

JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA
(Eds.)

JURISTAS DE LA INDEPENDENCIA

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN GENERAL	
LAS IDEAS JURÍDICAS: LOS JURISTAS IBEROAMERICANOS Y LOS PROCESOS DE INDEPENDENCIA, José María Pérez Collados.....	13
ARGENTINA	
LOS JURISTAS ARGENTINOS DURANTE LA ÉPOCA DE LA INDEPENDENCIA, Ezequiel Abásolo.....	45
BOLIVIA	
LOS JURISTAS DE LA INDEPENDENCIA, Carlos Gerke M.....	65
BRASIL	
INDETERMINAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO IMPERIAL LUSO-BRASILEIRO E O PROCESSO DE INDEPENDÊNCIA DO BRASIL, 1821-1822, Samuel Rodrigues Barbosa	103
CHILE	
LOS JURISTAS Y LA INDEPENDENCIA DE CHILE, Javier Rodríguez Torres...	131
COLOMBIA	
JURISTAS, SOCIEDAD, INDEPENDENCIA Y ESTADO EN LA NUEVA GRANADA, 1790-1830, Víctor M. Uribe-Urán	159
COSTA RICA	
LOS ABOGADOS EN LA FORMACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO COSTARRICENSE, Jorge Francisco Sáenz Carbonell.....	205
CUBA	
JURISTAS DE LA INDEPENDENCIA, Beatriz Bernal Gómez	251

	<u>Pág.</u>
ECUADOR	
ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LA INDEPENDENCIA ECUATORIANA, Carlos Landázuri Camacho	289
EL SALVADOR	
AUTONOMÍA, INDEPENDENCIA Y PATRONATO REPUBLICANO EN SAN SALVADOR: JOSÉ MATÍAS DELGADO E ISIDRO MENÉNDEZ, 1808-1830, Sajid Alfredo Herrera Mena	337
GUATEMALA	
LOS JURISTAS DE LA INDEPENDENCIA EN GUATEMALA, Jorge Luján Muñoz	357
HONDURAS	
LOS JURISTAS DE HONDURAS EN LA INDEPENDENCIA Y LA FUNDACIÓN DE SU PRIMER ESTADO: CONTEXTOS COLONIALES Y POSCOLONIALES, Darío A. Euraque	381
MÉXICO	
JURISTAS Y ABOGADOS DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO, José Ramón Narváez Hernández	415
NICARAGUA	
EL LEGADO HISPÁNICO EN LA FORMACIÓN DEL ESTADO EN NICARAGUA (SIGLO XIX), Xiomara Avendaño Rojas	437
PANAMÁ	
JURISTAS DE LA INDEPENDENCIA, Salvador Sánchez González	477
PARAGUAY	
¿NUEVA JURISPRUDENCIA O PRAGMATISMO POLÍTICO? PARAGUAY Y SU LUCHA POR MANTENER LA INDEPENDENCIA, Barbara Potthast e Ignacio Telesca.....	521
PERÚ	
ENTRE DOS MUNDOS: JURISTAS PERUANOS DEL TIEMPO DE LA INDEPENDENCIA, José de la Puente Brunke.....	583
PUERTO RICO	
APUNTES PARA UNA HISTORIA DEL PROCESO DE ADOPCIÓN DEL CÓDIGO PENAL LUEGO DEL CAMBIO DE SOBERANÍA, Luis E. González Vales	615

	<u>Pág.</u>
REPÚBLICA DOMINICANA	
JURISTAS DE LA INDEPENDENCIA, Wenceslao Vega B.	653
URUGUAY	
LOS JURISTAS URUGUAYOS DURANTE LA ÉPOCA DE LA INDEPENDENCIA, Ezequiel Abásolo.....	683
VENEZUELA	
ABOGADOS EN LA COLONIA E IDEÓLOGOS DE LA INDEPENDENCIA DE VENEZUELA, Alí Enrique López Bohórquez	701

PRÓLOGO

Dicen que los buenos proyectos de investigación (y quizás también, en humanidades y ciencias sociales, los buenos investigadores) van mejorando con el tiempo. Seguramente, como los buenos vinos tintos, esa mejora no es indefinida, pero sí puede decirse que hay un periodo de maduración en que el proyecto va tomando cuerpo y sus virtudes van haciéndose más perceptibles. Éste es el caso, creo, del libro que tengo el gusto de prologar. Hace ya casi tres años nació en el marco de conversaciones de pasillo de facultad entre quien escribe y José María Pérez Collados. Pero la paciencia, la persistencia y ciertas dosis de optimismo respecto de los resultados finales son imprescindibles para llevar a cabo grandes proyectos, que sólo mucho después van tomando ese cuerpo y prestancia que permiten reconocerlos como tales. Y éstas son virtudes que adornan a Pérez Collados y también a quien sería más tarde su coeditor, Samuel Barbosa.

La Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona asumió el reto de promover y financiar el proyecto que aquí ve la luz: un gran volumen que da cuenta del papel de los juristas, de sus concepciones acerca del derecho y del Estado, y hasta de su posición social y política, en los procesos de independencia y posterior institucionalización de los países latinoamericanos. Como el lector podrá ver en este libro, no fue precisamente poca. La efemérides del bicentenario de algunas de las independencias era la excusa perfecta.

Sin embargo, hay razones de fondo, que van mucho más allá de la efemérides, para que la Cátedra de Cultura Jurídica asumiera este proyecto. Y creo que éste es un buen espacio para contarlas someramente. En primer lugar, este libro es un ejemplo paradigmático del énfasis cultural de nuestro centro. Se trata, sin duda, de cultura acerca del derecho, del papel que el derecho y sus cultores han jugado en la historia de nuestros países; pero es también un estudio sobre la presencia del derecho en la cultura social de un determinado contexto histórico. Es un lugar común que el derecho siempre va por detrás de los cambios sociales, lo que no deja de ser cierto en muchos casos. Sin embargo, se olvida a menudo que el derecho, los juristas y hasta sus concepciones iusfilosóficas latentes, están muchas veces en el germen de algunos de esos cambios. No son sólo producto de ellos, sino contribuyentes de su acaecimiento. Como bien señala Pérez Collados en su introducción y atestiguan muchos de los trabajos de este libro, éste fue

en buena parte el caso de las independencias latinoamericanas. Basta observar la importancia de la formación cultural en la tradición jurídica castellana en el argumentario de la independencia. O incluso el rol jugado por las corruptelas de los detentadores de los oficios públicos indianos, o el origen jurídico del concepto «nación».

Más tarde, una vez declaradas las respectivas independencias, se da paso a un proceso de institucionalización que tiene un componente jurídico de primer orden. Se trata de dotarse de normas fundamentales, de instituciones y de reglas del juego, que permitan el gobierno de los nuevos Estados. Y, claro está, esta parte de la historia es propiamente historia del derecho. No es sólo ya el papel del derecho en la cultura general el que aquí interesa, sino el énfasis en la cultura propiamente jurídica. Y aquí de nuevo nos encontramos con la convergencia entre este proyecto y los objetivos fundacionales de nuestro centro: el estudio de la cultura jurídica.

Pero no se agotan aquí las convergencias. El concepto de «cultura» no estará seguramente entre la lista de los conceptos analíticamente más precisos, y mucho menos su derivado «cultura jurídica». Filósofos y antropólogos, entre otros, han intentado darle forma, sin que pueda decirse que haya consensos al respecto. Sin embargo, sí podemos asumir que en una de sus acepciones, cultura jurídica se asimila a tradición jurídica, lo que entronca con las concepciones del derecho y del Estado, los patrones interpretativos, las teorías dogmáticas, etc., que resultan dominantes en un momento y lugar. Así, habrá que hablar en propiedad de culturas jurídicas, en plural. Y es en este sentido que podemos individualizar una cultura jurídica iberoamericana, que sienta sus bases en la relación entre las metrópolis ibéricas y sus colonias y llega hasta hoy. Al estudio y la promoción de esa común cultura jurídica iberoamericana dedicamos el trabajo de nuestro centro. Y este libro es un producto paradigmático de este interés investigador.

Queda por ver si el resultado, hoy ya maquetado y encuadernado, será del agrado de los lectores, si tendrá el impacto que creo que merece, etc. Se podría decir que tenemos ese buen vino, que se ha elaborado con esmero infinito, ya embotellado. Veremos cómo madura y responde en las manos de sus consumidores. Yo, por de pronto, le auguro un gran éxito.

Jordi FERRER BELTRÁN

Director de la Cátedra de Cultura Jurídica

INTRODUCCIÓN GENERAL

*Las ideas jurídicas: Los juristas iberoamericanos y los procesos de independencia **

Dr. José María PÉREZ COLLADOS

Universidad de Girona (España)

SUMARIO: 1. EL OFICIO DE JURISTA.—2. EL DERECHO COLONIAL: 2.1. El estatuto jurídico de la sociedad indígena. 2.2. La política del doble error. 2.3. La contextura real del derecho indígena dentro del sistema de fuentes del derecho castellano.—3. LA ACCIÓN DE LOS JURISTAS SOBRE EL SISTEMA DE FUENTES: LAS IDEAS JURÍDICAS Y LA INVENCIÓN DE LOS NUEVOS ESTADOS LATINOAMERICANOS: 3.1. La construcción jurídica del concepto nación. 3.2. La consolidación de la corrupción. 3.3. El establecimiento jurídico de líneas de continuidad.—4. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA CITADA: Literatura jurídico-política de la edad moderna. Bibliografía general.

La independencia de los distintos países iberoamericanos ha sido objeto de estudio en el pasado y con cíclica reiteración, dado que muchas veces la oportunidad de aquellos estudios venía determinada por la conmemoración de diversas efemérides (normalmente la del descubrimiento de América, o la de la independencia de cada país)¹.

Que los juristas tuvieron algo que ver en estos procesos parece obvio, y es que los procesos de independencia son procesos de construcción de nuevas formas jurídicas. En concreto y en la casi totalidad de los casos, estas nuevas formas jurídicas dieron lugar a estructuras estatales organizadas en torno a

* Este estudio se enmarca en las investigaciones del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación de España. En referencia DER2010-21986-C02-02/JURI.

¹ Y con ocasión de eso han ido quedando algunas monografías de referencia: ANNA, 1986; BUSHNELL Y MACAULAY, 1989; COLLIER, 1977; COSTELOE, 1975; DE LA TORRE VILLAR, 1980-82; DOMÍNGUEZ Y UTRILLA, 1985; GUERRA, 1992; HAMNET, 1978; IZARD, 1979; JOCELYN-HOLT, 1992; LYNCH, 1976; MARIENSTRANS, 1976; O'PHELAN, 1988; PÉREZ COLLADOS, 1998; RESTREPO, 1969; ROMERO, 1977.

principios políticos provenientes bien de la ilustración, o bien de la relectura que se hace de los clásicos jurídicos y políticos castellanos a comienzos del siglo XIX.

Este libro, y éste su capítulo introductorio general, pretenden reflexionar sobre dos realidades que confluyen: el grupo social de los juristas y los procesos de independencia. Dos realidades que, en su interrelación, dan lugar a una ficción: la de los Estados iberoamericanos del siglo XIX.

1. EL OFICIO DE JURISTA

¿Quiénes eran esos juristas? ¿Conformaban un grupo cohesionado? Y, en ese caso, ¿qué principios e ideas defendían?².

Debemos partir de la base de que este concepto (jurista), como casi todos, es un concepto relacional o, lo que es lo mismo, se define en función de una actividad que vincula a un grupo social con otras variables. En concreto, el concepto de jurista se define por la relación que se establece entre un grupo de personas dotadas de una cualificación técnica y el derecho.

Partamos de la vieja definición de derecho que diera AZZO en una mítica glosa: «Derecho es precepto y ciencia».

En tanto que «ciencia», el derecho preconstituye la realidad de los juristas, dado que, por definición, el derecho exige unos actores cualificados. No cualquiera puede aplicar las normas.

La cualificación técnica de los juristas viene dada, ya desde la Edad Media, por la Universidad.

Por otro lado, el derecho se define por AZZO como «precepto», lo que significa que no se trata de una realidad sentimental (sentimiento moral o de justicia), sino una realidad objetiva, material: es el cuerpo de normas que se entienden como tales, como jurídicas, por una sociedad determinada.

Cuando hablamos, por tanto, de juristas, nos referimos a aquellos titulados como tales y, por ello, hábiles para desempeñar oficios de los llamados «de toga», durante el Antiguo Régimen.

Cuando hablamos, por tanto, de juristas, nos referimos a aquel grupo social, pero sólo en cuanto su actividad estuviera relacionada con el derecho, pues sólo en ese momento se definen por tales. En el desarrollo de otras actividades esos mismos hombres pueden ser comerciantes, políticos, poetas..., pero ello quedaría fuera del interés de este estudio, dado que a lo largo de estas páginas y del conjunto de este libro, lo que será objeto de estudio es la labor de los juristas (en tanto que tales), en los procesos de independencia.

Los juristas que lo eran en el momento en que arranca el proceso de independencia en Iberoamérica eran juristas del Antiguo Régimen. Y convendría hacer alguna reflexión respecto de ello.

Históricamente, el jurista del Antiguo Régimen no había poseído una mentalidad clara y concisa sobre lo que constituía, en cada momento, el sis-

² Un libro que constituyó un clásico y estableció nuevas vías de investigación en el estudio de los letrados y su incidencia política fue el de FAYARD, 1962.

tema articulado de fuentes del derecho. Quiero decir con ello que los criterios de jerarquía normativa no se aplicaron con precisión y claridad hasta el final de la Edad Moderna, produciéndose en el interior del sistema de fuentes del derecho del Antiguo Régimen fuertes contradicciones y problemas.

Para empezar, es posible decir que la ley, como primera y principal fuente del derecho, no había tenido un itinerario fácil a lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna.

El concepto de ley como fuente del derecho se basa en la existencia de una fuente de legitimación basada en la *auctoritas* política y el consenso social. Eso había venido siendo así desde la primera configuración jurídica de las *leges* en Roma. Tanto las *leges rogatae* como las *datae* tenían una doble legitimación: la popular de los comicios y la político-administrativa del magistrado que las impulsaba.

Esa doble legitimación confiere a la ley una *auctoritas* desde la que se fundamenta su hegemonía en el sistema de fuentes del derecho, desplazando a la costumbre (a los *mores maiorum*) de esa condición.

Y es que la costumbre obtenía su legitimidad originaria en un contexto social y político bien distinto al característico de la ley. La ley es la fuente del derecho por antonomasia en la sociedad política, presupone una estructura político-administrativa, se fundamenta en ella. La costumbre, sin embargo, es la fuente del derecho por antonomasia en una sociedad que se organiza en torno a estructuras familiares. Y ello porque en esas sociedades familiares (el clan, la gens, la tribu, etc.), el comportamiento del *pater* o, mejor aún, el comportamiento de los antepasados (sobre todo de los fundadores del orden familiar), constituye un ejemplo a seguir, debe ser emulado como forma correcta de obrar: son los *mores maiorum*, las costumbres o derecho de una sociedad familiar que venera a sus antepasados y que los mitifica en torno a leyendas que dan cuenta de sus hazañas.

Una sociedad que supera las formas familiares de organización y que se adentra en estadios organizativos más complejos que desarrollan aparatos políticos y administrativos de gobierno, es una sociedad que margina el derecho consuetudinario y privilegia a la ley como fuente jurídica.

Los juristas, en tanto que oficiales, como profesionales, en tanto que grupo social que protege una cultura, se constituyen en torno a la ley. Y es que no hay juristas en una sociedad de carácter familiar, clánica o tribal. Es la cultura de la ley la que da lugar los juristas.

A partir de ahí podemos afirmar que, para los juristas, cualesquiera otras fuentes del derecho lo son por referencia a esta primera y esencial: la ley.

La jurisprudencia, como fuente del derecho, se define por aplicar la una o la otra de las dos fuentes primarias del derecho, la ley o la costumbre, y siendo juristas los jueces, siempre se dará la circunstancia de que se acuda, preferentemente, a la primera.

La ciencia del derecho, sin embargo, y como fuente jurídica, sólo se comprende en relación con la ley. Es su comentario, su literatura, su exégesis, su interpretación. La ciencia del derecho no es una fuente autónoma, como puede ser la ley. Es una fuente dependiente de esta otra fuente primera. La requiere, parte de ella, la presupone.

Así pues podemos concluir que en la medida en que los juristas se adueñan del proceso de aplicación del derecho, la jurisprudencia abandonará, poco a poco, su vinculación con la costumbre para contraer un matrimonio monógamo y exclusivo con la ley. Y es que el juez aplicará entre todas las fuentes del derecho, y de forma casi exclusiva, la ley.

Del mismo modo, en la medida en que los juristas se adueñan del proceso de creación del derecho, la ciencia del derecho adquirirá como fuente un protagonismo nuevo y relevante. Porque a través de la ciencia del derecho los juristas podrán adquirir un papel determinante en el proceso de actualización y renovación de la ley.

Si hablamos del *oficio de jurista* en relación con las fuentes del derecho deberíamos concretarlo en dos labores esenciales, que son las más características de su función, las que mejor definen su estatuto, las que más concretan el concepto de jurista.

Por un lado, el jurista interpreta la ley, pero llega tan lejos en esta labor, desarrolla en tal medida su función interpretativa que esta función termina generando una nueva fuente autónoma del derecho: la ciencia jurídica.

Por otro lado, el jurista aplica la ley, y de nuevo en el ejercicio de esta función el jurista (de la mano de la ciencia del derecho), da lugar a otra fuente del derecho autónoma: la jurisprudencia.

Esta realidad que exponemos nos lleva a concluir que, a lo largo del Antiguo Régimen, el jurista conforma un grupo enormemente influyente que mantiene una relación de tal envergadura con la fuente principal del derecho (la ley), que a partir de ella es capaz de constituirse como un foco de creación normativa, como un motor de generación jurídica, como un impulsor de nuevas fuentes del derecho (que se concretarán en la *ciencia del derecho* y la *jurisprudencia*).

Mirado desde este punto de vista, la importancia de los juristas en Europa durante la Edad Media y Moderna sería capital, enormemente relevante. Pero, ¿y en América?, ¿se mantendrían allí los mismos planteamientos? Y ¿qué efectos tendría la relevancia del oficio de jurista en este continente?

2. EL DERECHO COLONIAL

Lo primero que debemos tener presente es que en América latina se materializó un sistema de pluralismo jurídico de una profundidad inusitada. A comienzos del siglo XIX este sistema de fuentes del derecho era el siguiente:

A) En primer lugar, se aplicaba el derecho legal producido en Castilla para su aplicación específica en las Indias, así como el producido por las autoridades castellanas en Indias (es lo que la historiografía ha venido en llamar «Derecho indiano»).

Este derecho creado en Indias, o para las Indias, abarcaba las cuatro fuentes del derecho (ley, costumbre, jurisprudencia y ciencia jurídica).

Lo que ocurre es que este ordenamiento principal y preferente constituía un sistema enormemente casuístico, localista y particular³. Las autoridades

³ Una muy correcta descripción de este ordenamiento en TAU, 1992.

metropolitanas en América creaban derecho en el marco de su propia jurisdicción, que era territorial. Esto es: una Audiencia, una Gobernación, un Corregimiento, un Virreinato, etc., creaba derecho en el ámbito territorial de su demarcación, y sólo para ese ámbito. Y era este derecho local el que tenía absoluta preferencia dentro de la amalgama jurídica de la primera fuente del derecho indiano⁴.

Es por ello que se crea un entorno jurídico particular y territorial en cada Audiencia, en cada Gobernación, en cada Virreinato, en cada estructura jurídica colonial que generaba normas locales para su propio territorio.

En relación con las costumbres propias de cada territorio cabe decir, también, que en América la llamada *costumbre criolla* tuvo un desarrollo enorme.

Según la tradición jurídica castellana recogida en las *Partidas* (1, 2, 6), la costumbre podía tener vigencia no sólo cuando abundaba en un criterio legal, o cuando cubría una laguna no regulada por la ley, sino incluso *en contra* del criterio expresado por normas legales⁵. En ese texto se mantenía el criterio de que *contra legem* la costumbre podía adquirir vigencia, siempre que su reiteración fuese sólida y constante, especificándose que si esta práctica se materializase tan sólo en un territorio concreto, la costumbre tendría vigencia tan sólo allí.

Es fácil explicar, por ello, que muchos de los nuevos Estados iberoamericanos que surgirán tras el movimiento de independencia lo harán sobre un territorio que antes constituía la jurisdicción de una Audiencia (así Bolivia en relación a la Audiencia de Charcas), una provincia (Costa Rica, Paraguay), una capitanía general (Chile), un virreinato (Colombia; el de Nueva Granada), etcétera.

Y es que estas circunscripciones habían ido dotándose de un derecho territorial, no sólo por el derecho que esas Audiencias, gobernaciones o virreinos creaban para su jurisdicción, sino porque allí se desarrollaría también un derecho consuetudinario propio, particular, así como una jurisprudencia de sus órganos de poder, todo lo cual generaría un espacio propio tanto de ideas jurídicas como de prácticas jurisdiccionales, que constituirá el soporte, con los años, de las distintas unidades de independencia.

La actividad de los juristas en esta labor de *preconfiguración* de ámbitos cohesionados que podrán ser el sustrato futuro de movimientos de independencia es innegable, y deberá estudiarse dentro de los cánones que hemos descrito en el epígrafe anterior, desde su capacidad de impulsar y orientar las fuentes del derecho en una dirección determinada, y ello desde su posición determinante en la configuración del contenido de las otras dos fuentes del derecho: la ciencia jurídica y la jurisprudencia.

⁴ Si bien, esa normativa debía ser siempre confirmada por la Corona (sin perjuicio de la vigencia de la norma hasta que la confirmación se produjese). Cfr. la disposición de Felipe III de 8 de marzo de 1619 en la *Recopilación de Indias*: 2, 1, 34.

⁵ «Puede tirar las leyes antiguas que fuesen hechas antes de ella, pues que el rey de la tierra lo consistiese usar contra ellas tanto tiempo como sobre dicho es o mayor. Esto se debe entender cuando la costumbre fuere usada generalmente en todo el reino; mas si la costumbre fuere especial entonces no desataría la ley sino en aquel lugar tan solamente donde fuere usada», *Partidas*: 1, 2, 6.

Se explica así que la doctrina jurídica de los juristas indianos abundara siempre en el valor de la costumbre *contra legem* y particular de los distintos territorios americanos, reforzando de esta manera con una fuente del derecho (en este caso la ciencia jurídica), otra (la costumbre criolla local)⁶. Y ello se hacía también vía otra fuente del derecho muy ligada a la actividad de los juristas: la jurisprudencia.

En América se tuvo siempre muy presente el criterio de Gregorio López (cuya glosa a las *Partidas* viajó junto con este texto por toda América), quien en su glosa a *Partidas* 1, 2, 5 afirmaba que la jurisprudencia y la costumbre tienen el mismo valor normativo, habida cuenta que en ambas fuentes concurren tanto el pueblo como el soberano⁷.

A ello habría que sumar la circunstancia de que la vinculación entre el juez y la ley se hacía mucho más flexible cuando había que aplicarla a los vasallos del rey de Castilla que se encontraban en una clara circunstancia de debilidad y desprotección ya que, por razones de equidad, la justicia del rey debía tener en estos casos una sensibilidad especial, pudiendo el juez desvincularse de una aplicación rigurosa de la norma para buscar la solución más justa, la más equitativa.

Éste era el caso de la comunidad indígena que, según el derecho castellano (y sobre esto nos extenderemos más adelante), tenía el estatus de gente «rústica», «menor», «pobre» y «miserable», lo que, muy sintéticamente, constituía un sistema de limitación de la capacidad jurídica de obrar que exigía una tutela para garantizar la protección de aquel al que se consideraba, *a priori*, inhábil para administrarse a sí mismo.

B) El derecho indígena formaba parte integrante de la realidad jurídica colonial en una América que se definía por una diversidad y pluralismo jurídico de gran profundidad.

El derecho indígena forma parte de la realidad jurídica de la América colonial, es cierto, pero no formaba parte del sistema de fuentes del derecho sobre el que pudieran actuar los juristas.

En cualquier caso, en la conformación de este marco jurídico indígena tuvieron los juristas, como veremos, una enorme relevancia.

Los pueblos indígenas fueron compelidos a organizarse en ciudades. Se alegó que el orden ciudadano y municipal era el único capaz de desarrollar una cultura evolucionada y próspera. Y para ello se citó toda la tradición gre-

⁶ Lo que harán los juristas indianos será regular esa costumbre local *contra legem*, como fórmula indirecta de consolidación de su valor en América. Cita habitual en ese sentido sería HEVIA BOLANOS, 1603, 1.^a Parte, VIII, núm. 18. Se exigía de la costumbre repetición de actos (bastaba para su prueba dos casos judiciales en los que se hubiera invocado la costumbre), que fuese racional (lo que siguiendo a los canonistas Enrique de Susa y Juan Andrés, quedaba al albur del juez), públicamente utilizada y durante un tiempo determinado (que se equiparó al de la prescripción), distinguiéndose diez años entre presentes y diez entre ausentes, pero siguiendo el criterio de Gregorio López, quien afirmaba que el pueblo siempre está presente, se utilizaría sólo el criterio de los diez años (contra la opinión, por cierto, de Hevia Bolaños, quien no sólo admitía la diferenciación, sino que en materia canónica la aumentaba a cuarenta años). Debía la costumbre ser tolerada por el príncipe, no ser contraria a derecho natural, no atentar contra el bien común y establecida sin error y a ciencia cierta.

⁷ La recopilación jurisprudencial más relevante de la época fue la de MONTEMAYOR, 1667.

co latina, toda la tradición construida en Grecia y Roma sobre el concepto de ciudadano, de ciudadanía, de ciudad⁸.

Se crean, de esta manera, los *pueblos de indios*, las «ciudades» en las que se reagrupa a las comunidades indígenas de cada lugar con el objetivo de potenciar su civilización y establecer una ubicación en zona cierta que facilitara su control político y social⁹. La consecuencia de este proceso sobre la población indígena de América es doble: por un lado se concentra y por el otro se municipaliza.

El fenómeno resultante será diverso, pudiéndose tipificar distintas categorías de ciudades¹⁰, pero en relación con la población indígena y *grosso modo* a efectos de este trabajo, sólo nos interesa resaltar que esta política dio lugar a tres agrupaciones indígenas en buena medida aisladas del contacto con los colonizadores: los llamados «pueblos de indios», las *collaciones* (barrios específicos de una ciudad, habitados por población indígena) o las *estancias* (cuando el barrio indígena estaba alejado del núcleo urbano de la villa).

En cualquiera de los tres casos, esta concentración aislada de la población indígena propició una importante pervivencia del derecho tradicional indígena, avalada por la Real Cédula de Carlos V de 12 de julio de 1530 en la que se permitía la vigencia del derecho indígena («sus buenos usos y costumbres»), con el límite establecido del derecho natural y la religión («en lo que no fuera contra nuestra sagrada religión»)¹¹.

El mantenimiento del derecho indígena durante la etapa colonial constituye una realidad enormemente compleja que se apoya en dos circunstancias y que tendrá enorme influencia en la *factio iuris* a que dan lugar los procesos de independencia.

2.1. El estatuto jurídico de la sociedad indígena

El título por el cual Castilla obtiene la soberanía política en toda América es la bula pontificia del papa Alejandro VI en la que se establece como justificación de la donación del dominio político castellano sobre aquellos territorios y sus gentes, el encargo que se hace a los reyes Católicos de evangelizar América¹².

Ello plantea una consecuencia inmediata: los indígenas de aquellas tierras han de ser declarados *necesariamente* seres humanos de libre condición, pues de lo contrario no habría sobre quién ejercer la labor evangelizadora que se encomienda en la bula.

⁸ La cita en este punto de SOLÓRZANO PEREIRA, 1648, es muy significativa. En el lib. II, cap. XXIV, podemos leer párrafos tan significativos como éstos: «Así los mismos Aristóteles y Cicerón definen la Ciudad diciendo ser una perfecta congregación de hombres, que esparcidos antes por chozas en selvas o bosques, se juntaron en uno, mediante lo qual vienen a conseguir los muchos y loables efectos que en esta vida sociable y política se consiguen, que es sin duda mucho mejor que la solitaria, como lo enseña Santo Tomás, que el solitario o ha de ser dios, o bestia».

⁹ Cfr. *La ciudad iberoamericana*, monográfico de *Revista de Indias*, núm. 127-130 (1972); en especial SOLANO, 1972: 241-268; y 1976: 7-29.

¹⁰ MORSE, 1971; Houston, 1968.

¹¹ Recopilación de Leyes de las Indias, 22, 20, V.

¹² La bula en GARCÍA-GALLO, II, 1982: 638.

Visto desde este punto de vista, la *revolucionaria* y *humanística* declaración en 1512 de las *Leyes de Burgos* declarando la humana y libre condición de la población indígena, *como cualquier otro vasallo de Castilla*, no constituía sino un imperativo político, si es que se quería mantener el privilegio del monopolio gubernamental en aquellos territorios.

El problema que habría que solucionar a partir de la situación jurídica que genera la bula de donación sería el siguiente: ¿cómo administrar el dominio político sobre aquellos seres a los que, por otra parte, se reconocía su condición de seres humanos libres?

La aportación de los juristas fue, en aquel momento, esencial. No en vano, las propias leyes de Burgos antes mencionadas proceden de la reunión de un grupo de juristas y teólogos que en esa misma ciudad había convocado el rey Fernando el Católico para buscar una solución a estos primeros problemas que plantea la dominación de las Indias¹³.

Y la solución viene de la mano de la ciencia jurídica, como fórmula de aclimatar una legislación a la peculiaridad del Nuevo Mundo.

Si bien la población indígena americana es declarada población libre, su estatuto jurídico se dibujará sobre cuatro calificativos que, procedentes del *ius commune* europeo, permitían el respeto y reconocimiento de la plena personalidad jurídica para aquellos seres humanos, al tiempo que se limitaba en gran medida su capacidad de obrar, haciéndose necesaria la figura de un tutor que complementase las carencias de aquellas sociedades.

El cuádruple calificativo al que hemos hecho referencia se describe por SOLÓRZANO PEREIRA en su *Política indiana*¹⁴ con gran claridad. Los indígenas se califican como «rústicos», «miserables», «pobres» y «menores». *Rústicos* lo serán porque se hallan al margen de la cultura (o sea, de la tradición del pensamiento europeo y de la religión católica); esa *rusticidad* les situaba fuera, también, de los márgenes del derecho, por lo que muchas de las normas del derecho oficial no les serían exigibles, y ello durante el tiempo en el que persistiera el estado de incultura. En correspondencia con ello, sus propias normas, su derecho tradicional, les sería transitoriamente mantenido¹⁵.

Miserable lo será el indio de una manera congénita, y es que se considera que adolecen de habilidades para comprender los valores básicos de la cultura y el orden debidos. Del mismo modo que como *menores* constituía un peligro para ellos mismos permitirles ejercer sin límites su propia libertad, y como *pobres* resultaba evidente que no eran capaces de proveerse de lo necesario para tener una vida digna.

Estos cuatro estatutos se podían definir en una característica común: definían a un ser humano que no era capaz de administrarse de modo correcto a sí mismo, de modo que su propio bien *recomendaba* el establecimiento de un tutor que dirigiera su vida, en tanto su situación personal no se modificase.

¹³ Los juristas integrantes de la Junta reunida en Burgos eran los más afamados de la época: Hernando de la Vega, los licenciados Gregorio (predicador del rey), Santiago Zapata, Moxica y Santiago, y el doctor López de Palacios Rubios.

¹⁴ SOLÓRZANO, 1648: lib. II, caps. 4 y 28.

¹⁵ Sobre estos estatutos en general, cfr. HESPANHA, 1993: 17-60.

Esta conjugación de la igualdad y la marginación, esta manera de hacer complementaria la declaración de ser los indios hombres libres (como cualquier otro vasallo de los reinos de Castilla), al tiempo que se les configuraba un estatuto especial que los convertía en población sometida mediante la limitación de la capacidad de obrar a través del establecimiento necesario del pupilaje, pasará a consolidarse como el procedimiento jurídico universal mediante el que se mantendrán sometidas a estas poblaciones en todos los Estados de América y en ambos hemisferios, incluso durante la mayor parte del siglo xx.

Obras como la del norteamericano Henry SNOW¹⁶, de influencia general en esta cuestión ya en pleno siglo xx, no constituyen sino una mera continuidad del planteamiento colonial castellano descrito en escritos jurídicos tan influyentes en su época como el del jurista indiano CAMPO DE LA RINAGA, que, tomando como base la tradición jurídica privada de las instituciones del tutor y el curador (procedente del *ius commune*), establece y construye la institución política del Protector de indios¹⁷.

Y es que la técnica de tomar categorías de derecho privado para dotarlas de perspectiva en el orden político será una técnica colonial castellana practicada durante el Antiguo Régimen que encontrará cultivadores más allá de la frontera cronológica de la independencia, y más allá de la geografía propia del ámbito iberoamericano.

2.2. La política del doble error

Cierta historiografía estadounidense iniciada por Charles GIBSON¹⁸, desarrollada por James LOKHART¹⁹ y complementada en el área maya por Nancy FARRIS²⁰ ha aportado mucho acerca del conocimiento del derecho indígena bajo el dominio colonial en Mesoamérica.

Pero corresponde a LOKHART la intuición de que, en buena medida, el mantenimiento y pervivencia del derecho indígena se produce a través del fenómeno que ha denominado *double mistaken identity*²¹; esto es, cada uno de los dos mundos en contradicción en América (el colonial y el indígena), se miran sin verse, puesto que interpretan la realidad del otro desde sus propios cánones y, de este modo, donde hay, por ejemplo, *calpollis* y *altepetles* (estructuras de organización local del mundo *nahuatl*), los castellanos verán municipios (pueblos y cabeceras), de forma que sentirán la paz de ver mantenido un orden político aunque, de hecho, no existirá fuera de su mirada. Y errores parecidos facilitarán que las comunidades indígenas comprendan y acepten la dominación que padecen.

De este modo, la realidad política y jurídica indígena lo era, en buena medida, de modo subyacente, constituía «una realidad que existía por debajo de la concepción política castellana, la cual, donde había dos preexistentes

¹⁶ SNOW, 1921. Glosa de estos aspectos de la obra de Snow en CLAVERO, 1994: 53-56.

¹⁷ CAMPO y de la RINAGA, 1671.

¹⁸ GIBSON, 1952 y 1964.

¹⁹ LOKHART, 1991 y 1992.

²⁰ FARRIS, 1984.

²¹ LOKHART, 1985: 469-471 y 477.

realidades indígenas (*altepetl* y *calpolli*), veía tres: pueblos, cabecera y *sujetos* —aldeas que rodean a la cabecera y que son dependientes—, y donde había una composición de estructuras familiares simétricas y un orden prefijado de rotación política, sólo concebía núcleos urbanos y la tradicional jerarquía administrativa escalonada»²².

2.3. La contextura real del derecho indígena dentro del sistema de fuentes del derecho castellano

El derecho indígena no forma parte del sistema de fuentes del derecho castellano en la medida en que, por un lado, su pervivencia se considera transitoria y provisional (no sujeta a evolución posible ni a actualización o mejora), dado que se justifica en la condición rústica, miserable, de pobreza y de minoría de edad de la masa indígena.

Además y, por otro lado, la pervivencia del derecho indígena se basaba (sobre todo en materia de derecho público), no tanto en una decisión consiente de las autoridades metropolitanas, sino en la ignorancia o el error (*double mistaken identity*) acerca de la verdadera identidad de las organizaciones indígenas.

En todo caso, la política del *double mistaken identity* no constituye un error puro y desinteresado, sino un claro precedente de la política del *indirect rule*²³; menos consiente (porque los imperativos morales de la época no toleraban tal grado de cinismo), menos explícita (por lo mismo), pero no menos articulada y eficaz.

Por ello y en este contexto, hablar de *pervivencia* de los derechos indígenas en el sentido de poder afirmar que estos ordenamientos se integraban en el sistema de fuentes del derecho de las Indias, no parece que constituya una correcta descripción de la realidad histórico-jurídica de la época.

Los ordenamientos jurídicos de las poblaciones indígenas sobrevivirán y se mantendrán en cierta medida durante la etapa de la colonia, pero nunca formando parte del sistema articulado de fuentes del derecho sobre el que pudieran actuar los juristas a la hora de conformar realidades nuevas (como serían las formaciones políticas a que darán lugar los procesos de independencia).

El nuevo orden político que surja de la independencia no tendrá en su semilla ninguna aportación de los ordenamientos indígenas. Los nuevos Es-

²² PÉREZ COLLADOS, 1998: 107-108. En general, una explicación por extenso de esta «doble confusión de identidad» centrada en el área mexicana y aplicando la citada metodología de GIBSON y, sobre todo, LOKHART, puede leerse en PÉREZ COLLADOS, 1998: 104-122.

²³ Siglos más tarde de la época de la que estamos hablando, el imperio colonial británico establecerá y universalizará la política del *indirect rule*, que consistía en el dominio de las poblaciones nativas a través de sus propias administraciones, dado que éstas, subordinadas como estaban al gobierno metropolitano, serían muy útiles para la obtención de los objetivos coloniales. Desde este punto de vista, respetar las organizaciones políticas nativas resultaba más eficaz para la dominación colonial que intentar subvertir un orden y cambiarlo por otro, puesto que se evitaban de este modo conmociones sociales, resistencias y enfrentamientos. La imagen que ofrece la política del *indirect rule* es la del respeto y mantenimiento de las autoridades tradicionales y las leyes autóctonas.

tados serán ajenos a esa tradición, la ignorarán, no la tendrán en cuenta. Y el motivo será el ya expresado: el orden jurídico indígena nunca formó parte del sistema jurídico en Indias; fue, simplemente, un sistema jurídico tolerado de forma transitoria en lo que al derecho privado respecta, y utilizado por la pragmática política en lo que hace referencia al derecho público.

Lo que sí resulta relevante destacar en este punto es la importancia del precedente colonial castellano para la comprensión de la realidad indígena en época contemporánea.

Ya hemos constatado la importancia del precedente castellano en relación con la política del *indirect rule*. Y podría abundarse todavía más en este punto.

En ocasiones, se ha hecho referencia a la política del *indirect rule* como causa más o menos eficiente del nacimiento de la antropología jurídica, dado que esta estrategia de dominación política daría lugar a considerar importante el conocimiento de las formas jurídicas y políticas de las sociedades indígenas, para poder instrumentalizarlas como herramienta del poder colonial.

El ejemplo más habitualmente utilizado de cómo la institución del *indirect rule* da lugar a la ciencia de la antropología jurídica es el de Henry James Sumner MAINE, uno de los padres fundadores de esta disciplina con libros como *Ancient Law*, y que fuera tanto profesor en las Universidades de Oxford y Cambridge, como alto funcionario en la administración colonial del imperio británico en la India.

Pero resulta evidente que podríamos hallar entre los juristas coloniales y los cronistas de la América castellana, precedentes más antiguos que el del ilustre jurista y antropólogo británico (precedentes que, además, estarían motivados por las mismas razones que abrieron el camino de la antropología jurídica contemporánea).

Los ejemplos en este campo serían muy numerosos, no habría más que citar a Juan Polo de ONDEGARDO²⁴, a Vasco de QUIROGA²⁵, a José de ACOSTA²⁶ o a Gonzalo FERNÁNDEZ DE OVIEDO²⁷, entre los muchos que ofrecieron ya por aquella época un retrato de las costumbres y el derecho de los pueblos originarios de América, y desde bien distintas perspectivas.

3. LA ACCIÓN DE LOS JURISTAS SOBRE EL SISTEMA DE FUENTES: LAS IDEAS JURÍDICAS Y LA INVENCION DE LOS NUEVOS ESTADOS LATINOAMERICANOS

3.1. La construcción jurídica del concepto nación

Los procesos de independencia en América latina son procesos constituyentes mediante los que se definen Estados pretendidamente nacionales (Estados que dicen regirse por el principio de soberanía nacional).

²⁴ Diversas obras podrían citarse de este autor, en especial, cfr., POLO DE ONDEGARDO, 1571.

²⁵ QUIROGA, 1535.

²⁶ ACOSTA, 1590.

²⁷ FERNÁNDEZ DE OVIEDO, 1526 y 1851-54.

Es la *nación* quien se independiza de la Metrópoli y construye un Estado: éste es el discurso político que se generaliza por toda América y que da lugar a México, Perú, Guatemala, Colombia, Brasil..., al conjunto de los Estados iberoamericanos.

Pero el concepto de nación, además de constituir un elemento teórico sobre el que se justifican proyectos políticos y se articulan Estados constitucionales, tiene necesariamente que dar lugar en la práctica a una realidad concreta: *el conjunto de ciudadanos que la integran*.

Es en este punto en donde la idea de nación necesita a su trasunto jurídico fundamental: el régimen jurídico de la nacionalidad, esto es, la fórmula mediante la cual se defina quiénes componen la nación, qué personas integran la nación y qué personas quedan fuera y, por tanto, son excluidas del grupo nacional.

Históricamente, el régimen jurídico de la nacionalidad surge al mismo tiempo en el que aparecen las primeras formas rudimentarias de Estado, y ello porque este régimen jurídico sirve para responder a la siguiente pregunta: ¿quiénes pueden desempeñar en nuestro reino los oficios públicos? ¿Quiénes pueden ser jueces, alcaldes, gobernadores? ¿Puede el rey nombrar para estos cargos a cualquier persona?²⁸

Y la respuesta a esa pregunta será siempre la misma en toda Europa: el rey debe nombrar para el desempeño de los oficios públicos a cualquiera de sus súbditos, en función de sus méritos y capacidades. El rey podrá designar con amplia discrecionalidad, pero siempre entre sus súbditos. Éste será el límite que no podrá exceder, deberá escoger sus oficiales entre los que pasarán a denominarse *naturales* del reino.

Esta limitación del rey se constituirá jurídicamente como una institución: *la institución de la reserva de oficios para naturales*. Una institución jurídica que llevaba implícita y desarrollaba por primera vez el régimen jurídico de *naturaleza* en cada reino (esto es, la concreción respecto de quiénes integran la comunidad nacional).

Según este esquema, durante la etapa colonial, y con la ley en la mano, la discrecionalidad del rey para designar oficiales en Indias sólo debía tener ese límite, el de que la designación debía recaer siempre en uno de sus súbditos, los naturales de la Corona de Castilla.

A partir de ahí, sin embargo, los juristas americanos utilizarán su capacidad de actores del sistema de fuentes del derecho con la siguiente pretensión:

²⁸ Un estudio monográfico sobre la formación histórica y jurídica de la nacionalidad en PÉREZ COLLADOS, 1993.

En Castilla se partía de un régimen de naturaleza que en la anterior monografía se califica de «rígido», esto es: la condición de natural exigen el nacimiento en el reino y de padres que también tengan la condición de naturales. Y esto se determina tanto por la normativa de *Partidas*, como por la ley de Enrique III en Cortes de Madrid de 1396, en la que «a los efectos de excluir a los extranjeros del disfrute de los beneficios y las pensiones eclesiásticas se definía a los naturales, únicos habilitados para optar a las mismas, como *aquellos que fueren verdaderos naturales de padres y madre y nacidos en ellos* (los Reinos de Castilla y León)». Cfr. PÉREZ COLLADOS, 1993: 33-37. Más tarde, la Pragmática de Felipe II de 1565 aporta cierta flexibilidad a la norma, constituyendo el derecho de referencia para esta materia en Castilla durante toda la Edad Moderna (la Pragmática en *Novísima Recopilación*, I, XIV, 7).

que el rey sólo pudiera nombrar para sus cargos en América a sus vasallos en esas tierras americanas.

Esta pretensión no constituía una cuestión menor. Ya hemos indicado el hecho de que el origen del concepto de nación se encuentra, precisamente, en la necesidad de determinar y establecer el conjunto de personas que pueden desempeñar oficios públicos. Y ello resultaba esencial en relación con la filosofía que fundamentaba las formaciones políticas del Antiguo Régimen.

Políticamente, los Estados del Antiguo Régimen se fundamentaban sobre un triángulo conceptual: la idea de *auctoritas*. El concepto de *potestas*. Y el régimen jurídico de naturaleza.

La idea de *auctoritas* tiene sus raíces jurídicas en el derecho romano clásico y su modelo político en los emperadores de la época del dominio. La imposibilidad de que la *auctoritas* se ejerza en todas partes y lugares por aquel que la encarna (nadie tiene el don de la ubicuidad), da lugar al concepto de *potestas*, esto es, la administración delegada de la autoridad mediante oficiales públicos. La *potestas* hace real a la *auctoritas*, la convierte en algo objetivo, palpable.

La *auctoritas* es un concepto teórico, una legitimidad encarnada en un emperador o un rey. La *potestas* es la materialización de esa autoridad en forma de Administración (Audiencias, Municipios, Gobernaciones...).

El tercer elemento del triángulo conceptual que explica la teoría del Estado en el Antiguo Régimen es el régimen jurídico de la naturaleza, que está indisolublemente ligado a la institución de la reserva de oficios para naturales.

La institución de la reserva de oficios para naturales está en el origen de las primeras formas primitivas de Estado que pueden vislumbrarse ya en la Edad Media, porque genera el siguiente proceso político: si la *auctoritas* se define como sujeto de poder, y el objeto de ese poder está definido por los vasallos del rey (en el caso de los reinos medievales europeos), la institución de la reserva de oficios para naturales dará lugar a que en la Administración del reino *sujeto y objeto de poder confluyan*, coincidan, se fundan, dando lugar a la aparición de una formación política nueva en Europa: el Estado.

La historia política europea medieval y moderna vivirá el proceso de la evolución de esta formación política, el Estado, que llegará a su cristalización suprema cuando la idea de sujeto y de objeto de poder culminen su proceso de fusión en el concepto de soberanía nacional, alcanzando el Estado, de esta manera, su formulación más elaborada y definitiva²⁹.

Desde estos planteamientos, la activación en América, por parte de los juristas criollos, de una interpretación de las fuentes del derecho de las Indias en el sentido de instituir, como derecho, *la reserva de las plazas indianas para la población criolla*, constituía un proceso de enorme importancia.

Y es que esta política que los juristas activarán desde su instrumentalización de las fuentes del derecho tendría como consecuencia la pre-configuración de los que vendrán a ser, con el tiempo, Estados independientes iberoamericanos, dado que se generarían unas administraciones específica-

²⁹ PÉREZ COLLADOS, 1993: 171-186, 233-269.

mente criollas que, puestas en relación con el establecimiento de un régimen de naturaleza (o nacionalidad) criollo, darían lugar a estructuras políticas muy cercanas a la formulación de Estados, sobre todo teniendo en cuenta la articulación local o territorial del derecho en las Indias que, como tuvimos ocasión de ver en su momento, dotaba a las distintas circunscripciones —Audiencias, Capitanías Generales, Gobernaciones, Virreinos etc.—, de una enorme personalidad jurídica propia.

La consecuencia sería obvia. Los Estados del Antiguo Régimen se conformaban, como hemos dicho, sobre un triángulo conceptual: *auctoritas*, *potestas* y régimen de naturaleza. Y diversas circunscripciones americanas se habían constituido ya en el siglo XVII en torno a dos, habida cuenta de que contaban con un derecho territorial propio y unas administraciones desempeñadas por los naturales de la región. El vínculo con la Metrópoli era muy débil, tan sólo dependía de la legitimidad de la *auctoritas*, única y exclusivamente de eso.

Y en la medida en que los naturales tendieran a dar el paso hacia el concepto político de nación y asumir, por tanto, la plena legitimación de la *auctoritas*, ese vínculo tendría sus días contados.

Desde estas concepciones resulta enormemente relevante la activación jurídica que hacen los juristas criollos de las fuentes del derecho de Indias para lograr establecer la institución de la reserva de oficios para naturales en sus respectivos territorios.

Lógicamente, los juristas indianos utilizarán el potencial de la ciencia jurídica, entendida como fuente del derecho, para lograr consolidar esta institución.

Es muy reseñable el notable esfuerzo que llevaron a cabo en este sentido, a tenor de la cantidad de obras que pueden fácilmente consultarse escritas con esta intencionalidad: así, contamos con infinidad de textos, como los de Juan de ZAPATA SANDOVAL³⁰, Juan ORTIZ DE CERVANTES³¹, Luis de BETTANCOURT Y FIGUEROA³², Buenaventura de SALINAS Y CÓRDOBA³³, Pedro de BOLÍVAR Y DE LA REDONDA³⁴, Juan Antonio de AHUMADA³⁵ o, incluso, el mismo y varias veces citado SOLÓRZANO Y PEREYRA.

En los diversos países latinoamericanos, la nación se construirá sobre esas bases, teniendo en cuenta que se trataba de construir los respectivos Estados independientes sobre unas Administraciones que ya se estaban conformando sobre la institución de la reserva de oficios públicos y beneficios eclesiásticos en torno a la población criolla de cada región (entendiéndose por «región», la circunscripción de la Audiencia, Capitanía General, Gobernación o Virreinato, según el caso).

Y ello sobre la base de que la población indígena no se excluía formalmente de la nueva nación que se constituía, pero sí del ejercicio de funciones

³⁰ ZAPATA, 1609.

³¹ ORTIZ, 1620.

³² BETTANCOURT, 1637.

³³ SALINAS, 1643.

³⁴ BOLÍVAR, 1667.

³⁵ AHUMADA, 1725.

públicas, dado el régimen de limitación de su capacidad de obrar que, como hemos visto, quedaría establecido para esta población.

Eran, pero no eran, por tanto, miembros de la comunidad nacional. Eran, porque en ningún caso quedaban excluidos, pero no eran porque, de manera habitualmente tácita, política, cimentada sobre la tradición de trescientos años de colonia, no podían desempeñar oficios públicos.

Un folleto impreso en México en 1821, titulado *Breves reflexiones sobre la independencia de América*, constituye un buen ejemplo de esto que digo, llegando a manejar unas cifras sobre la población indígena americana apta e inadecuada para formar parte de la ciudadanía activa, que sorprenden por no decir que escandalizan:

«... de los seis millones y pico que se le han asignado, debemos rebajar tres millones, seiscientos setenta y seis mil, doscientos ochenta y un indios, que no se debe contar con ellos, sino hasta que por medio de la educación se les saque del estado de abatimiento en que se hallan».

Este impedimento, esta prohibición, no la podremos encontrar explícitamente declarada en ningún texto legal. Era una cuestión doctrinal que venía siendo así desde los tiempos de la colonia, avalada por los textos de los mejores juristas.

Las consecuencias serían obvias. Hemos descrito el proceso mediante el cual en las Administraciones públicas se producía el encuentro entre la idea teórica de *sujeto* y de *objeto* de poder político. De este modo la idea teórica de nación alcanzaba a ser real, se materializaba.

La marginación de la población indígena del desempeño de oficios públicos en los nuevos Estados nacionales tendrá como consecuencia que su integración en el grupo nacional no se materialice, no alcance ningún grado de realidad, sea un mero discurso sin repercusión práctica.

Y sin la concreción real del concepto de nación, los nuevos Estados constitucionales latinoamericanos no podían pasar de constituir una ficción, una ficción jurídica, una construcción de juristas.

En este sentido hemos hablado antes de la independencia como *factio iuris*. Como una creación literaria en la que el novelista no sería, en este caso, un escritor, sino el jurista.

3.2. La consolidación de la corrupción

Por corrupción debe entenderse un comportamiento contrario al derecho vigente, que se mantiene y consolida gracias a la complicidad de los agentes del poder político que deberían evitarlo.

Unos procesos de independencia como son los iberoamericanos, protagonizados por la propia clase dirigente, esto es, por aquellas elites que propiciaban la corrupción existente, estarán encaminados a establecer un nuevo orden político en el que las prácticas que durante el Antiguo Régimen eran ilegales y se amparaban en los márgenes políticos a que daba lugar la corrupción, pasen a ser refrendadas como comportamientos legítimos y amparadas por el nuevo marco legislativo.

Desde este punto de vista, los estudios sobre la corrupción política del Antiguo Régimen son básicos para comprender muchas de las estrategias jurídicas que se seguirán a partir de la independencia en muchas regiones de América.

El hecho es que ya desde mediados del siglo XVII los gobiernos coloniales «habían desubstancializado los principios normativos que debían inspirar la administración de aquellas tierras, habían deteriorado su correcto funcionamiento e instaurado un orden de corrupción que había generado la consolidación de grupos locales de influencia, de elites de poder»³⁶. Estas elites de poder serán las que conduzcan los procesos de independencia de modo que los nuevos Estados constituirán, entre otras cosas, la consolidación legal de lo que antaño eran prácticas corruptas.

Un juicio tan relevante como el que emitiría el obispo PALAFOX³⁷ en su condición de virrey visitador en la Nueva España ya ponía de manifiesto que las estructuras regionales del poder criollo se sustentaban en unas prácticas de corrupción cuyo principal asiento lo constituían los denominados «repartimientos de comercio», actividad ésta tan ilegal como totalmente tolerada, y que se desarrollaba en los niveles locales de la Administración indiana³⁸.

La realidad es que para aceptar la provisión de un empleo en la Administración local indiana era preciso realizar una importante inversión de partida. Aquel que hubiera sido nombrado alcalde mayor o corregidor debía trasladarse por sus propios medios a Cádiz y, una vez allí, adquirir todos los efectos personales que pudiera necesitar, debiendo costearse más tarde su viaje a América. Una vez allí los desembolsos no terminaban, ya que el provisto en el cargo tendría que buscar fiadores que avalaran sus responsabilidades financieras por el desempeño del oficio y adelantar el 50 por 100 de las expectativas sobre la recaudación impositiva (la llamada media anata). Tras ello, el corregidor o alcalde mayor partiría hacia la localidad en la que estuviera radicado su oficio, debiendo instalarse allí de modo acorde con sus responsabilidades.

Semejante gasto de inversión nunca podía quedar paliado por un salario que, en ocasiones, era literalmente inexistente, y cuando se producía era siempre muy escaso.

La situación que abría esta circunstancia era la siguiente: a cambio de no pagar salarios, o pagarlos con una cantidad testimonial, la Metrópoli toleraría el establecimiento de estructuras de corrupción que hicieran rentables estos oficios.

Una de estas prácticas serían los repartimientos de comercio, que, muy sucintamente, consistían en lo siguiente: una vez en su destino, los oficiales distribuirían pequeños capitales y mercancías entre sus súbditos indios (apeiros de labranza, mulas y, en general, lo necesario para que pudieran trabajar sus tierras), exigiendo, más tarde, elevadas cantidades por unos créditos que, además, quedaban muy garantizados por la posición de poder que tenía el

³⁶ PÉREZ COLLADOS, 1998: 34.

³⁷ PALAFOX, 1968: tomo I, 147 y ss.

³⁸ En el Perú la estudia MORENO, 1977.

acreedor, quien, por otro lado, constituía un auténtico monopolio comercial (de venta compulsiva e interés a alto precio).

Como toda estructura de corrupción, ésta generaba un tejido de prestaciones y contraprestaciones que se articulaba por toda la Administración indiana.

Así, por ejemplo, y dado que tras el desempeño de la plaza de virrey debía pasarse por un juicio de residencia, los virreyes (que tenían amplias facultades en la provisión de oficios) solían conceder plazas y honores a los familiares de los oidores de sus Audiencias, garantizándose, por este camino, un alto grado de impunidad. Y en este caldo de cultivo, esos mismos oficiales (surgidos en esta trama de intereses), podían utilizar tributos reales para financiar y establecer empresas particulares o eludir el pago de la alcabala.

En este contexto, lo relevante para ser considerado *criollo* en una región no era tanto haber nacido, o no, en suelo americano, sino formar parte de la red de corrupción de ese territorio. El gachupín, como se denominaba en la Nueva España al español, no se definía por haber nacido en Europa, sino por no formar parte de ese entramado que, como hemos visto, genera una red de complicidades que vinculaba al conjunto de las respectivas administraciones regionales de la colonia, dando lugar, y esto es enormemente relevante, a una importante conciencia política de grupo que estará en la base de los procesos de independencia.

La corrupción había generado en la América colonial un régimen jurídico tácito, no explícito, una auténtica *constitución no escrita* ³⁹.

En el orden económico, la corrupción había generado un sistema mercantil basado en el monopolio tanto del crédito como de los bienes de producción, dado que al modelo local del repartimiento de comercio que impulsaban corregidores y alcaldes mayores se sumarían también los gobernadores de las provincias más alejadas de la Metrópoli, cuyos cargos apenas contaban con salario alguno, de modo que sólo podían acceder a ellos comerciantes ricos que una vez obtenido el gobierno en cuestión «comenzaban a vender las alcaldías a otros tales y mejoraban sus emolumentos dedicándose al tráfico con los indios o valiéndose de su autoridad para reservarse la exclusiva de determinado comercio, como los alcaldes lo hacían también en su jurisdicción» ⁴⁰.

Contra este régimen corrupto se activa en el siglo XVIII una nueva política colonial metropolitana que tenía como principal objetivo hacer rentables aquellos territorios para la Corona, a través de una reforma de la administración que la hiciera más eficaz y totalmente vinculada a la Metrópoli ⁴¹.

El atentado que ello suponía contra la mencionada *constitución no escrita* americana resultaría evidente: los oficios públicos se proveerían en oficiales

³⁹ La expresión es de PHELAN, 1978: XVIII. 7, 30 y 82-84.

⁴⁰ NAVARRO, 1964: 57.

⁴¹ Un resumen detallado de las reformas de Carlos III en PÉREZ COLLADOS, 1998: 194-210.

Bibliografía sobre la cuestión. Respecto de las reformas en el área económica, cfr. PUHLE y JACOBSEN, 1986; FISHER, 1992; HAMNETT, 1971. Respecto de las reformas en las Administraciones americanas, puede consultarse: BARBIER, 1980; NAVARRO, 1959; BURKHOLDER y CHANDLER, 1977; FISHER, 1970; LIEHR, 1976; MIGDEN, 1987; LYNCH, 1958. Un buen resumen genérico de lo que supusieron esas reformas: BRADING, 1984.

españoles más afines y sensibilizados con los intereses metropolitanos, poniéndose fin al sistema de venta de oficios, sobre todo en las magistraturas, y quedando reducido drásticamente el número de criollos en estas plazas ⁴².

La eliminación de los repartimientos de comercio sería uno de los objetivos principales de esta política de reformas metropolitana. Se trataba de lograr que los rendimientos mercantiles de América revirtiesen en favor de la Corona y no sirvieran para alimentar el círculo social y político criollo. Las expectativas eran, además, enormemente optimistas ⁴³, apoyadas por el enorme crecimiento demográfico de la población indígena desde 1740, y que movían a pensar que la incorporación al mercado de estas enormes bolsas de población como pequeños productores agrarios, como consumidores y como contribuyentes, podría constituir la base de una generación muy grande de riqueza.

La Metrópoli, desde esta expectativa, tratará de romper el monopolio comercial establecido mediante los repartimientos de comercio, de manera que las poblaciones indígenas pasasen a integrarse en otro monopolio más amplio, dependiente directamente de la Corona, y que estaba llamado a reportar una gran rentabilidad.

La Corona no logrará alcanzar este propósito ⁴⁴, pero su intento generaría una importante conciencia en la comunidad criolla respecto de la necesidad de dotar al régimen de la corrupción de una mayor estabilidad jurídica.

En materia de provisión de plazas, y con palabras de LYNCH, lo que va a pretender a partir de entonces el grupo criollo de cada territorio ya no será meramente «*equality of opportunity with peninsulares, or a majority of appointments; they wanted them above all in their own districts and to the exclusion of creoles from other regions*» ⁴⁵.

Del mismo modo, y ya en materia económica, la sociedad criolla adquiriría plena conciencia del potencial de riqueza que podía generar el establecimiento de una política mercantilista sobre las enormes bolsas de población indígena.

Si, como conclusión, podemos afirmar que los dos objetivos de la sociedad criolla (lograr el monopolio sobre la Administración pública y garantizar el control mercantil de los propios territorios) exigían consolidar el ámbito de corrupción (la *constitución no escrita*) puesto en cuestión por las reformas metropolitanas del siglo XVIII (o lo que es lo mismo, *trasmutar lo que era un régimen de corrupción en un orden legal*), sólo había un camino y ese camino era el de la independencia.

En este punto, la labor de los juristas sería capital, y en lo que hizo referencia a la política mercantil sus propuestas tendrían como punto central la superación de la tradición comunitaria de los pueblos de indios en el orden de reformular el estatus jurídico de aquellos terrenos comunales y convertirlos en parcelas de propiedad particular que estarían llamadas a aumentar la

⁴² BURKHOLDER y CHANDLER, 1977: 104-108, 157, 170, 196.

⁴³ En este punto, la influencia de los textos de CAMPILLO y COSSÍO y GERÓNIMO USTARIZ fue enorme. CAMPILLO, 1789; USTARIZ, 1757.

⁴⁴ Cfr. STEIN, 1981.

⁴⁵ LYNCH, 1989: 333.

productividad de la población indígena y, de manera paralela, la capacidad recaudatoria de la hacienda pública.

Los cálculos que venían haciéndose desde finales del siglo XVIII respecto del potencial económico de integrar en el mercado laboral y mercantil a las populosas bolsas de población indígena eran enormemente optimistas. Valga con un ejemplo: Manuel Abad y Queipo.

En un escrito que dirigiría al rey el 11 de diciembre de 1799, y que haría suyo el obispo de la diócesis de Michoacán Fray Antonio de San Miguel, así como su Cabildo, y que sería recogido por Alexander VON HUMBOLDT en su *Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*, ponía de manifiesto para la Nueva España los siguientes cálculos⁴⁶:

«El Obispo supone 810.000 familias de indios y hombres de color en toda la Nueva España. Muchas de estas familias, especialmente de las de sangre de mezcla, andan vestidas, gozan de alguna comodidad y viven poco más o menos como la gente común de la Península: su número es un tercio de toda la masa y los consumos anuales de este tercio pueden estimarse en unos 300 duros por familia. No contando por los otros dos tercios sino unos 60 duros y suponiendo que los indios paguen la alcabala de 14 por 100 como los blancos, resulta una renta anual de cinco millones de duros, que es más del cuádruplo del actual valor de los tributos. No salimos fiadores de la exactitud del número sobre que se funda este cálculo; pero basta su aproximación para probar que estableciendo igualdad de derechos y de impuestos entre las diferentes clases del pueblo, no sólo no habría déficit en las rentas públicas suprimiendo la capitación, sino que estas mismas rentas crecerían al mismo tiempo que el bienestar y la holgura de aquellos naturales».

La idea de considerar ciudadanos de pleno derecho a las masas de población indígena resultaba en este momento un proyecto rentable, un proyecto que anunciaba prosperidad.

Y tal y como ya hemos expuesto, la posterior configuración de un régimen de limitación de la capacidad de obrar para estas poblaciones mitigaría los problemas que la declaración de igualdad pudieran suscitar. De nuevo, el papel del derecho y de sus actores, los juristas, se presentaba como muy relevante.

En el antes mencionado informe de ABAD Y QUEIPO se afirma literalmente:

«Quítese el odioso impuesto del tributo personal; cese la infamia de derecho con que han marcado unas leyes injustas a las gentes de color; decláreseles capaces de ocupar todos los empleos civiles que no piden un título especial de nobleza; distribúyanse los bienes concejiles y que están proindiviso entre los naturales; cédase una proporción de las tierras realengas, que por lo común están sin cultivo, a los indios, a las castas; hágase para México una ley agraria semejante a la de las Asturias y Galicia, según las cuales, puede un pobre labrador, bajo ciertas condiciones, romper las tierras que los grandes propietarios tienen incultas de siglos atrás en daño de la industria nacional; concédase a los indios, a las castas y a los blancos, plena libertad para domiciliarse en los pueblos que ahora pertenecen exclusivamente a una de esas clases; señálense sueldos fijos a todos los jueces y a todos los magistrados de

⁴⁶ El documento puede consultarse, por ello, tanto en la obra mencionada de HUMBOLDT, como en la reunión de la obra de ABAD Y QUEIPO de 1813, como en GONZÁLEZ DE COSSÍO, 1957: 111-113; o en la recopilación de FABILA, 2005: 53-56.

distrito; y he aquí Señor, seis puntos capitales de que depende la felicidad del pueblo mexicano».

En este punto, el menosprecio hacia la propiedad comunal indígena por atávica e improductiva tanto para las comunidades indígenas, como para los intereses de la Corona, será criterio que se generalice ya desde el siglo XVIII y que pasará, sin apenas matices, a la legislación de los Estados independientes contemporáneos americanos⁴⁷.

La breve experiencia gaditana se convierte en un presagio de lo que vendría de la mano del nuevo orden constitucional y de la independencia.

El principio de igualdad constitucional implicaba la derogación de las Repúblicas de indios y su inclusión como corporaciones locales en la formulación de «municipio constitucional». Pero todo ello no implicaría ninguna consecuencia práctica: en las elecciones municipales de 1813 resultarían elegidos apenas unos pocos representantes indígenas.

A partir de ahí, los nuevos poderes municipales iniciarían un proceso de enajenación sistemático de los fondos comunitarios (que no se consideraban titularidad de las comunidades indígenas, sino propiedad municipal). En este sentido, el 4 de enero de 1813 las Cortes de Cádiz promulgaban un Decreto que establecía la reducción a dominio particular de los terrenos baldíos y otros terrenos comunes, con el objetivo, en primer lugar, de dotar de terrenos a los vecinos de los pueblos que lo necesitaran y, en segundo lugar, de atender a los gastos urgentes de la Monarquía, pagar la deuda nacional y premiar a los militares que, por edad, debieran retirarse.

Éste sería el esquema posteriormente seguido en todos los procesos de independencia.

3.3. El establecimiento jurídico de líneas de continuidad

La literatura jurídica más influyente en la América española a finales del siglo XVIII estaba compuesta por autores como Diego de Covarrubias, Pedro de Ribadeneira, Juan de Mariana, Saavedra Fajardo, Antonio de Guevara, Francisco Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Martín de Azpilcueta, Melchor Cano, Alfonso de Castro, Tomás Cerdán de Tallada, Juan de Baños y Velasco, Jerónimo Ortega y Robles, Diego Henríquez Villegas, Juan Márquez, José Láinez, Juan Blázquez Mayorazgo, Juan Roa Dávila, Vázquez de Menchaca, Gregorio López, Alonso Castrillo, Pedro Bertrand, Francisco Suárez y, así, un largo etcétera de autores que alimentaban la tradición jurídica castellana.

Los juristas que animan los procesos de independencia están formados en esta tradición jurídica, la han estudiado y les resulta enormemente familiar; de modo que estas obras y sus autores dan forma a su mentalidad jurídica y política, e iluminarán su aportación a la configuración de cada uno de los Estados iberoamericanos.

De este conjunto de autores que hemos mencionado, el que resultaría el más influyente sobre los juristas de la independencia sería Francisco Suárez.

⁴⁷ Cfr: PÉREZ COLLADOS, 2002: 329-390.