio Oceano, que entre nós se interpõe» (p. 495). Sobre la confrontación explícita, en Vieira, entre el escolasticismo sistemático de los ambientes universitarios y la experiencia personal directa *vid. CALAFATE*, «Introdução», *cit.*, pp. 133 ss.

²⁷³ Cfr. FRANCO y CALAFATE (dir.), *Padre António Vieira, a Chave dos Profetas*, *cit.*, pp. 779 s. Vieira pregunta a Bernardo, negro de unos doce años originario del interior de Angola, cristianado y bien instruido en los misterios de la fe, si está contento con su condición servil y si se la agradece a Dios en cuanto medio por el cual le ha facilitado la conversión y, con ella, la salvación, a diferencia de sus abuelos y antepasados, que no conocieron a Dios y padecen las penas del infierno. El despierto Bernardo replica sin dudarle al jesuita que sus abuelos y antepasados no están en el infierno: «Porque, se eles não conheceram Deus, como è que Deus os poderia mandar para o Inferno? Ou como è que eles poderiam ofender de tal maneira um Deus que não conheciam que merecessem ser atormentados desse modo?»

²⁷⁴ *Vid. CUENA BOY*, «Don Vasco de Quiroga contra la esclavización de los indígenas. Una defensa jurídica», *cit.*, p. 237 nt. 8. A decir verdad, la misma razón cronológica podría esgrimirse contra la pertenencia de Bartolomé de las Casas a la Escuela, también discutida, aunque por otras razones, por EGÍO, J. L., «La consolidación del estatuto teológico-político del pagano amerindio en los maestros 'salmantinos' y sus discípulos novohispanos (1512-1593)» = *The School of Salamanca. A Digital Collection of Sources and a Dictionary of its Juridical-Political Language*, Wor-

reconocidos de la Escuela. De ahí que, pese a la actual tendencia a extender hacia atrás la vida de ésta, añadiéndole una especie de fase previa en la que Quiroga sí podría tener cabida²⁷⁵, nos parezca más prudente dejar en suspenso la cuestión²⁷⁶.

La singularidad de Quiroga a la que acabamos de aludir nos da pie para introducir otras consideraciones, tocantes ahora a la relación entre el *ius gentium* y la esclavitud. Resumamos antes de nada la tesis central de nuestro estudio: los textos jurídicos romanos que describían la esclavitud como institución propia del *ius gentium* favorecieron, en los siglos XVI y XVII, la extensión universal de un modelo de servidumbre que pertenecía por completo a la esfera del *ius civile*; para ello, el primer paso, casi nunca explícito, consistió en erigir la esclavitud de estirpe romana y romanística en arquetipo de una institución de derecho de gentes carente, en cuanto tal, de toda substantividad propia²⁷⁷, una operación que inevitablemente inducía a rastrear (y con frecuencia descubrir) aquel modelo entre los pueblos más insospechados. Es posible que las cosas hubieran sido distintas de no haberse afirmado por la misma época un nuevo concepto normativo de *ius gentium* –el ideado en el seno de la Escuela de Salamanca– que vino a desplazar el concepto descriptivo y menos ambicioso reflejado, según lo más probable, en las fuentes jurídicas romanas. La clave intelectual del esclavismo no estuvo, así pues, en la indolencia de los tratadistas ni en su tardanza en razonar «la inhumanidad de la esclavitud, su incompatibilidad con el derecho natural y el trasfondo bárbaro del derecho de gentes heredado»²⁷⁸, sino en la adhesión a ese nuevo derecho de gentes de vigencia universal e irrenunciable que transportaba, oculta en su interior, la esclavitud de tipo europeo²⁷⁹.

Lo que acabamos de decir es muy importante. Usando el argumento del *ius gentium*, un jurista neto como Vasco de Quiroga fue capaz de llegar a un resultado completamente diferente de los que consiguieron Vitoria, Soto y los demás miembros de la Escuela. Puesto que aceptaba la naturaleza *ius gentium* de la esclavitud, Quiroga no podía dejar de concedérsela también a la esclavitud que él conocía de Castilla: en esto no presenta ninguna originalidad. En cambio, el

king Paper Series No. 2015-01 <Working Paper: No. 2015-01 - La Escuela de Salamanca>, pp. 30, 34 ss. (cfr. p. 36 sobre Quiroga).

²⁷⁵ Cfr. RAMÍREZ SANTOS y EGÍO, *Conceptos, autores, instituciones, cit.*, pp. 46 ss.

²⁷⁶ Tampoco nos resulta claro el encuadramiento de fray Toribio de Benavente Motolinia, de cuyos estudios no sabemos nada concreto. Un historiador franciscano decía que era «competentemente letrado», mientras que su *Historia de los indios de Nueva España* refleja una «alta preparación cultural» en humanidades y filosofía; vid. BELDA PLANS, J., *Grandes personajes del Siglo de Oro español*, Madrid, 2013, pp. 95 ss., p. 100.

²⁷⁷ Algo de lo dicho en el texto ya había sido notado por Lalinde hace más de cuarenta años; vid. LALINDE ABADÍA, J., «Una ideología para un sistema (La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo castellano y la Monarquía Universal)», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 8, 1979, p. 137: «En la práctica, el derecho de gentes resulta ser el derecho romano, tanto cuando se trata de la ocupación, como cuando se trata de la esclavitud por la guerra».

²⁷⁸ Así se manifiesta PIQUERAS, *La esclavitud, cit.*, p. 214.

²⁷⁹ Un derecho de gentes «doctrinariamente positivo», pero que «prácticamente y por sus efectos es derecho natural, pues es inviolable y no puede abrogarse»: LALINDE ABADÍA, «Una ideología para un sistema (La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo castellano y la Monarquía Universal)», *cit.*, p. 138.

razonamiento de estructura silogística que le permitió afirmar la virtual inexistencia de esclavos entre los indios es del todo singular²⁸⁰. Ese razonamiento se basa en un ejercicio de comparación entre instituciones cuya realización estaba, como parece evidente, al alcance de cualquiera, pero que sólo sería productivo si su resultado no se daba de antemano por cierto y por sabido. Anticipación del resultado en la que por desgracia cayeron muchos; por ejemplo, Molina y Rebelo, a quienes vemos muy interesados en conocer las circunstancias de la esclavización de los negros (el tema de los justos títulos o causas) y bastante menos en averiguar el perfil jurídico específico y el significado social de la(s) «esclavitud(es)» africana(s). Por lo tanto, dado que todos asumían la licitud y el carácter *iuris gentium* de la institución europea, es de sospechar que la diferencia entre Don Vasco y los otros escritores se encontraba, toda ella, en la forma de entender el concepto de *ius gentium*²⁸¹: el descriptivo de los romanos permitía tascar el freno ante la evidencia de diferencias institucionales serias; el normativo de los doctores de la Escuela predisponía a pasar por alto la posible existencia de tales diferencias²⁸². Sólo una vez, Rebelo da la impresión de contemplar, a la manera de Quiroga, la posibilidad de que entre la institución indígena y la europea haya diferencias importantes. Lo hace discutiendo el problema de la exportación de esclavos negros para trabajar en las minas americanas, sobre el cual señala que la determinación de los servicios debidos y usuales –únicos que los amos pueden exigir a sus esclavos– es incumbencia de las reglas locales. Sin embargo, esta tímida nota de interés comparativo no pasa de ser un adorno sin ninguna consecuencia, pues la autoridad del *ius civile* de cada pueblo para decidir aquel asunto se diluye y termina en vía muerta tan pronto como se le opone aquella solución de circunstancias concebida por Suárez y consistente en compensar de alguna forma a los esclavos exportados y destinados a las minas²⁸³.

* * *

Escribía Sumner Maine en *Ancient Law*:

El remordimiento que experimentaron casi inconscientemente las comunidades antiguas [frente a la esclavitud] parece haber tenido siempre como

²⁸⁰ Vid. *supra*, IV.1.1. Recuérdese el papel fundamental jugado por Inst. 1.3.4: *In servorum condicione nulla differentia est*, y Dig. 1.5.5 pr.: *Et servorum quidem una est condicio*.

²⁸¹ Por supuesto, hay que contar también con la diferencia en los fines respectivos: la meta única de Quiroga era que los indios no pudieran ser esclavizados; los esfuerzos analíticos de Molina y Rebelo tenían como horizonte la normalización jurídica de la esclavización y el tráfico de negros, cuya continuidad, de todas formas, no ponían en cuestión.

²⁸² No pueden ser más oportunas las siguientes palabras de Quiroga en la *Información en derecho*: «Y estos errores... proceden de no estar los hombres en las cosas circunspectos y muy recatados, y de no mirar todas las circunstancias y raíces y nacimientos y orígenes y fines de las cosas, sino regirse por las reglas generales, sin descender a particularizarlo todo, e sin aver hecho experiencias dello»: vid. HERREJÓN PEREDO, C. (introd. y notas), *Vasco de Quiroga: Información en derecho*, México D. F., 1985, p. 143.

²⁸³ Vid. *supra*, IV.2.5.

resultado la adopción de algún principio imaginario en el que se pudiera fundar una defensa, o al menos una razón fundamental, de la esclavitud.

Los romanos, seguía un poco después, creyeron encontrar ese principio en un supuesto acuerdo entre el vencedor y el vencido por el que el primero, a cambio de la servidumbre perpetua del segundo, respetaba la vida de éste. Se trata de teorías, apostillaba todavía, que satisfacían quizá la conciencia del propietario, pero «perpetuaban y probablemente incrementaban la degradación del esclavo»²⁸⁴.

Los romanos englobaron en el *ius gentium* ese acuerdo imaginario al que se refiere Maine, pero no porque lo considerasen vinculante de forma universal sino porque lo suponían racional y respetado más o menos por todos los pueblos conocidos²⁸⁵. Al adoptar el esquema romano de la servidumbre *iuris gentium*, los teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca lo sometieron a las consecuencias derivadas de un cambio fundamental y de alcance mucho mayor que ellos mismos estaban impulsando: la sustitución del *ius gentium* descriptivo o sociológico de los romanos por una concepción nueva que dotaba al derecho de gentes de naturaleza dogmática o normativa. De esta forma, el *ius gentium* llegó a funcionar como un gran eufemismo que, al justificarla, encubría la extensión general, indiscriminada, incoherente y, en una palabra, abusiva de la esclavitud de estirpe romana y europea.

FRANCISCO CUENA BOY
 Universidad de Cantabria. España
<https://orcid.org/0000-0001-9969-5559>

²⁸⁴ SUMNER MAINE, *Ancient Law*, cit., pp. 162 s. (traducción propia).

²⁸⁵ Transcribimos de nuevo unas palabras de KASER, *Ius gentium*, cit., p. 6, ya citadas *supra*, nt. 10: «Die Übereinstimmungen dieses *ius gentium* mit den Rechten der anderen den Römern bekannten Völker hat man nicht Fall zu Fall durch konkrete Beweisführung festgestellt, sondern man stützt sich auf die allgemeine Erfahrung, die durch die gefestigte Tradition der Vergangenheit gesichert ist und keines Beweises bedarf».