

LA DOCTRINA MODERNA EN EUROPA SOBRE LA ESCLAVITUD

Francisco Carpintero Benítez*

Resumen

Al aludir a la esclavitud normalmente pensamos en los esclavos negros que eran traídos desde África, y olvidamos que, a lo largo de la Edad Moderna, también estuvo vigente la institución de la esclavitud en Europa. Pero no sólo en la Antigüedad y en la Edad Media hubo esclavos, sino también en la Edad Moderna. Este estudio no alude a la esclavitud en Rusia, incluso en el siglo XIX, porque Rusia ha sido un país medio-occidental y medio-asiático. Ya que los hubo, por lo menos hay que examinar la condición de los esclavos en Europa durante la Modernidad.

Palabras clave: libertad, esclavitud, *dominium sui*, dignidad humana, guerra justa.

THE MODERN DOCTRINE IN EUROPE ON SLAVERY

Summary

When referring to slavery, we normally think about the black slaves who were brought from Africa. But we forget that, throughout the Modern Age, slavery was also in effect as an institution in Europe. But there were slaves in Europe not only during the Ancient and the Middle Ages, but also in the Modern Age. The present study does not address slavery in Russia -where slavery existed even in the 19th century-, because Russia has been and still is a mid-Western, mid-Asian country. Since there were slaves in Europe, it is necessary to examine the slaves' condition in Europe at least during the Modern Age.

Keywords: freedom, slavery, *dominium sui*, human dignity, fair war.

* **Francisco Carpintero Benítez.** Doctor en Derecho. Catedrático de Filosofía del Derecho en el Departamento de Filosofía, Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz. España. Profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (México DF), en donde ha impartido cursos de Historia del pensamiento jurídico en los cursos de postgrado. Es autor de numerosos libros y artículos publicados en revistas alemanas, argentinas, chilenas, españolas, italianas, venezolanas, etc.

Para los juristas que compusieron el *Jus Commune* era evidente que los hombres son iguales ‘por naturaleza’, porque la *Natura* no situó a nadie con un poder sobre otro ser humano. Lo que implicaba que, por derecho natural, todos éramos igualmente libres en esta primera etapa de la historia de la humanidad. Ellos se apoyaban en Digesto 1,1, 5, ‘ley’ que declaraba lo indicado, y que explicaba que, una vez introducidas las propiedades privadas por el derecho de gentes, comenzaron las guerras, pues éstas se hacían por codicia¹. De las guerras surgieron las esclavitudes, ya que era más humano que los prisioneros siguieran vivos, aunque fuera en calidad de esclavos, que no ‘sacrificados a los dioses’. Finalmente, en una tercera etapa de nuestra historia, una vez superada la del derecho de gentes, entró en vigor el derecho ‘civil’, que componía lo que hoy llamamos derecho positivo de cada comunidad política.

Interesa destacar la vinculación del derecho natural con la libertad individual, de modo que ambos términos venían a ser sinónimos: es frecuente leer incluso entre los glosadores del derecho romano (pensemos en Accursio) “*Libertas id est jus naturale*” o “*Jus naturale id est libertas*”. Lo que ha sobrevivido más imperiosamente de las doctrinas del derecho natural es su afirmación de la libertad ‘natural’ de cada ser humano; estas ideas romanas y romanistas crearon el pensamiento dominante en la Modernidad, cuando comenzó la andadura de lo que hoy llamamos Derecho Natural Moderno o Escuela Moderna del Derecho Natural. Esta corriente recogió la herencia de los siglos anteriores (la de los juristas del *Jus Commune* y también la de los filósofos-teólogos nominalistas) y dio origen, con el tiempo, a la afirmación de los derechos individuales de libertad.

Buena parte de la autoría de esta confusión entre el derecho natural y la libertad ‘natural’ la tuvo San Isidoro de Sevilla, un hispano-romano que

¹ . Según Chassana, el autor de un *Catalogus Gloriarum Mundi*, libro de referencia de las personas cultas durante los siglos XVI y XVII, si desaparecieran las propiedades no habría esclavos, ya que “*Dominium ex factu et libidini dominandi*”. Fernando Vázquez de Menchaca cita este pasaje de Chassana para explicar la creación de la institución de la esclavitud. Lo menciona Vázquez en *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri sex*, Johannes Baptista Schönwetter, Francofurti, 1564, cap. 9, nº 5.

publicó en el siglo VI una pequeña enciclopedia, titulada *Etimologías*, y que se difundió de forma extraordinariamente amplia entre los centros del saber -escuelas conventuales y catedralicias- en la época que hoy conocemos como Alta Edad Media. Él presentó al derecho natural como compuesto por dos instituciones esenciales: la “Igual libertad de todos” (*Omnium una libertas*) y la “Común posesión de todas las cosas”: *Communis omnium possessio*. En realidad, usa ambas expresiones con tanta facilidad que lleva a pensar que eran ideas extendidas por las escuelas de derecho del Bajo Imperio.

Hay que suponer que los sacerdotes y los monjes de aquellos momentos predicaban lo que conocían, y por esto también el pueblo sin letras se sabía de memoria la ausencia de vínculos y la inexistencia de propiedades según el *jus naturale*. Así, vemos que, en la Castilla del siglo XV, un fraile sin especiales estudios jurídicos ni teológicos, como era Alonso de Castrillo, escribía con naturalidad que “Por derecho natural todos somos iguales y libres”². Éste fue un pensamiento especialmente encastrado entre los españoles que componían los Reinos de Castilla y Aragón, porque los Reyes de ambos Reinos hubieron de dar libertades muy especiales a los que colonizaban los terrenos que ellos habían conquistado a los moros. Para que una familia quisiera estar expuesta a las *razzias* de los musulmanes, fue preciso que disfrutara de un censo enfiteútico sobre sus terrenos. Como es obvio, en estos Reinos no hubo un feudalismo tan estricto como en Centroeuropa, y Luis de Molina ya explicaba este hecho, e indicaba que, entre nosotros, llamamos un feudo normalmente a la concesión de un molino para moler el grano³. ¿Hecho extraño? No, porque no se podían cobrar los impuestos al recoger la cosecha, pero sí al procesar el trigo; el señor del molino se quedaba con una parte del valor del trigo molido.

El ambiente heredado en torno a este tema

En un primer momento, seguiré la exposición de Fernando Vázquez de Menchaca, que hizo una relación especialmente completa de las distintas esclavitudes. Este autor distingue la esclavitud por derecho divino, por derecho

² . José Justo Megías, *La teoría política entre la Edad Media y la Edad Moderna*. Alonso de Castrillo, Universidad de Cádiz, 1992.

³ . Carpintero, *El derecho natural laico de la Edad Media*, en “Persona y Derecho” VIII (1981) pp. 33-100. En *franciscocarpintero.com*.

natural, por derecho de gentes y por derecho civil. En el capítulo 9 de sus “Controversias ilustres”, indica que la esclavitud por derecho divino es la propia del que está en pecado. Este tipo de servidumbre no nos interesa ahora.

Para no tener necesidad de ir dando explicaciones incidentalmente, a propósito de la libertad natural, de la del derecho de gentes o sobre la obligación natural, parece preferible exponer resumidamente el pensamiento más genérico que domina estas explicaciones de Vázquez.

Él entiende que hubo un primer estado en la historia de la humanidad en el que sólo estaba en vigor el derecho natural, al que llamamos “jus gentium primaevum”, en el que no existía ninguna compulsión de un hombre sobre otro y por tanto no se podía exigir coactivamente el cumplimiento de los contratos, ya que no existían magistrados⁴.

Hubo un segundo tiempo en el que estaba en vigor el derecho de gentes, que introdujo a los gobernantes (*principes*), que hacían cumplir los convenios; y esto era más equitativo (*aequius*) que el estado de cosas anterior, pues es manifiesto que no puede haber comercio donde no se guarda la fe en los contratos⁵.

Pero por la jactancia, o por bromas, o por hablar vano, se dicen muchas palabras que luego no se cumplen. Por esto, tal como enseña la *lex non solum, D. de act. et obligat.*, comenzó a existir un tercer tiempo que atemperó aquel rigor antiguo y siguió una vía media, unas veces obligando a la palabra dada, y otras veces, no. El derecho civil hizo que produjeran efecto solamente aquellas convenciones que son más frecuentes y más importantes para la vida política y social, tal como son las compras y las ventas, los arrendamientos, los mandatos y depósitos, etc., como en general todas aquellas que se enumeran en la *lex juris gentium, D. de pactis*. El derecho civil produjo otros efectos, de modo que incluso las convenciones generales, fueran legítimas (a las que llamamos contratos nominados), o fueran otras, a unas les dio acción y a otras les quitó efectos, como sucede con las de los menores de edad, con los pródigos después de la declaración de prodigalidad, como explica *per totum D. ad Vellejan. per totum titulum*. De este modo, como a veces es equitativo cumplir la palabra dada y en otras ocasiones no lo es, el derecho civil se apartó del

⁴. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 3.

⁵. *Ibidem*.

derecho natural, que excluía toda coerción, y se apartó igualmente del derecho de gentes, que obligaba siempre a su cumplimiento.

Hemos seguido un itinerario que va desde la igual libertad de todos en el *status naturae*, es decir, en el que sólo estaba en vigor el Derecho natural, hasta la aniquilación de tal estado primitivo por el Derecho de gentes para acabar, finalmente, en la sociedad propiamente ‘civil’. Como todos los hombres eran libres en el estado natural, la razón ordena que entendamos que aquella libertad sólo pudo acabar mediante la libertad de los hombres, es decir, mediante un pacto o contrato en el que las personas buscaban mejores condiciones de vida.

De lo expuesto se sigue nuestra conclusión principal, a saber, que el hombre no puede ser siervo por disposición legal, porque los derechos y las leyes fueron creados para utilidad de los hombres, y la esclavitud queda comparada a la muerte ... *quia homo natura liber creatus est, lex libertas, D, de statu hominum, et per totum titulum Inst. de jure personarum*⁶. En tal caso, ¿por qué Dios ha hecho que la distinción de las propiedades sea necesaria para la vida humana? Según Socino, Juan de San Geminiano y Andrés de Exea, Dios nos ha dado esta razón de acuerdo con su poder ordinario (*etiam de potestate ordinaria*), pues Él puede cambiar los ánimos de los mortales, ya que la Fe de la Iglesia mantiene que Dios es omnipotente y esta omnipotencia la podemos referir a su poder ordinario⁷. Así sienta plaza de nominalista, atribuyendo al poder de Dios lo que difícilmente encuentra acomodo en la razón humana. Aunque él, tan reflexivo siempre con los desarrollos lógicos que obtiene desde su axioma máximo (“Los hombres, que eran libres en el estado de naturaleza, sólo han podido crear cualquier poder para su beneficio”), necesita referirse poco a la voluntad de Dios. Él no habla de la ley del Amor, como Scoto, o de la *Prima justitia Dei*, como los nominales del siglo XV que se insertaron vagamente en las filas nominalistas⁸. Sólo alude a hombres libres

⁶. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 1.

⁷. “Attamen S. Thomas, secunda secundae, quaest. 66, art. 2, ponit tres rationes quare distinctio dominiorum fuerit necessaria ad humanam vitam”. No está de acuerdo con Santo Tomás por lo ya indicado: Dios, a través de su poder ordinario, puede hacer cambiar nuestra razón. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 6.

⁸. De forma más contextualizada, Carpintero, *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*, UNAM, México, 2013. En franciscocarpintero.com.

de desean hacer realidad en la sociedad sus derechos naturales, sus *jura naturalia*. La terminología de *jura naturalia* le venía dada en Instituta 1,2,11.

Desde este planteamiento no se puede admitir la opinión de Aristóteles que entiende que algunos hombres son tan ‘débiles’ (*hebetiores*) que su destino es servir a los más fuertes. Mantienen esta opinión aristotélica Domingo de Soto, Alfonso Guerrero y Jerónimo Cagnolo. (No parece que quiera hacer una relación exhaustiva de los autores que siguen la tesis de Aristóteles: simplemente, menciona a tres de los que él cita más frecuentemente). En tal caso, como los más débiles reciben un beneficio, quedan como deudores de la otra parte; pero ser deudor o tener esta obligación es una realidad impropia que constriñe mínimamente al que es forzado, porque este tipo de servidumbre no puede imponerse, ya que no es propiamente una obligación. Sí es cierto que son útiles para algunas personas que son especialmente débiles, como sucede con los menores, los locos, los pródigos o los que tienen la mente captada por otros⁹.

Parecería que, así como es lícito cazar a los animales, está permitido hacer la guerra y atrapar a los más débiles, que parece que han nacido para obedecer, tal como mantiene Aristóteles en el Libro I de la Política, cap. 3. Así lo entiende el ‘doctísimo Soto’. Pero hemos sido creados iguales por Dios, y ¿qué mente más aguda es la que se atreve a corregir a Dios? Porque parece que estas personas son más dignas de conmiseración que no de ira, más necesitadas de consejo y de ayuda que no de ser perseguidas¹⁰. Alejandro Magno, aconsejado por Aristóteles, llevó la guerra hasta regiones remotas para buscar la utilidad de sus nativos y llevarlos a una vida mejor. “¡Humana y piadosa caridad que viola los derechos que el parentesco natural ha creado entre todos los hombres y que, al filo de la espada, con todo género de muertes, tormentos e incendios, destruyendo sus ciudades, esquilmando sus campos, violando sus vírgenes, matando a los ancianos y a los niños, como queriendo extirpar a este género de hombres, no duda en llamar beneficio a quienes sufren esto!”¹¹.

Por otra parte, está la esclavitud que fue introducida por el derecho de gentes, que es contraria al derecho natural, según el cual todos somos libres. Los ejércitos vencedores solían matar (*trucidare!*) a los vencidos, y de esto

⁹ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 3.

¹⁰ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap.10, nº 4.

¹¹ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nº 9.

no obtenían ningún beneficio económico, por lo que fue más conveniente vender a los prisioneros. El ‘doctísimo Soto’ (normalmente llama de este modo a Domingo de Soto: ¿ironía?¹²) dice que esto ha sido una creación utilísima que creó el derecho de gentes. Pues una vez que quedó sentado que aquello que pisaran tus pies es tuyo, será tuyo. Y así fueron creadas las guerras, *non dispositive*, como han entendido algunos, sino *causative et occasionaliter*¹³, porque el derecho de gentes no ordenó las guerras (*non statuit bella*), sino que desde la división de los dominios surgieron las guerras, como declara Porcio en el parágrafo *jus autem civile, col 2, Inst. de jure naturae et gent.*, de modo que si se suprimieran el *Meum* y el *Tuum* (él escribe estas palabras con mayúsculas), los hombres llevarían una vida tranquila.

Ésta es la esclavitud no sólo más frecuente (*frequentior*), sino que es frecuentísima (*frequentissima*) y existe por todo el Orbe. Está fundamentada en varias disposiciones romanas, y la mayor parte de los nuestros (Vázquez cita a Fortún García, Pablo de Castro, Jason del Mayno, Domingo de Soto, Andrés de Exea y Alfonso Guerrero¹⁴, entienden que tal esclavitud sólo puede surgir desde una guerra justa¹⁵. Pero esta justicia es una condición que es sospechosa, peligrosa y perniciosa, porque en ninguna parte se observa esta exigencia. Tanto da que la guerra sea justa o no y, hablando de acuerdo con nuestro derecho, *hanc differentiam minime inducentes*. Si los cautivos han de ser matados, ¿qué importa que la guerra sea justa o injusta? Y la servidumbre será igual de cruel con independencia del carácter de la guerra¹⁶. En la guerra

¹² . En distintas ocasiones procede contra la opinión de Soto y añade que Soto no habría mantenido esto “Si se hubiera contenido dentro de los límites de su profesión teológica”. Normalmente sólo se conoce sobre este tema la sentencia de Alberico Gentili, cuando escribía “Silete, theologoci, in munere alieno”. Pero Gentili escribió esto bastante años después que Vázquez, y su obra no es más conocida que la del vallisoletano. Es extraño que incluso los investigadores españoles hagan uso de la frase de Gentili omitiendo las fuentes propias.

¹³ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 5.

¹⁴ . A veces son extrañas las citas de Vázquez. De Fortún García sólo conocemos su *Tractatus Regiminis Mundi*, insertado, junto con otros, en el volumen I del *Tractatus Universi Juris*. Pablo de Castro, Jason del Mayno y Domingo de Soto fueron suficientemente conocidos por cualquier jurista de esta época. Pero Exea (¿o Ejea?) y Guerrero son autores poco conocidos pero por los que él tiene aprecio especial.

¹⁵ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 14.

¹⁶ . *Ibidem*.

no hay prisioneros justos e injustos. Si, por ejemplo, hoy estalla una guerra entre el Rey de España y de Francia por el Ducado de Milán o por el Reino de Nápoles -explica Fernando Vázquez-, los soldados no deben plantearse si luchan justa o injustamente, sino que han de seguir las órdenes de sus Reyes¹⁷.

Vázquez se sitúa ante un dilema. Pero él quiere resolverlo explicando que el que va a la guerra puede perder su alma, su cuerpo, sus caballos, su armas y sus restantes propiedades, por la *fortuna incertitudine*, y que estas pérdidas sólo se le pueden imputar a su voluntad, como indican diversas normativas romanas y explican también Bartolo, Bartolomé Socino y Jason del Mayno, de modo que en esta mutua militancia las adquisiciones y las pérdidas proceden desde el consenso expreso o tácito de los que actúan, y quedan conformadas por el derecho natural; porque nada hay tan natural como que las cosas se transmitan de uno a otro por la propia voluntad¹⁸. Añade, en los números 18 y 19 de este capítulo, explicaciones quizá demasiado largas que tienen poco interés para el lector de hoy. Finalmente, en el número 21 del lugar mencionado, indica que el siervo, con independencia de la guerra en que haya sido esclavizado, puede huir lícitamente, sin que cometa ningún tipo de pecado. Parecería que no podemos perder lo que es nuestro sin el propio consentimiento; pero esto sólo sucede con las propiedades irrevocables, y no cabe duda de que el prisionero hecho en alguna guerra, por justa que sea, es objeto de una propiedad revocable¹⁹.

En cambio, no puede huir, bajo pena de pecado mortal, el hijo de la esclava²⁰, pero el apresado porque llevaba armas al enemigo, sí puede escapar lícitamente; hay juristas, como Juan de Andrés, El Panormitano o Ludovico Romano, que han mantenido que no, «Pero nadie me podrá convencer de esta negativa porque las cosas odiosas han de ser restringidas»²¹.

Se plantea cómo han de ser juzgadas las guerras que el Serenísimo Rey de Portugal mantiene contra los indios, unas guerras que Domingo de Soto aprueba porque sirven para anunciar el Evangelio. Concluye que lo que se ha

¹⁷ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 16.

¹⁸ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 18.

¹⁹ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 22.

²⁰ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nº 1.

²¹ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nº 3.

de decir se deduce obviamente desde lo que ha expuesto²². Alfonso Guerrero expone su opinión sobre las guerras que el potentísimo Rey de las Españas mantiene contra esto pueblos infieles, y Vázquez escribe que «No apruebo ni condeno su parecer, que no me queda tiempo para estudiar e investigar este asunto»²³. Un bonito modo de no querer entrar en el tema.

Existe un tipo de esclavitud que se origina desde el derecho civil es la del hombre libre que se vende él a sí mismo. Al tratar este tema se muestran las discordias de los hombres prudentes que han compuesto el derecho de Roma; porque estos jurisconsultos establecieron que un hombre menor de 25 años no puede alienar un terreno, incluso con el permiso de su *curator*, si no interviene el decreto de un juez²⁴. Pero ese menor de 25 años sí puede venderse a sí mismo, incluso contra el parecer de su *curator*²⁵, y esta discordancia no le parece admisible. Ésta fue la forma de la esclavitud que perduró por más tiempo, como veremos conforme avance la exposición en las doctrinas de la Edad Moderna.

Todos mantenían, desde Accursio hasta el siglo XVI, que el esclavo está aniquilado (*annihilatus*) por el derecho de gentes y por el derecho civil, pero lo cierto es que todo el que presta su palabra, sea libre, liberto o esclavo, queda obligado ‘naturalmente’. Entramos en el tema, bastante complejo por contradictorio, de la ‘obligación natural’ o *naturalis obligatio*²⁶. El derecho de Roma, en la *lex in personam, D, de reg. juris*, establece que ninguna persona servil puede contraer una obligación. Pero emergen las contradicciones porque la Instituta, en el párrafo 1, *de fide just*, y el Digesto en la *lex quod attinet, de reg. juris*, establecen que, en lo que hace al derecho natural, todos

²² . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 10.

²³ . “Novi autem orbis infideles, ac incolae, an si potentissimo domino nostro Hispaniarum Rege servire parati non sint, possint juste debellari, tradit Alfonsus Guerrer. in *Speculum principum*, c. 31, n.5, *cujus sententiam nec probo, nec improbo, quia non vacat investigare aut scribere*”. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nº 11.

²⁴ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 9, nn. 10 y 11.

²⁵ . *Controversiarum illustrium...*, cit., nº 12.

²⁶ . Sobre este tema sigue siendo fundamental el estudio de E. Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, CEDAM, Padova, 1937.

somos igualmente libres, y así lo entienden Bartolo, Jason, Felipe Decio o Jerónimo Cagnolus²⁷. ¿Qué se puede decir ante estas contradicciones?

Los autores mencionados —escribe Vázquez— entienden que el siervo no se puede obligar naturalmente en lo que hace al derecho de gentes secundario (*jus gentium secundarium*), por el que, por la mano de la autoridad, las convenciones entre los hombres comenzaron a tener efecto. En cambio, sí se obligan *naturaliter quoad jus gentium primaevum, quod jus recte appellatur naturale, quia simul cum ipso genere humano proditum fuit*²⁸. Es extraño que recurra ahora a la distinción entre Derecho natural o Derecho de gentes primario, y un Derecho de gentes secundario, que apenas aparece en el conjunto de su obra, y que era desconocida, por lo general, por los juristas romanistas. Él explica, como para justificar esta escisión del derecho de gentes, que *Natura dux optima*, de modo que si seguimos a la naturaleza nunca nos equivocaremos, porque, como dice Cicerón en el cap. 3 de sus Tusculanas, en nuestra mente están innatas las semillas de las virtudes. Tenemos, por tanto, un derecho de gentes primario (*jus gentium primaevum*), que fue creado junto con el género humano, y un derecho de gentes secundario, que comenzó a existir después; el derecho de gentes primario es la misma naturaleza del hombre, o un instinto nativo (*instinctus quaedam nativus*), por el que la razón natural nos lleva hacia las cosas honestas y nos disuade de las contrarias. El derecho de gentes primario nos inducía a cumplir lo acordado, por voluntad espontánea, sin que haya compulsión; pero el derecho de gentes secundario introdujo la coacción por la mano de la autoridad (*per manum regia*), como se dice en el Digesto, *cap. 2, de origine juris*, que expone una gran verdad. Por tanto, vemos que fue el derecho de gentes secundario el que destruyó el estado del siervo²⁹, aunque nos resulta más adaptado y cómodo decir que la obligación natural que se origina por el consenso, es única³⁰. Quiere decir, según se desprende del contexto, que la palabra dada genera una sola y misma obligación, sea por ella misma, sea siguiendo las formalidades del derecho civil.

²⁷ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nn. 16 y 17.

²⁸ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nº 17.

²⁹ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nº 18.

³⁰ . *Controversiarum illustrium...*, cit., nº 19.

¿Por qué motivo la ‘razón del derecho civil’ (*ratio lex civilis*) no quiso dar fuerza a la obligación natural que resulta *ex pacto nudo*? Conrado de Summenhart –el tratadista de contratos más conocido en los siglos VX y XVI– nos explica que los hombres, normalmente, son muy pródigos prometiendo, incluso, frecuentemente, yendo más allá de sus fuerzas. Y Ricardo de Mediavilla se pregunta por qué, desde alguna ‘breve’ deliberación prometen que harán algo, de modo que esto no lo dirían si creyeran que quedan obligados realmente a hacer eso, y por esto dicen ‘los que escriben’ que si yo digo «te prometo darte tal cosa, y tú me respondes, no sólo esta cosa, sino cualquier otra cosa que yo tenga, desde estas palabras tan generales no nace ninguna obligación»³¹.

Realmente, ¿el nudo pacto no genera absolutamente algún deber? Es humanamente difícil mantener esto, y él añade que Andrés de Exea dijo en voz baja (*musitó*) que la ley civil, en este tema, no dispuso dar o no dar acción, sino que omite darla³². Vázquez no pierde la ocasión de dar su propia opinión y escribe que la ley civil haría cumplir de buen grado toda obligación natural que surgiera desde cualquier contrato, nominado o innominado, si supiera con certeza que esos contratos serían cumplidos; pero como este cumplimiento es incierto, normalmente (*regulariter*) no concede acción en estos casos dudosos; luego no es cómodo mantener que la ley civil no apoya estos contratos; más bien es mejor mantener que el derecho civil no ‘presume’ que, por su intervención, se cree una acción, pero sí presume que crea una excepción en cuanto a algunos efectos que son de poca importancia; y opinar de este modo me parece que es la forma más elegante y más clara de resolver este tema³³.

Era una actitud parecida a la que tomó la Iglesia ante la prostitución, una institución a la que ni condenó ni tampoco reconoció, sino que se limitó a no condenar; hay un libro de mi autoría sobre este tema, ahora en imprenta, y a él me remito. Otro autor que se puede tomar como un referente valioso es Luis de Molina, S.J., que tiene la ventaja de haber sido teólogo y jurista simultáneamente –estudió derecho en Salamanca– y que, sin duda alguna, fue uno de los personajes más influyentes de la Modernidad: Pascal, en sus “Cartas provinciales” ataca a los jesuitas, a los que llama *molinistas*. Le dañó no

³¹ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nº 20.

³² . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nº 21.

³³ . *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, nº 24.

haber publicado su obra jurídica de una vez: hoy diríamos que las publicó ‘por entregas’ y, ya tarde, se publicaron juntas bajo el título, normalmente, de “De justitia et jure opera omnia”.

Como era lo normal en su época –finales del siglo XV– él sigue la bipartición aristotélica que consiste en dividir a las esclavitudes en naturales y legales. La servidumbre natural es la que realizan los *hebetiores* sometándose a los más poderosos. Molina, que fue defensor a ultranza de la libertad personal –Dufour lo llama “el apologeta de la libertad individual”³⁴– no queda convencido por la explicación de Aristóteles. Él entiende que esta ‘aptitud’ de los más débiles es llamada impropriamente *servitus*, y desde ella no nace ningún derecho para nadie, sino que solamente surge desde ‘cierta equidad’ y no desde la justicia³⁵. Es cierto que, por la ‘naturaleza de las cosas’, ellos mismos, voluntariamente, se someten a los más sabios y *elegantiores* (¿los de más noble cuna?), y no por otro motivo que para perseguir su propio bien al ser regidos y gobernados por aquellos³⁶.

Otra es la esclavitud que Aristóteles llama civil y legal. Tal como indica la Instituta en *de jure personarum, parágrafo servi*, se llaman siervos porque sirven, *servi dicti sunt a servando*, ya que los Emperadores, a los que atrapaban en las guerras, a los que les era lícito matar, le conmutaban la vida por la *perpetua servitus*³⁷. Entre estas dos servidumbres hay un género intermedio, que consiste en alquilar los servicios de algunos criados para ciertas obras, a cambio de una merced, y esta situación no se puede comparar al ‘dominio de propiedad’ (*dominium proprietatis*) sino que únicamente otorga un derecho para realizar unas obras. Nosotros –escribe Molina– sólo nos referiremos al segundo tipo de esclavitud.

³⁴ . *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel au XVII siècle*, LGDJ, Paris, 1981, p. 28

³⁵ . “Quaedam est quam vocat, naturalem, quae scilicet hebetiores et rudiores, corporeque robustiores suapte natura aptiores sunt ad parendum, et ut ab aliis in ipsorum bonum gubernentur. Haec autem aptitudo improprie appellatur servitus, neque cuiquam alteri tribuit jus in hujusmodi homines, sed solum ex quadam aequitate », *De justitia et jure opus absolutissimum*, Johannes Gottfredus Schönwetter, Vidua et Haeredum, Maguntiae, 1659, Tractatus II, Disputatio 32, n° 1.

³⁶ . *Ibidem*.

³⁷ . *Loc. cit.*, parágrafo 2.

Esta segunda esclavitud no sólo está justificada por la ‘común opinión’ de los Doctores del derecho civil y canónico, sino también por las Sagradas Escrituras. (Se remite a textos del Levítico, de San Pablo y del Concilio Gangrese). Pero la ley *libertas, D, de statu hominum*, y el parágrafo *servitus, Instituta, de jure personarum*, nos indican que la esclavitud es una institución del derecho de gentes por la que alguien es sometido, *contra naturam*, al servicio ajeno. De lo que se puede deducir que, al ir contra el derecho natural, las esclavitudes no son lícitas. Pero estas declaraciones sólo se pueden entender si viviéramos en la primera constitución de las cosas —en la *prima rerum constitutio*— en la que todos somos igualmente libres. Pero, al cambiar las circunstancias, hay que decir, que fueron justa y lícitamente introducidas por el derecho de gentes³⁸.

Puede haber tres casos en los que es procedente esclavizar a alguien. Ya conocemos el primero: por el derecho de guerra³⁹. Pero este título no es procedente si se trata de guerras entre cristianos, ya que esta costumbre ha prescrito. Cuestión distinta es que se trate de una guerra justa entre cristianos e infieles. Sucede entonces que, como el derecho de gentes es común a todo el Orbe, a los prisioneros se les puede conmutar la pena de muerte por la conservación de la vida bajo la condición de esclavos⁴⁰. ¿Qué sucede con las personas inocentes, como son los niños? Quedan también bajo el dominio de los vencedores, y la razón de esto es que, en ellos, como miembros que son de la república, ésta queda castigada en ellos, ya que la libertad es un bien más de la fortuna. Y esto está recibido por el uso común, siempre bajo las reglas del derecho de la guerra⁴¹.

Admite un segundo título, que es el del delincuente que, bajo el consejo de hombres prudentes, es condenado a la servidumbre. En este caso, Molina

³⁸ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Disp. 32, nº 7.

³⁹ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Disp. 33, nº 1.

⁴⁰ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, nº 2.

⁴¹ . “Huic titulo annectere possumus, quando innocentes, qui partes sunt Reipublicae, adversus quam justum bellum geritur, quales sunt infanti, et alii, capiuntur, licet enim licite interfici non possunt, jure tamen belli ac gentium, fiunt mancipia capientium. Ratio est, quoniam illis, tanquam in propriis membris punitur juste Respublica, quoad omnia bona fortunae quorum numero est libertas: estque hoc communi usu receptum. Verum de his omnibus sermo erit in materia de bello”. *De justitia...*, cit., Tract. II, Disp. 33, nº 3.

se refiere ante todo a disposiciones del Derecho Canónico antiguas (el Papa Urbano II, o al *Concilio Toletano*, sin especificar más) que ordenan el status civil que han de tener los hijos nacidos de relaciones con hombres que han recibido las sagradas órdenes, y las mujeres que han mantenido estas relaciones con estos hombres. Más tarde se refiere a las disposiciones del Papa Alejandro III, en el Concilio Lateranense, que ordenó que los cristianos que abandonaran las armas fueran condenados a galeras, y que los piratas sarracenos pudieran también ser esclavizados. Lo mismo cabe decir del liberto que se muestra ingrato después de su liberación⁴².

El caso de España era algo especial, porque quedaban ‘moros’ viviendo en el Reino de Granada que apostataban de su Fe cristiana –o que nunca la habían tenido internamente– y que se rebelaban contra la autoridad. En tales casos no hay que tener en cuenta al bautismo que recibieron en su día, y deben ser castigados. Philippus Secundus Hispaniarum Catholicus Rex, promulgó una ley ‘timorata’ que estatúa que los hijos de los que se habían rebelado no llegaran siendo esclavos a la pubertad, sino que fueran liberados antes⁴³. Molina entiende que es dudoso que esta ley se pueda observar en conciencia. La razón de las dudas reside en que Granada no era una república distinta de la misma España, por lo que no se puede aplicar en este caso el derecho de la guerra establecido por el *jus gentium*, que sólo contempla guerras entre repúblicas distintas⁴⁴. Pero hay quienes entienden que es lícito dañar a esos niños, de modo que queden en esclavitud de por vida. La primera razón para mantener esta postura, es que sus padres, al rebelarse, formaron una república distinta y quedaron en una situación igual que la de otras repúblicas sarracenas; y si esas repúblicas de los moros de Granada hubieran prosperado, no cabe duda de que hubieran invadido las restantes tierras españolas y hubieran hechos siervos a los españoles, tanto adultos como niños⁴⁵. El segundo motivo es que, aunque es inmoral castigar a los inocentes por los delitos de otros, es conveniente dañar el honor y la fama de estos hombres, privándolos de su libertad, y ya sabemos que una comunidad puede ser castigada en sus miembros concretos. Y el tercer argumento consiste en que, así como el hijo de la

⁴² . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, nn. 4 y 5.

⁴³ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, n° 6.

⁴⁴ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, nn. 6 y 7.

⁴⁵ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, n° 9.

esclava sigue la condición de la madre *-partus sequitur ventrem-* el hijo del rebelde debe seguir la condición de sus mayores; y aunque esta razón no es suficiente por sí sola, lo cierto es que coadyuva a las otras⁴⁶.

Queda un caso interesante, que es el de la “*Emptio y venditio*”. Ante todo, hay que considerar que el hombre no sólo es dueño de sus bienes externos, sino también del propio honor y fama, y por ello es también dueño de su libertad, de forma que si sólo estuviera vigente el derecho natural, podría alienarla y entrar bajo servidumbre⁴⁷. Pero hay que observar que, si alguien es pródigo con su libertad y se sometiera sin causa razonable a esclavitud, no pecaría menos que si desperdiciara no sólo su dinero, sino también su honor y fama, aunque ello fuera sin escándalo de otros⁴⁸. Sólo puede venderse una persona libre desde todos los puntos de vista (*ratam et firman*) si se dan las siguientes condiciones. Una, que sea mayor de veinte años; segunda, que cuando se venda sepa ella que es libre; la tercera, que permita ser vendida por otro que participe del precio; cuarta, cuando ella misma también retenga parte del precio; quinta, que quien la venda sepa que ella es libre⁴⁹. Quien la compre por un precio justo, no está obligado a manumitirla; y si su dueño la manumite, no vuelve a ser un *ingenuus* como ya era antes, sino un liberto o *libertinus*⁵⁰.

Todo esto es necesario en los territorios en los que está vigente el *Jus Caesareum*. Si el que se vende lo hace en los lugares en los que están vigentes otros derechos, tales ventas serán lícitas al margen de lo indicado, porque el derecho natural permite disponer de la propia libertad: *consentienti non fiat injuria*⁵¹. Porque, tal como sucede con los etíopes, tales ventas surten su efecto y queda válidamente constituida la esclavitud. (Para los autores españoles del siglo XVI, Etiopía era el país más remoto, y el más apartado de las costumbres y derechos occidentales. De ahí la remisión de Molina a esta parte del mundo).

⁴⁶ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, nn. 10 y 11.

⁴⁷ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, n° 14.

⁴⁸ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, n° 15.

⁴⁹ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, nn. 16 y 17.

⁵⁰ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, n° 19.

⁵¹ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, n° 20.

Por derecho natural los padres pueden vender a sus hijos en caso de extrema necesidad, y si no es por este motivo, la venta es nula. Y los hijos así vendidos, si son manumitidos, vuelven a su condición de ‘ingenuos’, y no de simples libertos, como si nunca hubieran sido siervos. Y lo mismo hay que decir de la permuta de los hijos por alguna cosa, si es que los padres sufren una necesidad realmente grave. Destaca Molina que ha sido mérito de Diego de Covarrubias (el civilista español más conocido del siglo XVI) dejar sentado que, si los padres vuelven a tener fortuna, han de rescatar a sus hijos así alienados. Todo esto se ha de entender de los hijos que están bajo la patria potestad, porque si los hijos son *sui juris*, nada de esto es lícito⁵². Si el hijo está casado, tampoco puede ser vendido, porque esto iría contra el derecho de la esposa, y así lo disponen las leyes de Castilla⁵³. Todo esto –recuerda Molina– puede ser exigido en los territorios en los que está vigente el *Jus Caesareum*⁵⁴.

Los españoles habían descubierto recientemente el canibalismo en América. Si los etíopes o los brasileños matan a los suyos para comérselos, es lícito ofrecer un precio a estas personas para librarlos de la muerte. Una vez comprados, ¿es lícito mantenerlos en servidumbre? Cuestión difícil. Porque si los que van a ser sacrificados han sido aprisionados en una guerra justa, o como culpa por un delito suficiente para ellos, es inicuo comérselos, pero pueden ser comprados y permanecer como siervos. Ni la justicia ni la caridad nos obliga a evitarles una muerte justa, pero no sólo es más equitativo, sino también más piadoso u humano, tener misericordia del condenado y cambiar su muerte por el precio de la servidumbre. Pero si la muerte es injusta, las dificultades se amontonan. Los ‘cristianos’ están obligados bajo pena de pecado mortal a comprarlos y devolverles su libertad, y si el condenado tiene dinero, debe devolver el precio que han pagado por él. Y si carece de fortuna, debe prestar servicios al que lo ha comprado, hasta que pague su deuda, y entonces quedará libre⁵⁵.

Todo esto, sabiendo que no se compra toda su vida, de forma que quede en la esclavitud de forma permanente, porque con el dinero no se compra toda

⁵² . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, nn, 21, 22, 23 y 24.

⁵³ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, n° 25.

⁵⁴ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, nn. 27, 28 y 29.

⁵⁵ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, n° 31.

una vida; aunque si el precio equivale a una servidumbre perpetua (*si pretium perpetuae servituti sit aequale*), entonces sí puede permanecer ‘perpetuamente’ bajo el poder del que lo ha comprado. Esta exigencia no es extraña, porque, por el solo derecho natural, los padres pueden vender a sus hijos, y esto nos hace pensar lo que hay que decir en estos casos⁵⁶. Aunque quien actúa así, aprovechando la extrema necesidad del otro, *peccat lethaliter* contra la caridad, pero no contra la justicia; y si el dueño después lo manumite, ya no está obligado a darle más limosna⁵⁷. Prosigue sus argumentaciones largamente, comentando una cita del Doctor Navarro, Martín de Azpilcueta.

Hay otro título, que se expresaba bajo la regla omnipresente, en este tema, de *partus sequitur ventrem*. Porque el que nace de madre esclava, aunque su padre sea un hombre libre, ya sea por cópula fornicaria, ya por legítimo matrimonio, es un esclavo. Así consta en la *lex parvum, Codex, de reivindicacione*, y en el párrafo penúltimo de la Instituta, *de jure personarum*, y esto es uso común en España. Molina matiza opiniones en contra: si la madre, cuando lo concibió, o durante el tiempo intermedio de gestación, era libre, su prole nace también libre; y de este modo es como los doctores entienden comúnmente el párrafo *sed et siquis, Instit. e ingenuis*. Pero la ‘natura rei potius postulat’ que el hijo siga la condición de la madre en el momento del parto, y así es como lo entiende nuestro Derecho Cesáreo, y a favor de esta tesis hay tres argumentos. Uno, que la madre es cierta, pero no podemos saber quién es el padre; el segundo, que la madre puede perecer en el parto, cosa que no le sucede al padre; y, en tercer lugar, que el parto es mucho más fruto de la madre que no del padre⁵⁸.

Acabe aquí esta especie de introito o *praeludio* al problema de la esclavitud. Sí hay que decir que la esclavitud, tal como nosotros la hemos conocido por las referencias históricas más comunes, es decir, como cazar seres humanos en África para venderlos fundamentalmente en América, no la aborda ningún autor a lo largo del momento que estudiamos, salvo la fugaz alusión de Fernando Vázquez de Menchaca.

⁵⁶ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Dispt. 33, nº 31.

⁵⁷ . *Ibidem*.

⁵⁸ . *De justitia...*, cit., Tract. II, Disp. 33, nº 32

La plenitud de la Edad Moderna

Hablaba de *Praeludio*, es decir, de preparación para el combate, porque hemos de asistir a una lucha de ideas y tesis jurídicas –y a veces morales– que ya estaban fuera de lugar ante el avance del sentimiento de la libertad individual: obviamente, el tratamiento de este tema no podía ser doctrinalmente pacífico.

Algunos, como Fernando Castropalo, S. J., conocido también como Castro Palo y Castro Palao, moralista especialmente conocido en el siglo XVII, explicaba sucintamente las cuatro fuentes de la esclavitud: por derecho natural, por derecho de gentes, por delito o por parto⁵⁹. Pero si el derecho natural nos ha hecho a todos igualmente libres, ¿cómo mantener estas desigualdades profundas entre los hombres? Pues después de la extensión de las doctrinas de los nominalistas de la Baja Edad Media había quedado claro que todo hombre es una persona, es decir, un ser comunicable y que por esta nota suya había de ser libre, lo que destaca de algún modo Vinnius cuando escribe que “Por lo que entendemos que persona, aquí, no designa la cualidad de ciudadano, sino que se refiere al hombre o, mejor, al *hominem simpliciter*, por lo que este apelativo comprende tanto al siervo como al hombre libre”⁶⁰.

La noción de persona, tal como llegó al siglo XVII, era el quicio de la nueva visión, típicamente moderna, del derecho natural y, de acuerdo con la tradición mayoritaria medieval, designaba a todos los hombres, que pueden actuar *legítimamente* porque, antes de toda ley, natural o humana, disponen de dominios sobre sí mismos que provienen desde la “Primera justicia de Dios”, *ex prima justitia Dei*⁶¹. Una noción del ser humano que, sin usar expresamente estos términos, fue la seguida por Luis de Molina y Francisco Suárez. Pero viene bien sacar estas citas a colación, porque en ellas comprobamos de forma especialmente clara que los *moderni* tuvieron ante su vista ante todo una libertad exclusivamente individual, de forma que incluso las

⁵⁹ . “Quadruplici tituli haec servitus introduci potest. Primo, bello, Secundo crimine, Tertio venditione, Quarto a nativitate”. *Opera moralis Pars Septima, De justitia et jure*, Venetiis, 3ª ed., 1721, Tract. XXXI, Disp. Unica, Punct. 8.

⁶⁰ . Vinnius, *In quattuor libros Institutionum imperialium Commentariis Academicis et Forensis*, P. et I. Blaev, Amstelodami, 1692, L. I, Tit. 3, De jure per., p. 26.

⁶¹ . Vid. Carpintero, *Legitimus*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto” I (Serie V) 1-20. En *franciscocarpintero.com*.

instituciones más básicas de las personas, como son la familia y el matrimonio, comportan una disminución de la libertad que la naturaleza nos ha regalado.

Si buscamos sólo un boceto de estas relaciones entre la libertad y del derecho natural, vemos que Bartolo de Sassoferrato, en el siglo XIV, había mantenido que la libertad propia del derecho natural se pierde en la sociedad, porque la simple existencia de jueces se opone a aquella libertad originaria⁶², y aún Johan Adam Osiander, en el siglo XVII, siempre tan dependiente de los juristas españoles, hubo de plantearse y contestar a esta cuestión⁶³. Los juristas de la época que estudiamos ahora mantienen casi unánimemente que la libertad de los individuos es doble, una que les compete por derecho natural, y otra que les llega desde el derecho civil⁶⁴.

Ciertamente, Aristóteles mantuvo una noción de libertad que es opuesta a la de los juristas romanos, y un autor poco conocido pero que trata extensamente estos problemas, M. Jacob Thomasi, explicó que el griego discrepa de los romanos, como ha enseñado especialmente Bodino, más movido por su odio a Aristóteles que no por simpatía hacia los juristas romanos⁶⁵.

Sin embargo, esta libertad se pierde en la sociedad civil, porque el paterfamilias tiene un poder especial sobre sus hijos⁶⁶, y porque el marido —escribía

⁶² . Vid. Carpintero, *El derecho natural laico de la Edad Media*, ya citado.

⁶³ . “Iudicium constitutio non extinxit naturalem libertatem, sed reliquit illa, saltem honestatem circumscripae ». *Observationes maximam partem Theologicae, in libris tres De jure Belli ac Pacis Hugonis Grotii*, Johannes Georgius Cotta, Tubingae, 1671, p. 1130.

⁶⁴ . Así, entre otros, Hermann Vulteius, *Institutiones Juris Civilis a Justiniano composita Commentarius*, Paulus Egenolph, Marpurgi Cattarum, 1630, Disceptatio, p. 138-Dorso.

⁶⁵ . “Atque hae observatione locum non hic tantum, sed alibi quoque passim, ubi Aristoteles doctrina a Legibus Romanorum discrepare videtur: quod hic semel monuisse sufficiat: monuisse tamen opus fuit praecipue propter Bodinum, qui hic est lapsus, magis Aristotelis odio, quam favore Jctos”. *Philosophia practica, continens tabella comprehensa cum Annotationibus eiusdem*, Editio novissima, Ludovicus G. Weidmann et Haeres M. G. Weidmann, 1697, Annot. 167, § 6.

⁶⁶ . Van der Muelen, *De jure belli ac pacis libri tres, in quibus Jus Naturae et Gentium item Juris Publici praecipue explicantur. Cum Commentarius Guglielmi van der Muelen*, Ultrajecti, Guglielmus van der Water, 1700, L. I, cap. 5, § 5. Cristóbal Haunold escribía que “Nam filiusfamilias sunt personae liberae, sed non sui juris ...

groseramente Guillermo Van der Muelen– tiene facultad para usar el cuerpo de su mujer⁶⁷.

a. *Por derecho natural*

Aristóteles había dejado escrito en el capítulo tercero de su libro sobre la política, que existen personas tan débiles, que parecen que están naturalmente están destinadas a servir a las más fuertes. ¿Esta declaración sostenía que era lícito, por derecho natural, que los más fuertes sometieran a su servicio, a la fuerza, a los más débiles?

No era entendida de este modo en el siglo XVII. Ulricus Huber, quizá el politólogo más citado de este momento, establecía, contra Aristóteles, que por derecho natural no era lícito obligar a otros a ponerse a nuestro servicio si no había otra razón por la que hubiéramos de hacer esto⁶⁸. Al llegar a este punto cualquiera puede observar una línea más aristotélica, que solía ser la de los romanistas (a los que se añade Christian Thomasius), y otro grupo de autores, como el representado por Huber, que tienen más entrañas de piedad con las personas más desfavorecidas. Thomasius explica que, después del pecado original (*post lapsum*), hubo peleas, contiendas y prepotencias; el paterfamilias que con su ingenio propio fuera inepto para asumir las exigencias de la vida, hubo de buscar a otra persona para hacerse siervo de ella, de modo que él fuera usado como instrumento doméstico, al servicio del otro, a cambio de recibir alimentos⁶⁹.

El cabeza de escuela de la línea de Thomasius, Samuel Pufendorf, ya había propuesto esta explicación. Pufendorf entendía que desde una situación de indigencia, siempre circunstancial, no se sigue una sumisión perpetua; pero en este mismo lugar de su obra explica que, cuando los hombres se apartaron de la ‘primera simplicidad (*a prima vivendi simplicitate discedere*), la vida

Sunt alieni juris, sed non sunt servi”. *De jure et justitia commutativa*, Tomus I, Joannes Simonem Knab, Ingolstadt, 1671, T. I, Tract. IV, cap. 3.

⁶⁷ . Van der Muelen, *De jure belli ac pacis libri tres...*, cit., L. II, § 8. La obra citada es la de Hugo Grocio.

⁶⁸ . *De jure civitatis libri tres*, Leonard Stricki, 3ª ed., 1698, L. II, Sect. 2, cap. 1.

⁶⁹ . *Institutiones Jurisprudentiae Divinae, in Positiones succinctae contractae, in quibus Hypotheses Illustrius Pufendorfius circa doctrinam Juris Naturalis Apodictica demonstrantur*, Mauritius Georges Weidmann, Francofurti et Lipsiae, 1688, L. II, cap. 5.

resultó ser mucho más trabajosa, y hay que suponer que los que tenían más capacidades para sobrevivir (los designa con el nombre poco digno de *soler-tioribus*), invitaran a los más débiles (*tenuiores*) a trabajar para ellos a cambio de alimentos; de esta forma, el primer origen de la esclavitud tuvo lugar cuando ‘los más fuertes’ invitaron a los *tenuiores* a un contrato de “do ut facias”, es decir, yo te doy perpetuamente alimentos y tú me prestas servicio de por vida⁷⁰. Pero Samuel Pufendorf no siempre se expresó con la debida precisión y, como en ocasiones, lanza una tesis para negarla después –¿una pervivencia de la *quaestio* medieval? – dejó sentado en primer lugar que existe demasiada diversidad de ingenios entre los hombres, y los más idóneos para gobernar sometieron a los menos inteligentes, que son más aptos para obedecer⁷¹. Ciertamente, él estableció –en su estilo despectivo cuando no grosero– que «Algunos hombres que el vulgo llama filósofos, han establecido que los que carecen de ingenio o no son idóneos para gobernarse a sí mismos, son esclavos por naturaleza; pero esto no se ha de entender así»⁷².

Pero este modo aparentemente dubitativo de redactar le costó que algunos tratadistas posteriores del *jus naturale*, entendieran que él había mantenido la misma tesis que Aristóteles⁷³. Incluso Guillermo van der Muelen entendió así esta doctrina⁷⁴. Se insinúa en el investigador una duda, a saber: es propio de los académicos estar más pendientes de las propias publicaciones que no de las ajenas, y van der Muelen, que escribió el tratado más extenso de la Edad Moderna sobre el derecho natural, ¿estuvo tan atento a su propia obra que descuidó leer con cierto detenimiento esta teoría de Samuel Pufendorf?

Hubo autores que mantuvieron doctrinas ‘duras’ con las personas menos dotadas para vivir, y vemos como Henning Arnisaeus (que fue uno de los que más trató el tema de la esclavitud) escribía que era voluntad de Dios que los

⁷⁰ . *De jure naturae et gentium libro octo*, Francofurti ad Moenum, Fridericus Knochi, 2ª ed., 1684, L. VI, cap. 3, § 4.

⁷¹ . *De jure naturae et gentium libro octo*, cit., L. VII, cap. 8, § 2.

⁷² . “Quos autem vulgo philosophi quosdam homines, tardiores nempe qui sunt ingenii, et ad seipsos regendos haut idonei, servos natura vocant; non ita est intelligendum». *Elementa Jurisprudentia Universalis Libri II*, Adriano Vlaco, Hagae-Comitis, 1660, L. I, Definitio IV, § 7.

⁷³ . Ehrenfrico, *Disputatio de conscientiae foro*, Literis Christophori Zetler, Francofurti ad Viadrum, 1773, § 27.

⁷⁴ . Op. cit., cap. V, § 28.

hombres de ánimo más imperfecto se sometieran a los más inteligentes⁷⁵, y lo mismo entendía Johannes a Felden⁷⁶. Pero esto debe ser entendido en favor de los indigentes, añade Huber, que son personas que, al margen de la servidumbre, llevarían una vida miserable⁷⁷. De todas formas, esto debe ser así, porque no es cuestión, prosigue este autor que la ciudad se nos llene de mendigos que obliguen a la ciudad de un ‘dispendio público’ o a los ciudadanos a dar limosna⁷⁸.

Pero, por lo general, se impuso la mentalidad que entendía que naturalmente todos somos igualmente libres, y que, por circunstancias históricas, unos habían prosperado mientras que otros eran más débiles, y esto no repugna a la justicia natural⁷⁹. Hugo Grocio también fue de esta opinión, y añade que “Tal como consta por las historias de Posidonius Stoicus, en otros tiempos hubo muchos que, por la debilidad de su entendimiento, se sometieron voluntariamente a servir a otros”⁸⁰. El motivo último que explica esto es la *distributio bonorum*, es decir, la repartición de los bienes de la tierra que acabó con la *Communis omnium possessio*, de modo que unos los tuvieron en abundancia, mientras que los pobres hubieron de pactar con ellos para tener alimento⁸¹. Guillermo van der Muelen mantiene que esta distinta repartición de los bienes no acarrea una esclavitud perpetua, sino únicamente una servidumbre *ad tempus*⁸².

⁷⁵ . *De republica, seu Relectionis Politicae libri duo*, Argentorati, Lazarus Zetner, 1636, cap. 3, Sect. 1, § 8.

⁷⁶ . “Conducit itaque cives ex variis gentibus sumere homines viles, abjectos et pusillanimes, ut ita civium familias aliae atque aliae gentes inserviant ». *Elementa juris universi et in specie Publici Justiniani*, Christian Gerlach et Simon Beckenstein, Francofurti et Lipsiae, 1664, Pars IV, cap. 4, § 4.

⁷⁷ . *Elementa juris universi...*, cit., cap. 3, Sect. 3, §§ 10-11.

⁷⁸ . *Elementa juris universi...*, cit., capt. 3, Sect. 3.

⁷⁹ . Vinnius, *In quattuor libros Institutionum...*, cit., L. I, Tit. III, “De iure personarum », p. 25.

⁸⁰ . *De Jure Belli ac Pacis libri tres. In quibus Jus Naturae et Gentium, item juris publici praecipue explicantur*, Joannes Blaer, Amstelodami, 2ª ed., 1650, L. II, cap. 5, § 27.

⁸¹ . Ignatius Schwarz, *Institutiones juris publici universalis, naturae et gentium, ad Moralitarum nostri temporis, maxime Protestantium*, Ströter Fesenmayr, Ingolstadt, 1741, pp. 308-309.

⁸² . *De jure belli ac pacis...*, cit., L. I, cap. 5, § 6.

Pero no todos entendieron que esta institución fuera clara y directamente un bien para los más débiles. Veamos una contraposición en este tema. De un lado, M. Jacob Thomasi, después de hablar de la dureza de las leyes civiles, explica que la razón de la esclavitud natural es opuesta a esa dureza, porque es clemente, y por esto no se puede decir que sufran una pena, sino que obtienen un beneficio (*non in poenam cedit, sed commodum*), de modo que esta situación se aparta poco del estado natural del hombre⁸³. Vulteijs, por el contrario, escribe que «El cambio de la ciudad o de la libertad, siempre es una pena, nunca un beneficio»⁸⁴.

Obviamente, se entrecruzan dos nociones distintas de libertad. Una es la libertad propiamente jurídica, como es el derecho de los alumnos a asistir a las clases, y en general las libertades que surgen desde los ‘oficios’, y otra es la libertad tal como la entendió Hobbes. Por ello, Arnisaeus acusa a Fernando Vázquez de Menchaca de haber confundido la servidumbre natural con la violenta⁸⁵. Johannes a Felden –otro distinguido jusnaturalista– se remite a Hobbes para distinguir la libertad tradicional o en sentido jurídico, que es buena, del modelo de libertad que presenta Hobbes; pues, según Felden, si la libertad natural se entiende como la facultad de hacer *quod libet*, no tenemos más que una facultad para actuar como las bestias⁸⁶. Efectivamente, este autor concluye que en una república un hombre es libre, no porque siga su apetito, sino porque se rige por su razón, de modo que él pueda vivir según él mismo, ya que ser libre, como indica Cicerón, consiste en vivir según las leyes⁸⁷.

b. Servitus est de jure gentium

Los romanistas creyeron firmemente en el derecho de gentes como la instancia que ‘introdujo’ la esclavitud entre los hombres. La raíz última que justificaba este derecho era la posibilidad de dar muerte al enemigo de forma que, si éste era vencido, se le podía reducir a servidumbre⁸⁸. Pues, tal como

⁸³ . *Philosophia practica...*, cit., Annot. CLXIII, § 5.

⁸⁴ . *Institutiones Juris Civilis...*, cit., Disceptatio, p. 130.

⁸⁵ . *De Republica...*, cit., cap. III, Sect. 3, § 22.

⁸⁶ . *Elementa juris universi...*, cit., Pars V, cap. 12, § 2.

⁸⁷ . *Elementa juris universi...*, cit., Pars V, cap. 12, § 2.

⁸⁸ . “Nam et Augustinus ait: Lib. I super Gen. Q. 153. Primum servos: quibus hoc nomen in latina lingua inditum est: bella fecerunt. Cum enim homo ab homine superatus jure belli potest occidi, quia servatus est, servum appellatur”. Arnisaeus,

explicaba Pufendorf, a los vencidos se les entendía comprendidos bajo el nombre de las cosas, no de las personas⁸⁹, y M. J. Thomasi era de la opinión que, estudiado así el problema, coincidían Aristóteles y los juristas de Roma, pues el griego hablaba de la *servitus naturalis* y los juristas de la *servitus ex jure gentium*, y estas tesis no se contradicen⁹⁰.

Es difícil conciliar ambos extremos en este punto, a saber, la libertad propia del derecho natural y la esclavitud propia del derecho de gentes, porque todos habían entendido que existía bastante proximidad entre uno y otro orden normativo. Por esto, Arnisaeus explicaba que las esclavitudes no fueron introducidas por el derecho de gentes, sino directamente por la guerra⁹¹. El fundamento para esta opinión se encontraba en una ficción de la *lex Cornelia* que establecía que el prisionero se entendía muerto en el mismo momento de su apresamiento⁹², aunque se refería al derecho de gentes porque D. 1,1,5, en la *lex Ex hoc jure*, hacía notar que fue el *jus gentium* el que introdujo las guerras⁹³. La ley *Ex hoc jure* era una base fundamental que era difícil traspasar buscando motivaciones ulteriores. Aunque buscaron estas otras fundamentaciones.

Por ejemplo, Samuel Pufendorf explicaba que el motivo por el que se producía la esclavitud es el perdón de la vida (*vitae condonatio*), ya que por el derecho de la guerra se podía matar al vencido; y el prisionero promete obediencia y servicio absoluto, al menos en la medida de sus fuerzas, y esto implica un pacto⁹⁴. Un enemigo es siempre un enemigo, y tanto derecho se tiene sobre un siervo que no es vencido que sobre el vencido, y en cualquier caso

De Republica, seu Relectionis pliticae libri duo, 2ª ed., Lazarus Zetner, 1636, cap. 3, Sect. 1, § 1.

⁸⁹ . *Elementa Jurisprudentia Universalis...*, cit., L. I, Definitio IV, § 7.

⁹⁰ . *Philosophia practica...*, cit., Annot. CLXIII.

⁹¹ . “Necessarium enim esse et consuetum, ut quos ferrum subegit, ferrum et imperium dominicum in officio contineat”. *De Republica...*, cit., 3, Sect. 2, § 21.

⁹² . Haunold, *De jure et justitia commutativa*, T. 1, Tracta. V, cap. 1, § 47.

⁹³ . Vulteius, *Institutiones Juris Civilis...*, cit., Instituta. De jure personarum, p. 42.

⁹⁴ . “In quo pacto bonum quidem, quod victis accepit, est vitae condonatio, quae jure belli potest tolli ; bonum autem quod idem promittit, est ministerium et obedientiam, et quidem, quantum fieri potest, absoluta ... Quippe cum histae obligatio, mutua praestatione constant, ex pacto oriatur”. *De jure naturae et gentium libro octo*, cit., L. VI ; cap. 3, § 6.

este derecho es máximo⁹⁵. (Planteando así el problema, es superflua la figura del pacto).

El problema estaba en el peligro que representaba el enemigo no sometido suficientemente. No se puede dejar libres a los enemigos, porque esto implicaría separarse demasiado de las leyes que cuidan de la utilidad pública, que tienden a buscar la paz y otros *publica commoda*⁹⁶. Posiblemente, por este motivo, Joachim Jorge Daries entendía que se podían hacer esclavos sólo a los prisioneros turcos⁹⁷. No parece que Daries se moviera por razones confesionales. Sucedió que, durante varios siglos, España sufrió en las costas del Levante, y en su tráfico marítimo desde el Virreinato de Nápoles hasta el Océano Atlántico, el azote de la piratería que practicaba la *morisquería*: las galeotas tunecinas y argelinas, en las que nunca faltaban turcos, buscaban tanto la riqueza directa que pudieran encontrar bajo forma de oro y plata, como hacer prisioneros que, o bien iban destinados a la esclavitud, o bien eran retenidos a la espera de un rescate. El rescate de los prisioneros funcionaba, de hecho, como una institución jurídica, y en España se ocupaban de este trabajo los frailes mercedarios que, una vez conseguida cierta cantidad de dinero, viajaban hasta Argel para rescatar cautivos según los precios previstos para cada tipo de personas. En correspondencia, los españoles hacían esclavos a los magrebíes que encontraban en las embarcaciones que capturaban, normalmente destinados a remar en galeras del Rey de España. No podía ser de otro modo. Este trasvase de esclavos sólo terminó cuando Antoni Barceló logro que Túnez y Argelia firmaran la paz con España, y en 1776, se procedió a la devolución de esclavos.

La doctrina intentó limitar la posibilidad de adquirir esclavos sólo a los aprisionados en guerras justas, pero ya sabemos que cualquier guerra podía ser considerada justa, pues, como exponía Vázquez de Menchaca: si guerrearban el Rey de España y el Rey de Francia, ¿cómo declarar el que portaba la justicia con él? M. Jacobus Thomasi entendía que el derecho de gentes operaba una ficción, que consistía en mantener que ambas partes beligerantes

⁹⁵ . Pufendorf, *De jure naturae et gentium libro octo*, L VI, cap. 3, § 6.

⁹⁶ . Arnisaesus, *De Republica...*, cit., Cap. III, Sect. V, § 69.

⁹⁷ . *Institutionis Jurisprudentiae Universalis in quibus omnia juris naturae, socialis et gentium capita in usum auditoris sui methodo scientifica explanantur*, Francofurti et Lipsiae, Sumptibus Societatis, 2ª ed., 1754, pp. 322-323.

poseían una causa justa, y de ahí el derecho de matar al vencido⁹⁸. Hugo Grocio también estableció el requisito de la justicia de la guerra⁹⁹, del mismo modo que Fernando Castro Palo, quien sigue la doctrina ‘confusa’ de Covarrubias y Lessius, «Pero yo estimo, de forma más creíble, que únicamente pueden ser reducidos a esclavitud los que han tomado parte en una guerra de agresión»¹⁰⁰. Osiander entendía que si la guerra era injusta, existe la obligación de restituir¹⁰¹, y que si la guerra era entre cristianos, no se debía proceder a esclavizar, sino a la redención por precio¹⁰². Hugo Grocio era partidario de la permuta de cautivos cuando la guerra se había producido entre países en los que estaba en desuso la servidumbre por guerra¹⁰³.

En cuanto al alcance de estas esclavitudes, seguían las costumbres y leyes romanas: eran capturados el cuerpo, la vida y todos los bienes del vencido¹⁰⁴, y Pufendorf añadía que le pertenecen no sólo los bienes que ya tiene, sino también los que puede adquirir en el futuro¹⁰⁵.

En la guerra se pueden distinguir los culpables de los inocentes, y lo lógicamente previsible era que hubieran dejado al margen del expolio a los inocentes. Pero ésta era una utopía irrealizable, y el mismo Osiander que es lícito en guerra arrebatar a los inocentes sus armas, ganado, frutos, del mismo modo que es lícito arrebatarles la libertad, como comúnmente sienten los moralistas¹⁰⁶. Esto, ¿no resulta un acto reprobable, se preguntaba este mismo teólogo? No lo es, porque la guerra se hace contra toda la república, que comprende también a los inocentes¹⁰⁷.

⁹⁸ . *Philosophia practica...*, cit., Annot. CLXIII, § 3.

⁹⁹ . *De iure belli ac pacis...*, cit., L. III, cap. 14, § 2.

¹⁰⁰ . *Opera moralia*, Jean-Baptiste, Lyon, 1649, T. 1, Tract. XXXI, Disp. Unica, Punct. 8.

¹⁰¹ . *Observationes...*, cit., p. 1487.

¹⁰² . *Observationes...*, cit., p. 1465.

¹⁰³ . *De jure belli ac pacis...*, cit., L. III, cap. 14, § 9.

¹⁰⁴ . Arnisaeus, *De Republica...*, cit., Cap. 3, Sect. 1, § 5.

¹⁰⁵ . *Elementa Jurisprudentia Universalis Libri II*, cit., L. II, Observatio V, § 12.

¹⁰⁶ . *Observationes...*, cit., p. 1468.

¹⁰⁷ . *Observationes...*, cit., p. 1466. Poco más adelante escribe que “Ut enim in tali casu licitum est, ejusmodi inocentes spoliari armis, pecunia, frumento, ne hostis corroboretur, inde, sic etiam licitum est illos spoliare libertatem, ut communiter sentiunt Moralistae”. Op. cit., p. 1468.

La licitud de la esclavitud por guerra se fue difuminando a lo largo del siglo XVIII. Ignatius Schwarz –el primero, cronológicamente, que denunció la entraña secularizadora de la Modernidad¹⁰⁸– indicaba que no es lícito tratar a un hombre como si fuera un jumento, porque nunca deja de ser un hombre, y es dudoso admitir la esclavitud por guerra en parte por la libertad que Cristo nos ha ganado, y en parte por la caridad que hace que, bajo la misma cabeza que es Cristo, nosotros seamos miembros y hermanos de Él¹⁰⁹. Christian Thomasius entiende que los siervos por guerra no son una cosa nuestra que se pueda transferir, y que es preciso tratarlos con humanidad¹¹⁰. La posibilidad de este tipo de servidumbre desaparece cuando Guillermo van der Muelen establece que no hay un derecho de vida o muerte sobre el vencido¹¹¹.

c. *Partus sequitur ventrem*

La época esclavista entendió que el hijo de la esclava seguía la suerte de su madre. Aún en el s. XVIII, Joaquín Jorge Daries exponía este hecho con entera naturalidad: “Partus sequitur ventrem”¹¹². La razón de este hecho era que la esclava no posee nada como esclava (*Nam ancilla ut et servi nihil sui*) sino que actúa para su dueño: “Sed omnia dominorum gratia operatur”¹¹³. El feto es una ‘cosa’ inferior al dueño de la esclava¹¹⁴.

Johann Adam Oslander se planteaba el absurdo que se seguía desde esta regla, porque la esclavitud tiene carácter de pena, y el nacido de la esclava no ha hecho nada malo¹¹⁵. Otros, como Henning o Arnisaeus, entendían que la madre y el hijo eran personas realmente distintas y que, en este caso, “el

¹⁰⁸ . Vid. Carpintero, *La Modernidad jurídica y los católicos*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” V (1988) pp. 383-412.

¹⁰⁹ . *Institutiones juris publici universalis...*, cit., p. 398.

¹¹⁰ . *Institutiones Jurisprudentiae Divinae...*, cit., L. II, cap. 5, §§ 23-24.

¹¹¹ . “Homini in semetipsum competens, id non tam ampliam facultatem concedat, ut possit in se jus vitae et necis conservare, multo minus alter sibi in alterum illud potest vindicare”. *De jure belli ac pacis...*, cit., cap. 5, § 28.

¹¹² . *Institutiones Jurisprudentiae...*, cit., pp. 323-324.

¹¹³ . Felden, *Elementa juris universi...*, cit., Pars V, cap. 12, § 8.

¹¹⁴ . “Quia pars sequitur jus totius, et quia foetus a domino, tam ante cum post natiuitatem, altus est ». Huber, *De jure civitatis libri tres*, Ex officina Leonardici Strick, 1698., L. II, Sect. I, cap. 6.

¹¹⁵ . *Observationes...*, cit., p. 1648.

efecto supera a la causa”, porque Montecatino ha establecido que los hijos no tienen por qué portar la iniquidad de los padres y, de hecho, comprobamos que, bautizada la madre, no está bautizado el feto¹¹⁶.

Pero normalmente la esclavitud era vista desde el punto de vista del dueño, no desde los padres o desde el hijo, y Castro Palo explicaba que, con ocasión de la preñez de la madre, y el peligro de muerte al que se exponía en el parto, el dueño podía perder a la esclava, y debía ser compensado con el hijo esclavo¹¹⁷. Huber, siempre tan rígido, hacía descansar el nacimiento de esta nueva servidumbre en la voluntad del dueño, porque si este no quisiera, el hijo no habría nacido¹¹⁸. Sí, debía de haber medios eficaces para desanimar a una esclava para tener un hijo. Grocio muestra una vertiente más mercantilista y explica que como la prole que nace o ha de nacer, se alimenta de los alimentos que el dueño da a los padres, se entiende que le es debida al *dominus*¹¹⁹. La misma solución, aunque expresada con otras palabras, la sigue Henricus Ernstius Hartleben, quien destaca que es falso mantener que el hijo sigue la condición del padre antes que la de la madre, porque la servidumbre se sigue desde la sola necesidad de los alimentos: *Ex sola necessitate alendi*¹²⁰. Grocio entiende que es dudoso que esta regla esté vigente entre los cristianos, pero hay que rendirse ante la evidencia: no se puede tolerar que haya tanta turba de ladrones vagabundos y de mendigos¹²¹.

De todos modos, él reconoce que este tema tiene difícil solución, porque si la ley lo dispusiera de otro modo, el padre sería tenido en cuenta del mismo modo que la madre¹²². Parecen entender que no es una regla que venga respaldada por el derecho natural y Castro Palo explica concienzudamente que, si una esclava contrae matrimonio, ni ella deja de ser esclava, ni tampoco sus hijos; pero si se casa con un hombre libre, sabiéndolo el dueño, o bien si el dueño cae en la herejía, los hijos no son esclavos¹²³.

¹¹⁶ . *De Republica...*, cit., Cap. 3, Sect. V §§ 77-78.

¹¹⁷ . *Opera moralia...*, cit., T. 1, Tr. XXXI, Disp. Unica, Punct. 8.

¹¹⁸ . *De jure civitatis libri tres*, cit., L. II, Sect. I, cap. 6.

¹¹⁹ . *De jure belli.*, L. VI, cap. 3, §9.

¹²⁰ . *De summa potestate in Jure Belli*, Hermann Argentinus Enax, Rinthedi, 1697, pp. 49-50, § 23.

¹²¹ . *De jure belli ac pacis...*, cit., L. VI cap. 3, § 10.

¹²² . *De jure belli ac pacis...*, cit., L. II, cap. 5, § 29.

¹²³ . *Opera Moralia...*, cit., T. 1, Tract. XXXI, Disp. Unica, Punct. 9.

Permanece el eterno problema: el hijo de la esclava ha comido el pan del dueño durante la gestación y su infancia. Grocio, siempre preocupado por la equivalencia en las prestaciones, entiende que para que el hijo sea libre ha de devolver el gasto que él ha generado al dueño¹²⁴.

d. La venta del hombre libre

Muchos concordaban en que una persona mayor de veinte años puede venderse a sí misma como esclavo. Como botón de muestra, tenemos a Hermann Vulteius que manifestaba que, por derecho civil, los hombres nacen libres, y pueden venderse a sí mismos al ser mayores de veinte años, participando del precio¹²⁵.

Fernando Castropalo se interesa también por el problema de la venta de los hijos. «Si atendemos al derecho natural, como afirman Molina y Lessius, pueden el padre o la madre vender a los hijos si existe una necesidad grave». Ésta es doctrina de otros autores, no suya, porque él escribe que «Yo entiendo con más fundamento (*verius*) que los padres no pueden vender a los hijos por alguna necesidad, sino solamente como criados (*famulos*). La razón de esto reside en que no se puede conceder a los padres más poder sobre los hijos que el que ellos tienen sobre sí mismos»¹²⁶.

La naturaleza de esta institución

La Edad Moderna siguió dependiendo en buena medida de las ideas romano-medievales que aún encontramos en el siglo XVI. Un autor especialmente representativo de esta unión entre el pasado y el futuro es Hermann Vulteius, que demuestra conocer especialmente bien a los juristas humanistas influidos por las corrientes renacentistas. Según él, la naturaleza es nuestra madre, y la libertad reproduce esta maternidad¹²⁷, por lo que la libertad justa y legítima es la natural, esto es, la procedente del derecho natural¹²⁸, y la libertad, así considerada, es distinta de la libertad civil¹²⁹. En estos autores, la

¹²⁴ . *De jure belli ac pacis...*, cit., L. II, cap. 5, § 29.

¹²⁵ . *Institutiones Juris Civilis...*, cit., Instituta. *De jure gent.*, p. 42.

¹²⁶ . *Opera Moralia...*, cit., T. 1, Trac. XXXI, Disp. Unica, Punct. 8.

¹²⁷ . *Institutiones Juris Civilis...* cit., Instituta, *De jure personarum*, p. 42.

¹²⁸ . *Institutiones Juris Civilis...* cit., *Disceptatio*, p. 139.

¹²⁹ . *Institutiones Juris Civilis...* cit., Instituta, L. I, parágrafo si minor, p. 114.

libertad individual es una parte de la naturaleza, e incluso Osiander, tan dado a matizar cuando es la ocasión, es de la opinión que el Príncipe no puede prohibir la caza porque por el derecho natural estos animales son de propiedad común; aunque admite que se la pueda restringir por causas de utilidad común¹³⁰. Incluso Christian Thomasius, el gran teórico del Despotismo Ilustrado, se apunta momentáneamente a esta corriente de pensamiento (hasta que introduce la tesis contraria) e indica que *Libertas est juris naturalis* y, por esto, la propiedad, los contratos y la esclavitud se dicen que son del derecho de gentes¹³¹.

Como contraste, Johannes a Felden escribía que «Es siervo natural el que queda privado de su propio juicio, y queda sometido ‘al juicio’ ajeno»¹³².

La tradición nominalista de los siglos XIV y XV, reelaborada a su modo por los españoles de la Segunda Escolástica, reivindicó la libertad de la *persona*, y seleccionaron este término -el de persona- para designar al hombre libre considerado aisladamente, al margen de sus vinculaciones sociales. Samuel Pufendorf fue el jusnaturalista que más se distinguió en el uso de este término, entendido de esta forma. Para él, la libertad era seguir las leyes de la voluntad de cada cual: “Illa tamen naturalis libertas per leges voluntatis semper relinquitur”¹³³. Reitera que “Potestas in personam actionesque proprias libertas dicitur”¹³⁴, y para que no queden dudas explica que «La libertad es la facultad de la voluntad que determina que, una vez puestos todos los requisitos para actuar, de entre los varios objetos propuestos, el sujeto pueda elegir uno u otro, relegando los demás»¹³⁵. Aunque él innovó algo en la doctrina de la persona libre cuando propuso que consideráramos a la libertad *ad analogiam spatii*, como un cuerpo de libre arbitrio en torno a cada persona, y en su obra de juventud, los *Elementa Jurisprudentiae Universalis*, ilustra esta tesis con dibujos¹³⁶. Sigue la tradición medieval que fue conocida como Derecho

¹³⁰ . *Observationes...*, cit., pp. 669-670.

¹³¹ . *Institutiones Jurisprudentiae Divinae...*, cit., Cap. I, § 130.

¹³² . *Elementa juris universi...*, cit., art. 2, § 4.

¹³³ . *Elementa Jurisprudentia Universalis...*, cit., L. I, Definitio XII, § 12.

¹³⁴ . *Elementa Jurisprudentia Universalis...*, cit., L. I, Definitio VII, § 3.

¹³⁵ . “Libertas est facultas voluntatis, quae positis omnibus ad agendum requisitis ex pluribus objectis propositis unum vel aliqua potest eligere, reliqua reiicere ». *Elementa Jurisprudentia Universalis...*, cit., L. II, Observatio 2, § 5.

¹³⁶ . *Elementa Jurisprudentia Universalis...*, cit., L. I, Definitio IV, § 10.

natural concesivo, que mantiene que todas aquellas conductas que no están prohibidas por el derecho natural, porque quedan en su margen, si no están prohibidas por las leyes positivas, pertenecen a la libertad humana¹³⁷.

Esta noción de libertad llegó a su culmen con la extensión de la noción de la *juridica persona* y entre los discípulos de Kant¹³⁸. Arnisaeus le añade a la simple indeterminación de la voluntad todo aquello que se desprende, o que es necesario, para el desempeño de cualquier actividad, lo que los juristas medievales habían llamado una ‘persona jurídica’ o un *officium*¹³⁹.

Pero esta vinculación entre la libertad y el derecho natural va sufriendo hachazos conforme avanza el tiempo. Entienden que el derecho natural del que hablan los juristas romanos no se relaciona con la ley natural de la que habla San Pablo en el capítulo 8 de su epístola a los Romanos¹⁴⁰, sino que es una ficción construida por los Estoicos son más valor que la autoridad propia del derecho romano. Pero los jurisconsulti romanos han establecido que todos nacemos libres: *Natura omnes nascimur liberi*. Esto sólo lo mantienen quienes confunden la libertad-facultad y la libertad, porque aquella compete a los animales brutos más perfectos, y constan ciertamente que algunos hombres tienen un instinto más fuerte para obedecer y servir¹⁴¹. Cristóbal Segismundo Herbert, que se apoya fundamentalmente en Luis de Molina, escribe que la naturaleza, o el mismo derecho natural, no creó a los esclavos, ni tampoco repartió las cosas creadas por Dios, ni restringió su uso, sino que las dejó para que los hombres las usaran libremente¹⁴².

Estas vacilaciones sobre la ontología misma de la ley natural, se van viendo reflejadas entre los juristas de los siglos XVII y XVIII, y estas dudas

¹³⁷ . *Elementa Jurisprudentia Universalis*, cit., L. I, Definitio XII, § 15.

¹³⁸ . Vid. Carpintero, *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la “persona jurídica”*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” (1987) pp. 477-522. Más temáticamente sobre los discípulos de Kant, *La Cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989. Disponibles en *franciscocarpintero.com*.

¹³⁹ . “Quod indole et natura cuiusque rei convenit, non potest non naturale dici». *De Republica...*, cit., cap. 3, Sect. 2, § 2.

¹⁴⁰ . Del contexto paulino en esta epístola, no queda claro que San Pablo se refiera a la ley natural. Pero todos los teólogos de la Baja Edad Media, y aún los modernos, como Suárez, entienden que este texto se refiere directamente a la ley natural.

¹⁴¹ . Arnisaeus, *De Republica...*, cit., cap. 3, Sect. 3, § 18.

¹⁴² . *De libertati naturali restricta*, Litteris Nissianis, Jena, 1652, § II.

afectan tanto a la noción de naturaleza como de la libertad. El mismo Arnisaeus, tan contundente otras veces, explica que la libertad es entendida de formas distintas por los teólogos, filósofos, éticos y juristas¹⁴³, por lo que hay que concluir que lo que sea ‘natural’ se dice de muchos modos¹⁴⁴. Osiander, normalmente más preocupado por la vertiente moral de la libertad, se plantea expresamente si la libertad consiste en una *potestas in seipso*. Él contesta que, si la potestad se concibe de forma negativa o privativa, como ser independiente de los demás, entonces se puede conceder que el hombre tiene poder sobre sí mismo, porque nadie está sujeto a otros, *in ordine hominum*, sino que es libre, de forma que no depende de la razón de otro en el ejercicio de sus acciones y en su status¹⁴⁵. Pero siempre estará presente la eterna aporía, a saber, *Naturale multis modis dicitur*. Osiander vuelve a la carga. Lo que es natural, escribe, se dice de lo que es congénito al hombre y que permanece en él al modo de una facultad; o bien se dice de lo que compete a cualquier hombre no de forma intrínseca, sino extrínseca, si es que no existe ninguna constitución civil contraria. Entendiéndola en el primer modo, no es una facultad natural ... Es más correcto decir que la libertad y la servidumbre son condiciones políticas, que discriminan los status, y no dependen de la naturaleza ni del derecho natural¹⁴⁶. Y esta realidad es evidente, concluye, a pesar de lo que establece Grocio, porque la esclavitud no es *simpliciter contra naturam*, ya que existen los prisioneros de guerra¹⁴⁷.

La doctrina de los *officia* emergía frecuentemente, porque si es natural que un hombre no tenga ningún privilegio para normar la conducta de otros, no menos natural es exigir al padre que cumpla sus funciones. El mismo Pufendorf, que tanto destacó la consideración ‘natural’ del hombre como propuesta por el estudio del sujeto aislado, cede en este tema, contradiciéndose, y explica que «La persona moral es la persona considerada en su status que

¹⁴³ . *De Republica...*, cit., cap. 3, Sect. 2, § 1.

¹⁴⁴ . “Nam naturale multis modis dicitur”. *De Republica...*, cit., cap. 3, Sect. 2, § 2.

¹⁴⁵ . *Observationes...*, cit., p. 147. Esta frase algo extraña, “in ordine hominum” parece indicar que se refiere al puro derecho humano, no a la dependencia que es propia de la ley natural o del derecho divino. No perdamos de vista que Osiander fue ante todo un teólogo.

¹⁴⁶ . *Observationes...*, cit., p. 793.

¹⁴⁷ . *Observationes...*, cit., p. 1464.

tiene en la vida en común»¹⁴⁸. Sucede, reconoce este autor, que somos distintos, ya que ante todo las personas se distinguen por el sexo, y hay hombres, mujeres y hermafroditas. Estos últimos se nos oponen como monstruos de la naturaleza¹⁴⁹.

Su relación con el derecho

Todos los esclavos son iguales ante el derecho: sólo existe una sola condición de siervos¹⁵⁰. No importa el trabajo que realicen: entre ellos únicamente existe un orden, no diferencias¹⁵¹.

Un gran lema de la servidumbre era el que rezaba que *Servus homo est, non persona*, porque ni es hombre libre, ni ciudadano, ni tiene familia¹⁵². No es *sui juris*, no tiene persona por sí mismo, ni bienes¹⁵³. Lógicamente, no pueden ejercer la patria potestad porque no son ciudadanos romanos, y la patria potestad es una institución del derecho civil¹⁵⁴. Tampoco se los admite como testigos en los testamentos¹⁵⁵. Al no ser *sui juris*, todo lo que adquiere el siervo lo adquiere para su dueño¹⁵⁶, y estas restricciones alcanzan también al derecho de familia, porque el error sobre la esclavitud de la otra parte en el matrimonio se considera un error *in personam*, ya que el esclavo no puede cohabitar contra la voluntad de su dueño¹⁵⁷

¹⁴⁸ . “Persona moralis est persona spectata cum statu suo, qui habet in vita communi”. *Elementa Jurisprudentia Universalis...*, cit., L. I, Definitio IV.

¹⁴⁹ . “Privatarum personarum distinctiones desumuntur. I. Ex sexu, unde est, mas, foemina, hermaphroditus ... Hermaphroditum autem velut monstrum naturae aversamur”. *Elementa Jurisprudentia Universalis...*, cit., L. I, Definitio IV, nº 2.

¹⁵⁰ . Vinnius escribía que “Servorum una conditio est, id est, omnes aequae servi sunt, nihilque interest utrum prius natus, cum facto sit servus”. *In quattuor libros Institutionum...*, cit., L. I, Tit. 3, p. 26.

¹⁵¹ . “Inter servos est ordo, non differentia. Servitus non recipit majus aut minus ». Vulteius, *Institutiones Juris Civilis...* cit., Instituta. *De jure personarum*, p. 47.

¹⁵² . « Caput civile triplex est, libertatis, civitatis et familiae. Horum servus nullum habet ». Vulteius, *Institutiones Juris Civilis...*, cit., Inst. *De jure personarum*, p. 40.

¹⁵³ . Arnisaeus, *Philosophia practica...*, cit., cap. 3, Sect. 7, § 2.

¹⁵⁴ . Vulteius, *Institutiones Juris Civilis...*, cit., Instituta. L. I, § “Poena servus”, p. 95.

¹⁵⁵ . Haunold, *De jure et justitia commutativa*, cit, T. 1, Tract. VI, cap. 2, § 3.

¹⁵⁶ . Daries, *Institutiones Jurisprudentiae...*, cit., p. 323.

¹⁵⁷ . Busenbaum, *Medula de la Theologia moral que con facil y claro estilo explica, y resuelve sus materias y casos*. Escriviola en idioma latino el Padre Hermann

Obviamente las relaciones con sus amos no son jurídicas, ya que no puede existir una injusticia propiamente dicha entre el *dominus* y el siervo¹⁵⁸. Sucede, como señalaba Pufendorf, que las obligaciones entre uno y otro no tienen fuerza *in foro humano*¹⁵⁹. Tampoco se pueden considerar amigos, porque el señor y el esclavo, desde el punto de vista del derecho y de la amistad, se interpone el carácter de instrumento del siervo¹⁶⁰. Este carácter simplemente instrumental hace que el dueño sea libre para vender a sus siervos¹⁶¹, y este mismo jurista, Daries, entiende que el siervo, al no poseer nada, no puede hacer testamento¹⁶². Es extraño que Daries, que junto con Nettelbladt y Achenwal pasa por ser uno de los juristas más representativos de la Ilustración alemana, mantenga juicios tan extremos.

Pero sucede que algunos de aquellos ilustrados dejaban que desear desde el punto de vista del mantenimiento de la humanidad y la piedad, como se ve en el caso del homicidio del esclavo. Guillermo van der Muelen entendía que quien mata a un esclavo suyo sin justa causa, como dueño queda liberado de la pena propia del homicidio, pero su conciencia no le absuelve¹⁶³. Johannes a Felden nos dejó escrito que «El poder del señor sobre los siervos, antes era absoluta, como si fueran animales ... pero hace tiempo que los Emperadores limitaron este poder ... Por la constitución de Antonino, el que matara sin causa a un siervo suyo, debe ser castigado con la misma pena que el que mata a un siervo de propiedad ajena»¹⁶⁴. Charisius Ehrenfrico trató de salvar este

Busenbaum ... reducida al español por el Doctor Vicente Antonio Ibáñez de Aoyz, Joseph Llopis, Barcelona, 1712, p. 264.

¹⁵⁸ . Auer, *Prodromis Juris Controversi Dissertatio Prima de Jurisprudencia in genere*, Ingolstadt, Joannes Paulus Schlegel, 1737, § 118, p. 65.

¹⁵⁹ . *Elementa Jurisprudencia Universalis...*, cit., Definitio XII, § 9.

¹⁶⁰ . Felden, *Elementa juris universi...*, cit., Pars III, cap. 7, § 1.

¹⁶¹ . Daries, *Institutiones Jurisprudenciae...*, cit., p. 324

¹⁶² . *Institutiones Jurisprudenciae...*, cit., p. 324.

¹⁶³ . “In foro soli Dominum, sine justa causa servum interficiente, a poena homicidii liberat, conscientia tamen non absolvit”. *De jure belli ac pacis...*, cit., L. II, § 29.

¹⁶⁴ . “Potestas dominorum in servos olim erat absoluta velut in bestias ... Sed haec potestas tempore Imp. limitata est ... Ex constitutione enim Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minis puniri juvetur, quam qui alienum servum occiderit”. *Elementa juris universi...*, cit., Pars V, cap. 13, § 3.

sinsentido argumentando que nadie puede matar lo que es suyo, porque cometería un *propricidium*¹⁶⁵.

No toda la doctrina fue tan negativa en el desprecio hacia el siervo, porque si bien entre ellos no puede existir justicia conmutativa, sí hay obligaciones por caridad¹⁶⁶. Y Ephraim Nazius hacía notar, desde un punto de vista cristiano, que una razón sólida era el precepto de amar a los demás más que a sí mismo; pero no es esto lo que ordena la ley divina, porque en este precepto de amar a los otros ‘como’ a sí mismo, la partícula *sicut* no designa igualdad, sino sinceridad del amor¹⁶⁷.

Este tema debía resultar embarazoso a los civilistas y moralistas, porque debían compaginar este vivir del siervo en las afueras del derecho con el reconocimiento de que el esclavo, al ser un *homo*, aunque no una *persona*, no podía ser tratado como un animal. Veamos algunos puntos.

a. *Los alimentos*

Todos estaban de acuerdo en que al esclavo se le debían sus alimentos. Grocio establecía claramente que la servidumbre consistía en una perpetua obligación de prestar servicios a cambio de ser alimentado perpetuamente¹⁶⁸. Y, además de los alimentos, se les deben los vestidos que necesiten¹⁶⁹.

Johann Reinhard Hedinger glosaba estas obligaciones: «La servidumbre perfecta, tal como la define Grocio, es la que, por servicios perpetuos, exige los alimentos y las otras cosas que son necesarias para la vida. Y si entendemos así esta realidad, en términos naturales, sólo hay una amargura nimia, pues la obligación perpetua se compensa con la certeza igualmente perpetua de los alimentos, que con frecuencia les faltan a los que realizan sus obras de

¹⁶⁵ . “Evidens inde est, nex in foro exteriori nec interiori propricidium excusationem mereri”. *Disputatio de conscientia foro*, Jeremia Schrey et Henricus Johann Meyer, Francofurti ad Viadrum, 1683, § 112.

¹⁶⁶ . Haunold, *De jure et justitia commutativa*, cit., Synopsis Alphabetica.

¹⁶⁷ . *Disputatio de conscientia foro*, Jeremia Schrey et Henricus Johann Meyer, Francofurti ad Viadrum, 1683, cap. 3, § 12, p. 42. Como el lector puede comprobar, se trata de una *Disputatio* incluida en una obra colectiva que comprende también el estudio citado de Ehrenfrico.

¹⁶⁸ . *De jure bellis ac pacis...*, cit., L. III, cap. 14, § 2.

¹⁶⁹ . Grocio, *De jure bellis ac pacis...*, cit., L. III, cap. 14, § 6.

día»¹⁷⁰. Hay que entender que esta diferencia entre el día y la noche designa el diferente estado de trabajar como hombre libre y como esclavo.

Una idea que se ve enriquecida con la que aporta Fernando Julio Chopius cuando indica que «La servidumbre, ese rigidísimo nexo entre los hombres, también existente entre los más prudentes, no es tenido en nada por el derecho natural, ya que ellos pueden contraer ‘algo’ (*aliquo eventum*) por este mismo derecho, de forma que puedan reivindicar a sus dueños *ex aequo* los alimentos que se les deben»¹⁷¹.

b. Las obras ‘debidas’

Ya fue aludido el tema del trato ‘benefactor’ que el *dominus* debía dar a sus esclavos. Sucedió que, aunque alguien fuera un *servus* seguía siendo un *homo*, y ya Séneca había advertido que el esclavo tiene una mente libre, de modo que «Se equivoca quien entienda que la servidumbre recae sobre todo el hombre»¹⁷².

Jacobo Gabriel Wolff entendía, ya tardíamente, que al derecho del dueño corresponde el deber del siervo de prestarle servicio a través de las ‘obras debidas’ (*operas debitas*), con reverencia¹⁷³. Eran derechos del esclavo, según este mismo autor, que su dueño cumpliera las promesas que le había hecho, que no le maltrate hasta el punto de hacerle perder algún miembro, y que respete su libertad de conciencia¹⁷⁴. Desde luego, el siervo puede ser permutado por otro, o dado en usufructo —extraña figura jurídica ésta—, o alquilar sus servicios; pero si el dueño alienara a su siervo llevándolo hacia una

¹⁷⁰ . *Conspectus Naturalis Jurisprudentiae Universalis*, Elias Kühnen, Ulm, 1698, Tit. 31, § 5.

¹⁷¹ . *Philosophia juris ad duo haec de potestate ac obligatione, ut sumere ea priora, quae definire intendit omnis jurisprudentia*, Francofurti ad Moenum, Johannes Sinzius Fickium, 1671, L. II, cap. 3.

¹⁷² . “Seneca in lib 5 de benef. Cap. 19 y 20 dum ostendit: “Servum mentem liberum esse“, et ait : “Errat, si quis existimat, servitutem in totum hominem descendere ». Arnisaeus, *Philosophia practica...*, cit., cap. 3, Sect. 1, § 8.

¹⁷³ . *Institutiones juris naturalis tum privatae quam publicae quibus regulis justi, honesti, decori ac prudentiam secundum principia Thomasius distincte explicantur*, Samuel Heinsium, Lipsiae, 1791, p. 332.

¹⁷⁴ . *Institutiones juris naturalis...*, cit., p. 334.

condición más dura *duriorem*, peca contra las reglas del *honestum* y del *decorum*¹⁷⁵.

Grocio dejó escrito que no es conveniente *-non oportet-* que el dueño use sus poderes malignamente (*proterve*), ni que mande con soberbia o insolencia¹⁷⁶; pero no lleva estas exigencias más allá de los simples consejos. Cuestión distinta es el tratamiento de Castropalo sobre este tema, porque establece que el dueño no puede matar al siervo, ni mutilarle, ni impedirle el matrimonio¹⁷⁷. Fernando Castropalo o Castro Palao no usa el ambiguo *oportet* de Grocio, sino el *non potest*. Porque este autor entiende que la potestad del *dominus* sobre el siervo se extiende hasta lo que es normal y razonable, y puede corregirle y castigarle moderadamente si ha cometido un delito ... Pero no puede obligarle a poner su vida en peligro, o condenarle a remar en galeras, ni compelirle a otras conductas similares que no son comunes entre los que comúnmente imperan¹⁷⁸. Y si el dueño abusa de su poder con dureza y castiga más duramente que lo que es adecuado, el siervo puede implorar que intervenga el juez, y el juez está obligado *ex officio* a proceder, averiguando la verdad¹⁷⁹. Con Castropalo se inicia una tímida apertura hacia el reconocimiento de la personalidad jurídica de los esclavos.

Estos autores hablan mucho del *dominus*, pero no es fácil determinar en qué consiste ser *dominus* y, por ende, en qué queda la condición de esclavo. Hay un dato que no se rompe nunca, y es que existe una sola clase de esclavos y que está sumisión es perpetua, lo que impide considerar doctrinalmente que existían varios tipos de esclavitud, reconociendo, por ejemplo, que una es la que se ocupa de los servicios domésticos, otra la del trabajo en el campo, etc. Pero, con el tiempo, permaneciendo en las consideraciones jurídicas el espíritu esclavista que fue propio del derecho romano, estos jusnaturalistas de la Edad Moderna tienden a hablar de la servidumbre al estudiar la sociedad heril,

¹⁷⁵ . *Institutiones juris naturalis...*, cit., p. 329.

¹⁷⁶ . *De jure belli ac pacis...*, cit., L. III, cap. 14, § 4.

¹⁷⁷ . “Non potest dominus servum occidere, aut mutilare, nec impedire conjugium”. *Opera moralia...*, cit., T. 1, Tract. XXXI, q. Unica, Punc. 8.

¹⁷⁸ . *Opera moralia...*, cit., T. 1, Tract. XXXI, Tract. XXXI, Disp. Unica, Punct. 8.

¹⁷⁹ . “Verum si dominum potestate abutatur durius servus tranctans, et rigidius puniens quam par est, possunt servis officium judicis implorare ... et judex ex officio tenetur procedere, et veritatem investigare ». *Opera moralia...*, cit., T. 1, Tract. XXXI, Disp. Unica, Punct. 8, p. 36.

de modo que presentan a los siervos más como criados que no como esclavos en el sentido tradicional. Pufendorf habla de la familia, en donde existen el marido, la esposa, el *pater*, los hombres libres, el *dominus* y el *servus*¹⁸⁰. Christian Thomasius trata solamente de la servidumbre al estudiar la sociedad familiar¹⁸¹, y Fernando Julio Chopius explica que los esclavos estaban fundamentalmente destinados a los quehaceres familiares¹⁸². El ámbito familiar imponía sus exigencias, y Roderico Suárez indicaba que la esclava, mientras está bajo la servidumbre, no puede ser concubina¹⁸³.

c. La fuga de los esclavos

Las opiniones se dividieron al tratar este tema. Según Grocio, si el siervo le ha dado su palabra al dueño, no le es lícito huir¹⁸⁴. Christian Thomasius, siempre pendiente de reforzar la autoridad, establece que, si el esclavo recibe alimentos, no puede escapar, y al aplicar la regla del *partus sequitur ventrem*, tampoco le es lícito huir a los hijos de las esclavas¹⁸⁵. Nota Haunold que el dueño que mutila a su siervo, o que le infama, peca contra la justicia y está obligado a la restitución de la buena fama; pero el esclavo que huye o roba a su dueño peca contra la justicia y está obligado a restituir¹⁸⁶.

El siervo fugitivo origina un daño a su propietario, y le da, por esto, una justa ‘causa para la guerra’, *causa belli*¹⁸⁷. El esclavo ‘perfecto’ tiene derecho a exigir alimentos a su dueño, y si éste no se los da, hay, igualmente, una *juxta causa belli*, porque la razón dicta que los hombres propiedad de otros, si son tratados por sus dueños con crueldad inhumana, por la misma autoridad del derecho, pueden irse¹⁸⁸.

La causa más alegada, la de la guerra injusta, también dividió a los autores. Porque parece muy razonable que el cautivado en una guerra con

¹⁸⁰ . *Elementa Jurisprudentia Universalis*., cit., L. I, Definitio IV, § 3.

¹⁸¹ . *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*... cit., L. III, cap. 15.

¹⁸² . *Philosophia juris*..., cit., L. II, cap. 8, p. 201, § 9.

¹⁸³ . *Allegationes et consilia quaedam*, Salamanticae, Baptista a Terranova, 1568, p. 155, § 7.

¹⁸⁴ . *De jure belli ac pacis*..., cit., L. III, Cap. 20, § 54.

¹⁸⁵ . *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*..., cit., L. II, cap. 5 §§ 25 y 27.

¹⁸⁶ . *De jure et justitia commutativa*..., cit., Tract. II, cap. 1, § 76.

¹⁸⁷ . Daries, *Institutiones Jurisprudentiae*..., cit., p. 326.

¹⁸⁸ . Daries, *Institutiones Jurisprudentiae*..., cit., p. 328.

enemigos que actúan injustamente, pueda huir cuando le sea posible. Pero ya vimos la opinión más pragmática de Fernando Vázquez de Menchaca: si pugnan el rey de España y el rey de Francia, todos guerrearán tan justa como injustamente. La conclusión era patente: sólo se pueden cautivar con justicia a los turcos y a sus aliados.

Pocos autores mantuvieron sin más que el aprisionado en una guerra injusta puede huir. Uno de estos fue Ulricus Huber¹⁸⁹. Según Osiander, Lessius, Báñez y Covarrubias habían mantenido esta misma opinión, mientras que Martín de Azpilcueta y Escobar habían denegado esta posibilidad¹⁹⁰. Castropalo es radical: el prisionero de guerra puede huir siempre¹⁹¹.

Existen otros supuestos en los que el siervo que ha sido comprado (*servus emptitius*) también puede escapar fuera del poder de su dueño, y tal cosa sucede cuando es inducido al pecado, o es tratado inhumanamente, y no encuentra otra vía para evitar estos males¹⁹². Del mismo modo, si el dueño es judío, pagano o hereje, y persevera en su infidelidad, el esclavo adquiere su libertad¹⁹³.

Un liberto extraño: Jacobus Elisa Joannes Capitein

Este hombre ha pasado a la historia por su muy singular biografía y por el estudio que publicó “De la esclavitud, no contraria a la libertad cristiana”¹⁹⁴.

Fue apresado en el África subsahariana por una empresa holandesa esclavista cuando aún era un niño, y en 1726 fue llevado a Holanda. Se ganó la simpatía de su dueño, quien, poco después, le hizo volver a África para trabajar en su empresa. Volvió a Holanda y cambió de amo, quien le procuró la mejor educación posible. Después de trece años de estudio se graduó en la Universidad de Leyden, y fue nombrado Obispo de la Duck Reformed Church. Más tarde, volvió otra vez a África, y falleció en 1747.

¹⁸⁹ . *De jure civitatis libri tres*, cit., L. III, Sect. 4, cap. 5.

¹⁹⁰ . *Observationes...*, cit., pp. 1471-1472.

¹⁹¹ . *Opera moralia...*, cit., T. 1, Tract. XXXI, Q. Unica, Punct. 8.

¹⁹² . Castropalo, *ibidem*.

¹⁹³ . Castropalo, *Opera moralia...*, cit., T. 1, Tr. XXXI, Q. Unica, Puct.9.

¹⁹⁴ . *De servitute, libertate christiana non contraria*, Lugduni Batavorum, Samuel Christian et Filium, 1742.

Él, como era usual en aquella época en la que todos conocían textos fundamentales del Derecho de Roma, parte de la tesis que mantiene que el primer estado del hombre era el de la libertad¹⁹⁵, pero más tarde se extendió el Derecho de Gentes, que actuó como si se tratara de un sufragio universal que trajo el uso de la esclavitud¹⁹⁶. Quizá como residuo de aquella libertad originaria, sólo mantiene que al esclavo de un turco que es bautizado, la libertad le adviene junto con el bautismo¹⁹⁷. Desde luego, a un cristiano siempre le es lícito manumitir a su siervo¹⁹⁸.

Sus argumentos que pudiéramos llamar antropológicos son dos. Uno, que no todos los hombres tienen capacidad para gobernarse a sí mismos y de usar su arbitrio rectamente, porque son como bestias cuya ferocidad siempre hay que temer si no están limitadas por algunos vínculos¹⁹⁹. Su segundo argumento consiste en mantener que es mejor la esclavitud que no tener que pagar sueldos, porque, a falta de sueldos, las calles se llenarían de personas ociosas y de mendicantes²⁰⁰.

Pero la esclavitud plantea problemas teológicos. Por ejemplo, San Pablo indica que, ya se sea libre, ya siervo, cada uno de ellos ha merecido la sangre de Cristo²⁰¹. Y esto ha llevado a algunos adversarios a entender que los primeros cristianos entendieron que pugnaban entre sí la servidumbre personal y la libertad cristiana²⁰². Por otra parte, consta el miedo servil de los israelitas frente a la libertad de espíritu de los cristianos²⁰³.

Pero –prosigue Capitein– esto no llevó a la manumisión de los siervos de los cristianos. En cambio, el Emperador Constantino sí manumitió a los

¹⁹⁵ . *De servitute...*, cit., cap. 2, § 1.

¹⁹⁶ . “Gentium vero hoc jure communibus quasi suffragiis stabilito, usus servitutis innotuit”. *De servitute...*, cit., cap. 2, § 5,

¹⁹⁷ . *De servitute...*, cit., cap. 3, § 14.

¹⁹⁸ . *De servitute...*, cit., cap. 3, § 23.

¹⁹⁹ . “Ut sunt quaedam bestia, quarum ferocitas semper metuenda est, nisi vincullis coërceantur”. *De servitute...*, cit., cap. 3, § 26.

²⁰⁰ . *De servitute...*, cit., cap. 3, § 26.

²⁰¹ . “Sive servum, sive liberum, concludit debere agnoscere, se sanguine Christi pretioso esse emptum”. *De servitute...*, cit., cap. 3, § 8.

²⁰² . “Putant Adversarii, tunc temporis intellixisse ... Chistianos veteres servitutem personalem et libertatem christianam sive invicem repugnare”. *De servitute...*, cit., cap. 5, § 15.

²⁰³ . *De servitute...*, cit., cap. 3, § 6.

esclavos cristianos. ¿Era menor la piedad de los Apóstoles?²⁰⁴. Una pregunta que deja sin respuesta. Sí expresa que «El preciso estado de la cuestión es el siguiente: si a los cristianos les es permitido, salva la libertad evangélica, poseer a otros hombres como bienes propios»²⁰⁵. Pero no se salva de una cierta ambigüedad, porque en este mismo lugar declara que él no se refiere a la venta de un hombre que es vendido a otro hombre.

En tal caso, ¿cómo hay que entender la libertad de la que habla San Pablo en 2 Cor., 3,6? «En este lugar no habla de la libertad corporal sobre el fundamento de la libertad evangélica, sino de la libertad espiritual»²⁰⁶, porque «Nosotros distinguimos la esclavitud de la conciencia frente a la servidumbre civil, es decir, el *jus poli* y el *jus fori*, la libertad espiritual de la corporal ... esto es 'la libertad' frente a la soberbia, la envidia, el odio, del furor, del dolor, de la avaricia, y de toda concupiscencia: y de este modo esta libertad nos conduce a la santidad»²⁰⁷. Su actitud puede quedar resumida cuando en su comentario al versículo 22 de la epístola citada de San Pablo, explica que «La libertad externa, o personal, no es necesaria para el culto divino»²⁰⁸.

¿Qué pensar?

En los siglos XVII y XVIII, la esclavitud era una institución milenaria, y nadie la cuestionó. Todos, también los cristianos, pensaban que el esclavo estaba obligado moralmente a prestar sus servicios a su dueño, y de ahí la Epístola de San Pablo a Filemón que, por otra parte, es la joya de la caridad de todos los tiempos. Todos conocemos esta historia: Onésimo, esclavo fugitivo, llega a Roma y allí se convierte al cristianismo. San Pablo le recuerda su

²⁰⁴ . *De servitute...*, cit., cap. 3, § 17.

²⁰⁵ . “Status ergo quaestionis praecise est: nam Christianis permittuntur, salva libertate evangelica, alios homines, tanquam proprio bono, possidere”. *De servitute...*, cit., cap. 1.

²⁰⁶ . *De servitute...*, cit., cap. 3, § 6.

²⁰⁷ . “Distinguimus itaque servitutum conscientiae et peccati a servitute civili, jus poli ad jus fori; libertatem denique spiritualement a corporali ... a superbia, ab invidia, et ab omni cupiditate: ita ut haec libertas nos ducat ad justitiam”. *De servitute...*, cit., cap. 3, § 11.

²⁰⁸ “Interim vers. 22 declarat, libertatem externam, seu personalem, non necessariam ad cultum divinum requirit”. *Ibidem*.

deber de someterse a su amo, Filemón, y como éste también era cristiano, San Pablo le ruega que reciba a Onésimo como a un hijo de sus entrañas.

Gracias a la esclavitud, les fue perdonada la vida a los habitantes de muchas ciudades que habían sido vencidas militarmente. Era costumbre antigua matar a los habitantes de las ciudades que se habían resistido a ser ocupadas, y Gengis Kahn -que no conoció el Derecho romano ni la Caridad cristiana- aplicó muy estrictamente esta regla. Pero si los habitantes eran esclavizados, conservaban la vida. Era una regla de doble filo, porque algunas madres preferían matar a sus hijos pequeños para que no quedaran bajo la condición de esclavos.

Es comprensible también la servidumbre de los *hebetiores*. En una sociedad estamental y cuya riqueza dependía ante todo de la agricultura, el hombre de ingenio corto o de pocas fuerzas que no era capaz de sacar a su familia adelante, podía jurar fidelidad a una familia importante a cambio de recibir techo, vestido y alimentos. Este caso parece que fue el más importante en Centroeuropa y en las estepas de la Rusia Blanca, que estaban plagadas de *siervos* a los que difícilmente se les podía llamar esclavos. El problema principal era que, al quedar *afectados* los siervos a las tierras de la familia dominante, por la regla del *partus sequitur ventrem*, todos los descendientes de la familia dueña quedaban como siervos de la gleba, sin poder ir a vivir a donde quisieran. De ahí el dicho medieval que rezaba “Der Luft der Städte macht frei”.

Pero el hombre actual no piensa tanto en estas esclavitudes europeas como en la más común a lo largo de la Edad Moderna, la que consistía en cazar habitantes del África subsahariana para venderlos normalmente en América. Los comerciantes europeos llegaban a los ‘reinos’ del África Negra para comprar allí los esclavos disponibles, y los trasladaban, en condiciones infrahumanas, normalmente al Caribe; una vez pasada la cuarentena, cada tratante marcaba al fuego con su logotipo a los negros que quería vender, y así perpetuaba la memoria de su tráfico.

Este trasiego de africanos a tierras americanas tuvo un origen. Cristóbal Colón trajo consigo a varios indios, y pocos después, otros viajes no colombinos trajeron a España a más indios. La reina Isabel La Católica vio el peligro de esclavizar a los habitantes del Nuevo Mundo y, como por un laudo del Monasterio de Guadalupe del último decenio del siglo XV estaba prohibido

que ningún súbdito de la Corona de Castilla pudiera ser esclavo, la Reina declaró que los indios de las Indias Occidentales, de las ya descubiertas y las de aún por descubrir, eran súbditos castellanos. Hubo, ciertamente, abusos en las Encomiendas y en el trabajo forzoso en las minas, pero por lo general, los indios americanos permanecieron al margen de las esclavitudes. Como era necesario mano de obra, comenzaron a importarse esclavos africanos: *Mors tua vita mea*, podrían haber dicho los indios.

Pero, al perecer, nadie se ocupó con tanta solicitud por los negros africanos. Hubo distintos regímenes jurídicos de las esclavitudes según las nacionalidades de los dueños. Fue muy conocido el *Code Noir* francés, y los Reyes de España dictaron otros tres “Códigos negros”, el último el carolino, llamado así por haber sido dictado bajo el reinado de Carlos III y, que no llegó a entrar en vigor.

La obviedad en este tema es tan grande que produce rubor mencionarla. ¿Nadie cayó en la cuenta que por cada esclavo que llegaba a América había tras de sí varias personas asesinadas? ¿Nadie pensó que no existía ninguna *causa jurídica* para esclavizar a esas personas? Indico esto porque en el caso de los prisioneros de guerra y en el de los *hebetiores* podía haber una explicación, pero esta razón falla completamente en la esclavitud de los africanos. El único autor que se planteó este tema expresamente fue Fernando Vázquez de Menchaca, quien dejó escrito lo que ya conocemos, que, por justos motivos, no se detenía a ocuparse de este tema.

Los europeos de la Edad Moderna vivieron una doble moralidad. Admitieron la esclavitud en Europa, siempre muy bajo la óptica de Roma, y desconocieron la esclavitud típicamente americana. Abraham Lincoln la condenó, en parte por motivos religiosos, pero uno de sus predecesores, al menos, Thomas Jefferson, tuvo una plantación con esclavos.

Francisco Carpintero
Universidad de Cádiz