

Derecho indiano y demandas y reivindicaciones indígenas: un enfoque para el lenguaje y la comunicación

Mauricio Novoa Cain

Razón y Palabra Número 26

27 páginas

La importancia del parlamento de Negrete en 1803 como base para reivindicar muchos reclamos de la nación mapuche, y al mismo tiempo la alusión permanente a un mejor pasado han sido indicadores de la importancia de la historia y de la memoria histórica en este debate. Esto es importante porque en tiempos recientes, y particularmente a partir del quinto centenario del descubrimiento de América, el debate histórico acerca de las relaciones entre españoles e indígenas se vió reiniciado. Cuestiones como que este hecho fue "la era más vergonzosa en la historia de España" o afirmaciones de asociaciones diversas que sostenían que en 1492 no hubo ningún descubrimiento sino la agresión a un continente; que la gesta descubridora fue una empresa sórdida y un escamoteo de valores. En suma, con la llegada de los españoles a América empezó la invasión de un continente, abriéndose un proceso de genocidio, represión y expoliaciones. Según esto, en 1492, empieza una destrucción de culturas, el llamado "etnocidio" y se imponen una serie de estructuras que hasta nuestros días condicionan el desarrollo y soberanía de los pueblos indígenas. En ese sentido, muchos de estos grupos pretendieron convertir el V centenario en un proceso judicial y criminal contra Occidente, contra toda Europa y los países capitalistas, explotadores de América a través de 500 años.

El Consejo Supremo de los Pueblos Indígenas, constituido por 52 organizaciones regionales, protestó contra el intento de presentar los hechos de 1492 como "un encuentro de dos mundos" y a través de su boletín informativo recordaba que "la primera invasión europea hace a los pueblos indios del continente seguir siendo víctimas de las peores violaciones a los derechos humanos, desde el genocidio a la discriminación. La violación de los derechos indios que se inició con la llegada de los españoles no ha terminado todavía". El indigenismo americano reivindicaba así sus "500 años de resistencia de América".

Entonces la primera parte de esta exposición se dedicará a confrontar esta visión negativa ofreciendo un panorama sobre la situación del indígena en América Latina durante la era virreinal. Es decir se dará un panorama sobre lo que fueron, en términos generales, las relaciones jurídicas entre indígenas y autoridades coloniales.

I. DERECHO INDIANO

Incorporación de las Indias a Castilla.

Derecho Indiano se compone de:

1. Derecho Castellano

En las Indias, al igual que casi toda España, el derecho castellano se aplicaba de manera supletoria y constituyó como lo señalaba Francisco Bermúdez en su Arte Legal (1612), un derecho común (Magariños 1940: 91). Es decir un derecho supletorio.

Así lo disponían: las **Ordenanzas para audiencias de 1530**.

Puede decirse que la base del derecho castellano estaba constituida por las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla (1484), que son las leyes promulgadas por los sucesores de Alfonso X, y las Leyes de Toro (1505), que establecen una escala normativa del derecho; legislación posterior fue agrupada y depurada en la Nueva Recopilación (1567). Este cuerpo de leyes, con algunas adiciones, se mantuvo vigente en América Española hasta la primera mitad del siglo XIX.

José María Álvarez, un catedrático de la Universidad de Guatemala, no duda en nombrar a la Nueva Recopilación como una de las fuentes del régimen jurídico mexicano en su Instituciones (1818-20).

En Chile las Partidas tuvieron vigencia hasta al menos 1857 (Bravo 1989: 142).

Por lo demás, **Las Siete Partidas** (c.1265) incorporaban gran parte de las disposiciones jurídicas del corpus iuris, particularmente en lo concerniente al status personal, propiedad, herencia, contratos y responsabilidad civil. Teóricamente al menos, la entrada en vigor de las Partidas luego del **Ordenamiento de Alcalá en 1348 desplazó al derecho romano como *ius commune*** frente a "ese cuerpo perfecto y peculiar de nuestra España" (Asso y De Manuel 1792: xlix).

En los reinos bajo la corona de Castilla el derecho romano no tenía calidad de derecho común.

2. Derecho Indiano propio

El hecho que las jurisdicciones americanas contaran con el derecho castellano como un derecho común, explica la limitada presencia del derecho privado en los tratados de derecho indiano.

¿Qué era el derecho indiano propio?

Era un derecho por lo general público que pretendió solucionar las situaciones derivadas del contacto entre el viejo y el Nuevo Mundo. Este cuerpo de leyes, llamado también derecho indiano propio, no fue de ningún modo un sistema completo, único y cerrado de normas aplicables a las Indias.

Por el contrario. Basta dar un vistazo a las leyes de Indias recopiladas en 1680 para comprobar que dichas normas se ocupan fundamentalmente de la **organización del gobierno, la iglesia, el comercio de ultramar y la economía extractiva**.

No en vano Juan de Hevia (1570-1623) advertía en *Curia Filipica* (1603), un tratado de derecho procesal, que "Las leyes del derecho Civil, y comun Imperial de los Romanos, se reciben en el Reyno, en quanto razon natural, y no en quanto a leyes, autoridad y potestad, suya, pues no son, ni la tienen en [estos...] Reynos" (1644: 33).

3. Derecho Indígena

II. DEFINICIÓN DE LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL INDIO

En la definición de la situación jurídica del indio es fundamental el estudio del pensamiento de Juan de Solórzano Pereira (1575-1655), un oidor de la audiencia de Lima y miembro del Consejo de Indias.

Esto por dos motivos:

1. Escribió **Política Indiana** (1647). *Política Indiana* comenta el gobierno y las leyes de las Indias. El trabajo, realizado bajo los auspicios de Felipe III, se proponía contestar las acusaciones que intelectuales protestantes habían

señalado contra la legitimidad de las posesiones españolas en el Nuevo Mundo.

2. Solórzano fue uno de los autores de la **Recopilación de leyes de Indias (1681)**,

Sin embargo, como se ha dicho, el derecho indiano era fundamentalmente público, y *Política Indiana* no fue una excepción.

Al fijar el status del indio en el mundo jurídico de la monarquía hispánica, Solórzano recurrirá necesariamente al **derecho privado**. Y Es precisamente en los elementos que utiliza para configurar dicha condición donde se descubren una serie de figuras y principios del **derecho romano**. El análisis de estas figuras y principios, y su relevancia en la construcción del status indígena, constituirán el propósito de este artículo.

Derecho romano y enseñanza. Durante cuatro siglos en las universidades españolas prevaleció el *mos italicum* como método de enseñanza del derecho romano. El *mos italicum* tomaba casos específicos del corpus iuris civilis, los cotejaba entre sí, y luego generalizaba su contenido. Esto permitió la construcción de una serie coherente de reglas que tienen como su fuente corpus iuris, sin estar explícitamente indicadas allí. Como se sabe, el estudio del derecho romano a través de las glosas medievales se mantuvo como la norma en el mundo europeo hasta la primera mitad del siglo XV.

Estos **juristas**, como una consecuencia natural, **extendieron su formación romanista a la práctica diaria del derecho**. No se trataba de una restauración anticuaria. Por el contrario, se pensó que la **perfección técnica y adaptabilidad** del derecho civil de los romanos y sus glosas medievales eran idóneas para ser aplicadas en los tribunales de justicia. Al igual que lo ocurrido en las escuelas de derecho, este fenómeno fue común en toda Europa.

Durante todo el siglo XVIII los reformadores borbónicos percibieron que el uso del derecho romano en las cortes de justicia impedía el plan modernizante trazado para la monarquía hispánica a partir de Felipe V (r.1700-46). Lo extendido de la aplicación *contra legem* del derecho romano se acredita por el lugar que ocupó este tema en los escritos jurídicos de la ilustración española. Refiriéndose al corpus iuris mismo Vicente Vizcaíno Pérez advertía que entre sus muchos defectos y contradicciones se encontraban la "malicia" y "vicios" del propio Justiniano, y la "hidrópica codicia" de Triboniano, su principal jurista. El argumento principal contra el uso del derecho romano en los tribunales de la España moderna fue el anacronismo que representaba tal situación: "Si se abrieran hoy sus sepulcros, y [...] aparecieran los Ulpianos, los Papinianos, los Paulos, y otros Jurisconsultos excelentes, cuyas respuestas veneran muchos como si fueran leyes [...] serían tenidos por imperitos en la práctica de nuestro foro". Pérez concluía que el derecho romano sólo debía prestar su "espíritu" a las leyes españolas y sus disposiciones servir de guía "aun cuando caminamos por sendas, que sus legisladores no conocieron" (1784, 1: xviii-iv).

Los esfuerzos por buscar la primacía del derecho castellano se venían llevando a cabo desde con los *Decretos de Nueva Planta* que en 1707 erradicaron buena parte de los fueros locales de la península. A esto, y como una forma de solucionar el impasse que significaba el derecho romano, se agrega que en 1714 Felipe V dotara una cátedra para el estudio del derecho patrio en las universidades. Este hecho no sólo fue un vuelco para la

tradición universitaria española, sino también una medida relativamente novedosa para Europa. En Inglaterra, por ejemplo, no se inaugura una cátedra similar hasta 1758 cuando se inaugura la *Vinerian Professorship* de Oxford.

Las características del derecho indiano hacen pensar que el uso contra legem del derecho romano fura tan usual en los foros americanos como en los españoles.

En Política Indiana la influencia del derecho romano se deriva del **status de "persona miserable"** que tuvo el indio americano.

Los términos "miserable" o "miserabilidad" para describir la condición de los indios se hacen frecuentes recién a partir de la segunda mitad del siglo XVI. La miserabilidad, según el tenor de numerosas cédulas y leyes, se derivaba de dos condiciones:

1. El estado de gentilidad o paganismo; y
2. El estado de pobreza en que vivían los indios.

Ambas causas son mencionadas por Solórzano. En un pasaje afirmaba que en los indios se "cumplían a la letra todos aquellos epítetos de miserias, y desventuras, que el Evangélico Profeta Isaías dá á aquella gente que dice habita más allá de los rios de Etyopia". Pero aun si estos "epítetos de miserias" no se cumplieran en los indios bastaba su condición de recién conversos a la Fe católica para tenerlos por miserables (Pol.Ind. 2.28.2,3).

Sin embargo, por más que los indios fueran "gentes rústicas, humildes y rendidas" Solórzano aclaraba que ello **de ninguna manera implicaban que fuesen siervos**. En todo momento se afirmó, en base a la inmensa cantidad de cédulas en su favor, que **los indios eran libres, y así debían ser mantenidos siempre**. En ese sentido, sus derechos como hombres libres y vasallos del rey no fueron comprometidos al señalar la condición de miserabilidad. Por el contrario tan igualados estaban a los vasallos españoles que se les permitió tener pesquerías de perlas y beneficiar minas de oro y plata (Pol.Ind.2.1.2,13).

La **idea de miserabilidad, particularmene bajo la mirada del derecho positivo, presenta el problema de no tener definición jurídica**. Para definirla Solórzano empleará numerosos testimonios y citas que intentan depurar, en lo posible, el contenido de la idea, pero de ningún modo presenta una definición positiva.

En ese sentido, al igual que las categorías de honestiores y humiliores en el derecho romano posclásico (Garnsey 1970, 234), **antes que de una categoría jurídica, se trató de un "estado" o una situación, status**, a menudo definido en base a **una serie de objetivizaciones** en torno a su persona.

Por ello el propio Solórzano no vacila en afirmar que determinar quien podía ser considerado miserable y quien no, quedaba enteramente al arbitrio del juez (Pol.Ind 2.28.1).

Existen algunos indicadores que permitirían dar un contenido jurídico a la condición de miserabilidad tal como fue pensada en *Política Indiana*.

Indios son menores. En un pasaje Solórzano afirma que el hecho que los indios fuesen miserables traía como consecuencia que gozaran "de todos los favores y privilegios que a los menores, pobres, rústicos [...] así en lo judicial, como en lo extrajudicial".

Más adelante invocará que su "fragilidad, facilidad, y poca instancia no se convierta y redunde en daño, y acabamiento de sus haciendas: como hablando de los menores, y mujeres, á quienes los indios se comparan" (*Pol.Ind.* 2.28.24; 44). De estas afirmaciones, sólo dos categorías tienen una definición jurídica: las mujeres y los menores.

En el derecho común las mujeres tuvieran en términos generales los mismos derechos que los hombres, sin embargo "estando en mayor grado la prudencia en los hombres, y siendo las mujeres de naturaleza mas frágil, nace de aquí: que sean aquellos de menor condición que estas en muchos casos..." (Asso y De Manuel 1792: 3; P.4.23.2). Esta "menor condición" implicaba algunas desventajas, como la de no acceder a empleos y oficios públicos (P.3.4.4); pero también algunas ventajas como invocar la ignorancia del derecho, lo cual en la práctica las hacía inmunes a muchas demandas (P.5.14.31). Ninguna de ellas se aplicó a los indios. Para Solórzano los indios, aunque descendieran de padres y abuelos infieles, debían ser admitidos al sacerdocio, dignidades eclesiásticas, cargos, oficios públicos e incluso, si probasen nobleza, a las ordenes militares (*Pol.Ind.* 2.29.25, 32). En cuanto a poder invocar la ignorancia del derecho, a pesar de las numerosas leyes que existieron en su favor, ninguna señalaba este privilegio.

Determinar lo que pensaba Solórzano cuando se refería a "menores" resulta más complejo. Establecida la minoría de edad hasta los 25 años, el derecho castellano dividió esta condición en dos categorías: antes y después de la pubertad. Antes de la pubertad, establecida en doce años para mujeres y catorce para los hombres, se era pupilo (P.5.11.4).

Al igual que en el derecho romano, se consideró que el pupilo hasta los diez años y medio no estaba sujeto a pena alguna debido a su incapacidad para el dolo, derivada a la vez de su limitada razón. Entre esta edad y la pubertad el pupilo se consideró capaz de dolo y malicia pero se benefició de múltiples presunciones a su favor y estaba extento, por ejemplo, de ser torturado (Robinson 1995:16). A partir de la pubertad los menores no sólo tenían plena responsabilidad penal, sino una significativa libertad para realizar toda clase de actos jurídicos, y desde los dieciocho años incluso ejercer algún oficio en los pueblos o entrar a la milicia (Recop.1567: 7.3.16).

La "imbecilidad", "poca firmeza [...] de su juicio", e "incapacidad" atribuida a los indios en diversos pasajes de *Política Indiana e los "rústicos" al igual que los indios podían, según el arbitrio del juez, ser excusados o perdonados de castigos* (*Pol.Ind.* 2.28.27, 32).

Se sabe, sin embargo, que los indios no fueron considerados como pupilos por dos indicadores.

1. En primer lugar, por cédula de 1575, si bien las materias de doctrina y Fe no podían ser juzgados por el Santo Oficio, **Inquisición**, éstas debían eran vistas por jueces eclesiásticos ordinarios. La misma cédula establecía que por estar vedado a los inquisidores proceder contra indios competía su castigo a los jueces ordinarios, en casos de encontrar culpabilidad.

2. La misma capacida para cometer delitos se reconoce a los indios en materia penal. En este caso, si los indios fueran encontrados culpables de un delito su miserabilidad exigía solamente moderación en el castigo. Pero incluso esta moderación, como acto de buena fe hacia los indios, podía no ser tal si se

hacían "indignos de esta templanza y benignidad". Tal era el caso si se comprobaba malicia, atrocidad y gravedad en sus delitos. Aun si se pedía moderación en el castigo, dicho privilegio denota claramente que los indios eran capaces de cometer delitos; capacidad que, como sostuvo Gayo, no tuvieron los pupilos o los locos al carecer de razón.

Menores de 25. Todo parece indicar que Solórzano al equiparar a los miserables con los menores se estaría refiriendo en realidad a las personas que estaban entre la pubertad y los 25 años, y que comúnmente se llamaron "menores de edad".

Esta afirmación se deduce de tres privilegios que Solórzano atribuye a los indios:

1. la *restitutio in integrum*,
2. el protector de indios y
3. la capacidad testamentaria.

La novedad en estos privilegios introducidos por Solórzano reside en el hecho que ninguno de estos factores se encuentra directamente relacionado con el "menor de edad" castellano, ni en la legislación indiana. En cambio corresponden a las prerrogativas que tuvo el *minor uiginti quinque annis* en el derecho romano. Descrito en *Digesto* (4.4.1), el *minor uiginti quinque annis*, en adelante "menor", tuvo, relativamente pocas desventajas, y en cambio importantes privilegios.

Restitución por entero. Los indios podían recurrir al beneficio de la *restitutio in integrum* por ser miserables personas (Pol.Ind.2.28.25). La *restitutio in integrum* era un mecanismo de defensa en virtud del cual se rescinde lo actuado en perjuicio del menor.

Era declarada por el juez contra actos jurídicos en donde existiera fraude, dolo o error y resultara en algún desmedro al indio.

Para que se aplicara debía existir un daño a los derechos de propiedad del menor resultado de un acto jurídico o un evento con consecuencias legales, como por ejemplo el plazo de prescripción. Tampoco se aplicaba indistintamente a cualquier pérdida de propiedad sufrida por el menor. El daño emergente o lucro cesante debía tener en su origen una iusta causa. Podía ser invocada en el proceso en materia de contratos, herencia y obligaciones.

Al ser el indio capaz de dolo, la *restitutio* no operaba en actos delictuosos; muchas veces, sin embargo, se permitía al juez que en virtud de la compasión determine una pena reducida.

En materia procesal el remedio a cualquier caso de contumacia judicial en donde hubiera sido perjudicado se daba a través de una *restitutio* que rescindía todo lo actuado (D.4.4.7.12), lo cual coincide con el hecho de no ser aplicable a los indios la contumacia judicial (Pol.Ind.2.28.25).

Este privilegio les permitía estar exentos de ser declarados rebeldes en un proceso, situación que conllevaba no solo la pérdida del litigio sino al pago de todas las costas y costos del proceso.

La vía procesal aplicable a la *restitutio* procedía, al igual que las causas indias, era la sumaria. En el Nuevo Mundo los procedimientos judiciales indígenas se resolvían ante magistrados locales. Estos magistrados, que en Nueva España se les llamó los jueces de naturales (1545) y en Perú corregidores de indios (1565) debían resolver las causas indígenas brevemente y en una sola instancia. El principio de brevedad en los pleitos, como sostuvo Solórzano, "si es justo en los miserables [...] es más importante en los indios".

Protección de Indios. Inicialmente adscrita de manera universal a Bartolomé de las Casas y de manera específica a los obispos del Nuevo Mundo, la protección de indios fue reformada en 1575 por el virrey Toledo. Las disposiciones toledanas, que luego tuvieron carácter general para los dominios españoles en América, establecieron un Protector General residente en las capitales de audiencia y una número de protectores en las principales ciudades.

El Protector General representaba las causas indígenas que llegaran en apelación ante la audiencia.

Al igual que disposiciones justinianeas que protegían a los menores y las viudas de no litigar fuera de sus provincias (C.3.27), el propósito inmediato de la norma toledana fue disuadir a los indígenas de litigar personalmente en la audiencia. Los funcionarios virreinales encontraron en los indígenas una particular afición por los procesos, aunque perdieran sus fortunas -o sus vidas- en ellos (Pol.Ind. 2.28.54; Toledo 1978, 140).

Los protectores de indios, pero en particular el Protector General, tenían la obligación genérica de velar por el buen estado de los indios y protegerlos de los funcionarios públicos. La importancia de este cargo hizo que hacia 1620 el Consejo de Indias diera rango de fiscal y derecho a llevar garnacha al Protector General.

Un análisis más detallado del discurso de Política Indiana, sin embargo, advierte que la figura del protector fue entendida de un modo más complejo que un custodio frente a la actuación de magistrados. Para Solórzano los protectores de indios debían compararse más propiamente a los tutores (Pol.Ind.2.28.51). Esta identificación entre el protector y el tutor es reiterada en Memorial al Rey N.S. Don Felipe III... A favor de los indios del Piru: "sin escrúpulo se puede aplicar al Protector, lo dispuesto en el tutor" (1622, art. III). Esta afirmación parece ser cierta si se analiza la facultad que tuvieron los protectores para intervenir en actos del derecho civil y su similitud con los curadores de menores en Roma. La confusión en los términos la advierte Solórzano al referirse al uso "promiscuo" de los términos que se origina con toda probabilidad en el derecho romano posclásico cuando las figuras de curator minoris y tutor se asimilan, al establecerse curadores de oficio para los menores (Buckland 1975:172).

Las similitudes en las funciones del curador de menores y el protector de indios son notorias. Los protectores estaban llamados a intervenir en aquellos contratos en donde los indios fueran parte, especialmente si los bienes transables eran inmuebles o de mucho valor. La falta de dicha intervención podía devenir en rescindir el contrato (Pol.Ind. 2.28.42, 45). Similar régimen existía en el derecho romano para regular la validez de los contratos en virtud a la intervención o no de un curador.

En el derecho romano al igual que en Indiano, el menor autorizaba al curador tal como la intervención del protector dependía del indio. Por otro lado, ni el curador en Roma, ni el protector en la Indias tuvieron la administración del menor, quien como se ha dicho, era plenamente capaz. Por el contrario, muchas veces la presencia de protectores y curadores se debe a una exigencia de la parte contraria quien buscará protección contra la impugnación del acto jurídico (Buckland 1975: 171).

La intervención en los contratos por parte del protector, no limitaba en sus derechos a los indios, derecho que ni el Príncipe podía privar a sus súbditos. Es decir, cuando los indígenas, en virtud de su derecho a contratar, entraron

en negocios jurídicos sin la autorización del protector estuvieron, al igual que el menor en el derecho romano, bajo el régimen de la restitutio in integrum. En estos casos, siempre y cuando hubiera un desmedro por iusta causa, los indios, sostuvo Solórzano, "aunque sean mayores de edad se pueden restituir, y aun decir nulidad contra tales contratos" (Pol.Ind. 2.28.42).

Si Solórzano insistió en comparar a los protectores con los curadores fue porque en el derecho castellano, a diferencia del derecho romano, la tutela de los menores era una protección "exercitada [...] en nombre del Soberano, ó Magistrado". Ultimamente la tutela de los menores, y en particular de los huérfanos, no buscaba reemplazar la patria potestad. En cambio se trató de una extensión de la protección que el monarca daba a sus vasallos más humildes. Así lo sostenían Asso y De Manuel: "Es indubitable que la suprema guarda de los huérfanos reside en nuestros Reyes, y sus Magistrados, quienes han querido tomarla baxo su amparo; celo y protección" (1792: 6-7).

En términos generales tanto a los indios como a los huérfanos eran considerados miserables al ser personas "de haber mercet et piedat por razon de mesquindat ó miseria".

Protector de Indios:

Procurador.

Debía saber lengua aborígen.

Relación directa con el virrey

Informes directamente al rey.

Prerrogativas y honores en la magistratura.

En materia de testamentos Solórzano indicó que los indios tenían "plena libertad, y facultad". Nuevamente se comprueban los mismos derechos dados a los menores en el derecho romano, que negó capacidad testamentaria a los sordomudos, las mujeres, lunáticos, pródigos, lo mismo que a todos aquellos de statu incerti: esclavos liberados por testamento o hijos que desconocían la muerte del paterfamilias. Los indios tenían incluso mayores privilegios que los aldeanos o "rústicos" en el derecho castellano quienes para hacer un testamento solemne requería la lectura del mismo ante cinco testigos, la firma de al menos uno de ellos y la certificación del escribano (P.6.1.6). Para los indios en cambio, no era necesario ni un escribano, ni testigos vecinos, sino la inscripción ante el magistrado local y tres testigos "varones ó hembras de los que allí cómodamente se hallaren". Para convertir el escrito en testamento solemne bastaba enviarlo a un juez para su registro en los archivos del juzgado. Lo cual facilitaba notablemente su ejecución ya que en muchos pueblos no habían notarios o testigos calificados (Pol.Ind. 2.28.55).

Otros privilegios

Caso de Corte. En el derecho castellano el Caso de Corte se iniciaban ante el monarca "por pleyto que demandase huérfano, ó home pobre ó muy cuitado contra algunt poderoso" (P.3.3.5). Ante las Audiencias que representaban la figura del rey.

Juicios de residencia. Se trata del privilegio que tuvieron los indios para presentar quejas aun iniciado el juicio de residencia contra sus magistrados locales, siempre y cuando probasen que no fueron diligentemente notificados. Esto no era otra cosa que una aplicación limitada del derechos del menor a apelar una causa, aun si el plazo se hubiera vencido en virtud de la presunción que todo menor así lo hubiera deseado (D.4.4.7.11).

Además, los reclamos indígenas contra corregidores que hubiesen infringido la ley no necesitaban garantía legales al ser presentados ante una corte o juez.

Los indios, según real cédula de 1619, no tenían quien los respaldara financieramente y era injusto para ellos el proveer garantías en su búsqueda por justicia. En teoría cualquier riesgo de difamación contra el magistrado estaba controlado al exigir una fianza antes del inicio del proceso. Solórzano, sin embargo, advierte a los jueces de aquellos peninsulares que para "vengar sus pasiones" muchas veces inducían a indígenas a presentar quejas contra magistrados, beneficiados como lo estaban, de este privilegio (Pol.Ind.2.28.25, 38-41).

Excepciones de menor en derecho romano. Existen importantes indicios que permiten afirmar que la condición del indio fue homóloga a la del menor en el derecho romano. Debe señalarse, no obstante, una notoria excepción. Se trata de la limitada validez del testimonio indio. Esto no sólo constituye una excepción a los derechos del menor en el derecho romano, sino también a las normas del derecho castellano. Hevia, por ejemplo, menciona que para ser testigo en lo civil bastaba ser mayor de catorce años y en lo penal mayor que veinte (1644: 60). Debajo de esta edad aunque su testimonio no era determinante, las Partidas mencionan sin embargo que se debía hacer "grant presuncion al fecho sobre que diese testimonio" (3.16.9). En el Fuero Real (1225) como en las Partidas se prohíbe el testimonio de los muy pobres, los incestuosos, infames, adúlteros, asesinos, ladrones, alevosos, los que practicaban abortos, entre otros (P. 3.16.8; Madero 1999: 203). La importancia de la "fama" en la norma castellana tuvo su origen en el énfasis dado a la reputación de los testigos en Roma formalizado hacia el siglo II D.C. con la distinción entre honestiores y humiliores (Crook 1967: 275). El mismo Santo Tomás establecerá cuatro criterios ad personam para tomar en cuenta en los testimonios de un proceso. La culpa excluye a infieles e infames; la defecto rationis a los niños, idiotas y mujeres; el afecto a los enemigos y domésticos; y la condición exterior a los pobres, siervos y empleados (S.Th.2.2.70.2). En los procesos eclesiásticos el III Concilio Limense aconsejaba a los jueces a no favorecieran el juramento de los indios. La experiencia en testimonios indígenas indicaba su poca firmeza de juicio, facilidad para perjurar y concepto poco adecuado de la verdad. En consecuencia razonable la disposición del Virrey Toledo por la cual se establecía que en caso se necesitara de testimonios indígenas en un proceso, un mínimo de seis personas era requerida (Pol.Ind.2.28.33-37). Contrariamente a los principios del derecho común que pedía el testimonio de cada testigo por separado (P.3.16.26), los testigos indios podían examinarse en grupo.

Paradójicamente, si bien los indios no podían ser testigos, pudieron sin embargo refutar cualquier "confesión" hecha por sus abogados. Asimismo pudieron oponerse a cualquier instrumento, un documento con valor legal, presentado por sus abogados en un proceso (Pol.Ind. 2.28.25). Lo que parece una contradicción en derecho moderno se explica por el hecho que tanto en el derecho romano posclásico como en el derecho medieval el testimonio tenía primacía sobre las pruebas escritas. La viva voz premunida de juramento fue más importante que la voz muerta de los escritos (Nov.73.3). Para Inocencio IV, el hecho que un escrito sirviera como prueba sólo era posible por un "milagro" del derecho positivo que permitía dar como referente real aquello que había sido escrito sobre la piel de un animal muerto. Es decir, los documentos escritos no eran otra cosa que la inscripción del testimonio, el signo de la voz y el tener este carácter intermediario los llevó a un segundo plano (Madero 1999: 202).

EFFECTIVIDAD DEL STATUS

¿Fue beneficiosa esta situación para los indígenas?

La respuesta parece ser que sí.

1. Sociedad litigiosa.

Número de litigios como prueba del uso del sistema judicial.

"[Los indios] en seguimiento de cualquier pleitecillo iban y venían del repartimiento a las audiencias en cuyo distrito caían hormigueros de ellos y gastaban sus haciendas con procuradores, letrados y secretarios, y dejaban muchos de ellos las vidas e iban tan contentos con un papel aunque fuesen condenados como si se salieran con el pleito" (Francisco de Toledo, 1581?). Casos como los de don Francisco Atabalipa, hijo de Atahualpa, a quien se le concedió una merced en 1563 de mil pesos anuales, o don Felipe Guacrapáucar, cacique de Jauja, quien amparándose sus servicios al ejército de Pizarro en tiempos de la conquista, obtuvo gracias a un litigio tierras en el valle del Mantaro y una renta vitalicia de 600 pesos anuales. Debe tenerse en cuenta, además, que dado su poder político y económico, la capacidad de los caciques para litigar no era reducida: en 1554 luego que los encomenderos ofrecieran cuarto millones de ducados a la Corona para mantener la perpetuidad de sus encomiendas, la contraoferta de los caciques del Perú, para evitar tal situación, fue 100 000 ducados mayor. Por otro lado, es preciso apuntar que muchos caciques prefirieron contratar para sus causas los servicios de procuradores y abogados particulares, obviando al fiscal de la Audiencia. De hecho Francisco Atabalipa, fue defendido por el notable licenciado Francisco Falcón, educado en Lérida, quien fuera asesor del arzobispo Loayza así como procurador general de los caciques de Huánuco y Lima en la segunda mitad del siglo XVI. La costumbre de nombrar anualmente procuradores para representarlos en todas sus causas ante las audiencias ya era notoria en caciques para la década de 1580.

Pero ello es consecuencia de sociedad compuesta. Igual en Castilla.

En su análisis para Castilla, Richard Kagan encuentra la causa de la litigiosidad en la naturaleza "compuesta" de una sociedad. Es decir, las sociedades formadas por un conjunto de pequeños grupos corporativos y comunidades que se mantenían tenuemente cohesionados por una serie "circunstancias económicas y privilegios reales comunes y unas lealtades compartidas a la iglesia y a la corona", son más propensas a la litigiosidad que otras. Y una sociedad gira alrededor de una serie de pequeños grupos semiautónomos (familia, linaje, parroquia, cofradías, etc.) como la castellana en el siglo XVI, es más propensa a ser altamente litigiosa porque precisamente la resolución judicial se convierte en la manera más segura de resolver conflictos.

Indios ganan litigios.

Caso cacica de Yanahuara.

Caso indios litigando en Cádiz.

Pero al mismo tiempo:

2. Status de miserable era opcional.

Otros menos favorecidos como ex esclavos, se benefician de la miserabilidad.

CONCLUSIONES:

Derecho objetivo, objetivización del derecho

Leyes objetivas:

Señaladas por el juez, quien aplica la doctrina jurídica.

Privilegios en casos específicos.

Ello se contradice con la idea de código, que propone a la sociedad "relaciones tipo" y "organizaciones tipo".

Con los códigos el derecho privado tiene dos ejes: la propiedad y el contrato. La propiedad, como ya se dirá más adelante, gira en torno al sujeto y es absoluta. La libertad al ejercer la propiedad se extienden hasta no interrumpir la libertad del otro.

Los contratos por su lado, reflejan en poder de creación del derecho entre individuos. El acuerdo será "ley" entre ellos y debe interpretarse el contrato de acuerdo a su voluntad. Con esto la voluntad tienen poder y es autónoma. Los contratos tienen límite en la ley solamente. El código civil protege esta situación.

En general la legislación moderna buscar facilitar el intercambio de bienes y dinamicen el mercado. No es difícil comprobarlo: los mecanismos de coerción se orientan hacia asegurar que el mercado funcione y al mismo tiempo aspiran hacia su universalización.

Por medio de la premisa de que los hombres deben vivir bajo sus propios intereses y decisiones, con un énfasis marcado en el intercambio económico, se desea teóricamente una sociedad libre, sin privilegios ni vínculos históricos.

Derecho tiene varias fuentes

Pueden llegarse a esquemas en donde más de dos jurisdicciones puedan convivir. En estos casos es importante que el ente soberano tenga legitimidad para poder desarrollar el sistema. En ese sentido las naciones Europeas quisieron olvidar el Estado Nación y buscan desarrollarse con Europa, pero ello no ha sucedido.

Derecho romano era un derecho internacional, pero era un derecho objetivo. Es común opinión sostener que Solórzano actúa como romanista cuando sistematiza o comenta el derecho indiano (Ayala 1946; López 1949). Como se sabe, Solórzano estudió derecho romano en Salamanca a través de los glosadores y posglosadores y después de recibir su licenciatura en 1599, enseñó Código y Digesto antiguo. Adicionalmente, mientras preparaba su doctorado escribió dos monografías de derecho romano: De parricidi crimine disputatio (1605) y De evictionibus (1606). Se ha señalado también que cuando arribó al Perú para tomar su plaza de oidor se encontraba en posesión los trabajos de sus dos profesores de derecho romano en Salamanca y sus propias notas de derecho civil; ambos fundamentales en su labor académica y jurisdiccional (Pereña 1994: 33). Estos hechos, aunque significativos para analizar la influencia del derecho romano en su pensamiento jurídico, no hacen a Solórzano distinto de sus contemporáneos. En el fondo, su trayectoria es similar a la de todos los juristas que por tres siglos participaron del mundo jurídico indiano.

La opinión es también incompleta ya que, como se ha visto en estas páginas, Solórzano no utilizó el derecho romano para "sistematizar" o "comentar" el indiano. En cambio lo utilizó directamente cuando tuvo que delimitar conceptos jurídicos. Ya se ha dicho la aplicación del derecho romano estuvo formalmente prohibido por disposiciones reales. Aunque Política Indiana no fue un manual práctico de derecho, no deja de sorprender que el énfasis en figuras del derecho romano, y su potencial aplicación en las Indias, pasaran inadvertidos y de la imposibilidad material de contar con acceso directo al inmenso aparato crítico al que hace referencia Política Indiana mientras Solórzano estuvo en el Perú.

Sin embargo, es probable que en tiempos de Solórzano la aplicación del derecho romano no sufriera la censura que sí tuvo bajo el gobierno de casa de Borbón. Ello porque el derecho romano fue visto como una herramienta en la tarea de consolidar la aspiración universal del Monarca Católico durante la casa de Austria (Brading 1993; Altuve Febres 1996). En ese sentido, la

jurisdicción que tenía los emperadores cristianos frente al pueblo judío gracias al derecho romano, indicaba que también existía una relación especial entre el emperador y los infieles. Este argumento, desarrollado durante la edad media culminaba en afirmar la jurisdicción universal del emperador (Muldoon 1979, 27). Similar idea había planteado Solórzano cuando señalaba que los indios había sido "dados, y encomendados" a los Reyes de Castilla para "enseñar, e industrial, y atraer de paz a la vida política". Pero los Monarcas Católicos, concluía Solórzano, había superado a los Emperadores Romanos "asi en ser muchas las provincias bárbaras que han reducido, como en su mejor enseñanza; pues demás de la vida pública, se les ha dado la luz Eterna" (Pol.Ind.2.1.6; 1.9.23).

El uso del derecho romano para resolver los problemas que se plantea Política Indiana conlleva a una reflexión sobre la naturaleza de la obra misma dentro del mundo jurídico hispánico del siglo XVII. En ese sentido, a pesar de que recientes (García Añoveros 1993) y no tan recientes (Ayala 1946) trabajos califican a Solórzano como un pensador poco original, nadie duda que Política Indiana es meramente una exposición de derecho positivo. Se trata, en cambio, de uno de los primeros tratados de derecho indiano.

Solórzano mismo indicará la originalidad de su obra al señalar que daba "alcance y nueva luz a...millares de cédulas y ordenanzas reales" (Pol.Ind.Al Rey 23). Bien entendida, sin embargo, la posición de Política Indiana como obra de derecho indiano se deriva del hecho que incorpora cada una de sus fuentes y a partir de éstas construye un todo original. Tradicionalmente las fuentes del derecho indiano han son el derecho castellano, las leyes específicas para las Indias y la costumbre indígena (Ots Capdequí 1957). Ejemplos de la incorporación del derecho castellano y el derecho indiano propio se han mencionado en este trabajo. En cuanto a la costumbre indígena acaso el ejemplo más notorio sea la aceptación de la mita como figura jurídica válida (Pol.Ind.2.13).

En cuanto al derecho romano recientemente se ha señalado que, dada su importancia en el Nuevo Mundo, éste constituiría la cuarta fuente del derecho indiano (Bravo 1989: 13). Zorraquín considera este planteamiento como "exagerado" al afirmar que el derecho romano penetró en el mundo hispánico únicamente a través del derecho castellano (1995: 414). Las conclusiones de este trabajo, sin embargo, apuntan hacia lo contrario. Puede afirmarse, entonces, que al menos en la época de Solórzano, el derecho indiano se conformó no sólo por el derecho castellano, el indiano propio, y la costumbre, sino también por el derecho romano. Y es por el hecho de incorporar estos elementos que Política Indiana se alza como uno de los primeros trabajos de derecho indiano en su tiempo.

El paso del tiempo, y las coincidencias entre los derechos romano y castellano, hicieron cada vez más difícil discernir el uno del otro. A inicios del siglo XIX, Sancho de Llamas y Molina en su comentario a las leyes de Toro aceptaría que "á la verdad nuestro derecho patrio tiene tal enlace y conexión con el romano, que en la actualidad es casi imposible imponerse en el derecho real sin tener un exacto conocimiento del que recopiló Justiniano; no siendo el código mas completo que tenemos de jurisprudencia, que es el de las Partidas, en realidad otra cosa que las leyes romanas traducidas sustancialmente al español" (1827: v). Había pasado un siglo desde los borbones decidieron expurgar el derecho romano de la península.

Los Derechos subjetivos

Los derechos humanos, derechos fundamentales o derechos subjetivos, es decir aquellos que implican una serie de facultades de un sujeto frente a otros

y frente al Estado, son una novedad en el Derecho de Occidente, que ha tenido pretensión histórica al Derecho Romano. En el mundo antiguo no hay un concepto que otorgue al individuo facultades especiales frente al orden público u otros individuos¹. En el ordenamiento romano, ius quiere decir lo justo, el orden judicial socialmente admitido formulado por aquellos que saben de lo justo, los iuris prudentes².

El concepto de derecho subjetivo es una elaboración a partir del Derecho Natural, concebido en la Edad Media como Derecho derivado de Dios, tal como lo prueba el decretum de Graciano publicado en 1139. El Derecho Natural ligado a una razón justa pero que coincide con la voluntad divina aparece en el siglo XIII. En el siglo XVI William de Okham en las discusiones escolásticas que pretendieron esclarecer el tema de la propiedad de bienes por la orden Franciscana a pesar de sus votos de pobreza, sostuvo que el derecho de propiedad podía ser ejercido de manera subjetiva; y en ese sentido los franciscanos no pretendieron más que un usus sobre sus bienes. El individuo empieza a ser el centro de interés en el Derecho. De estas concepciones del individuo como centro, seguirán las reflexiones sobre el lugar de la razón en el Derecho. El Protestantismo contribuye a que lo divino se separe del Derecho Natural y lo convierta en un producto de la razón. Particularmente en Inglaterra, el alejamiento de Roma y del Derecho Canónico hace que se tome distancia de la escolástica y del Derecho Natural tal como era concebido por ésta. Para los juristas ingleses posteriores a la Iglesia Anglicana, el Derecho Natural tendría su fuente sólo en la razón al estar escrita, según Christopher St. German, un funcionario de la época de Enrique VIII, "en los corazones de los hombres". Si algo estaba o tenía como base el Derecho Natural, la razón por sí sola se encargaría de comprobarlo. Ya hacia 1594 se equiparaba en Inglaterra el Derecho Natural, law of nature, al Derecho de la razón, law of reason³. El desarrollo del Derecho Natural por la escolástica española del siglo XVI será distinto, aunque admite la entrada de la razón al Derecho. El Derecho Natural para ésta escuela sería justo porque Dios lo ha ordenado así, pero el medio por el cual era percibido por los hombres es la razón; que por lo demás es innata y un regalo del Creador.

La posición de la persona en la cristiandad será debatida nuevamente por la Iglesia Católica, esta vez en las Juntas de Teólogos, convocadas por los reyes Isabel y Fernando a inicios del siglo XVI. Las Juntas pretendieron determinar la naturaleza de los habitantes del mundo recién descubierto por Europa. Se concluye en declarar no sólo la pertenencia de los indígenas al género humano sino su protección y amparo contra cualquier abuso; la titularidad de estos derechos no residen en una norma sino simplemente en su condición de hombres, iura innata⁴. Las leyes de Burgos de 1512 y las Leyes Nuevas de 1542 influidas por estos parecer terminan de confirmar estos derechos. Sin embargo, estos derechos que se otorga al indígena no son abstractos o metafísicos, sino concretos y objetivos: debían ser instruidos en la Fe y ser tratados como personas libres y vasallos; no se les podía hacer esclavos por causa alguna y el Rey debe ser informado de cualquier caso de incumplimiento⁵. De todas formas se reafirma la idea que el individuo puede ser origen y fuente de Derechos.

La figura del individuo visto como portador de derechos "naturales" es utilizada políticamente en Inglaterra en el siglo XVII con la introducción de la idea de un contrato entre el Rey y sus súbditos. Lo cual era distinto al buen gobierno medieval y los deberes del Rey hacia sus vasallos. Aquí se trataba, en cambio, de equiparar como partes de un "contrato de sujeción" al monarca y sus súbditos. Esto no sólo contradecía el principio dinástico sino la idea del

gobierno orgánico. Las pretensiones de este contrato de gobierno son refutadas por Jacobo I en base a la duda existente de quién sería el juez en este "contrato" y a la luz de los cánones de la Iglesia Anglicana de 1606 favorables al carisma divino de los reyes.

La regulación de las relaciones entre gobernantes y gobernados mediante algún contrato o acuerdo es un tema gravitante en Thomas Hobbes. Sin embargo Hobbes sostiene que el contrato social no lo forman dos voluntades con iguales derechos sino la subordinación absoluta al soberano⁶. El soberano no es parte de este contrato, sus súbditos no pueden reclamarle nada. Sin embargo, el hombre conscientemente se coloca bajo esta estructura porque esta delegación de las voluntades de todos los hombres en una sola, por más absoluta que sea, le ofrece protección tanto a sus pertenencias como a su vida. Sus razones son materialistas y utilitaristas. Pero, a pesar de lo absoluto del pacto, de todas formas se da espacio a la voluntad individual. Sin ella, éste no tiene legitimidad. El mismo siglo que Hobbes, Samuel Pufendorf, un jurista alemán, desarrollará la idea del contrato social como mecanismo para evitar que los hombres se causen daño entre sí; a diferencia del Leviatán, el soberano en el contrato de Pufendorf era parte del contrato y se obligaba a dar protección.

*La deposición de Jacobo II, monarca católico, por la revolución inglesa de 1688 será sostenida en la cámara de los Comunes sobre las bases de una supuesta relación contractual en la cual el Rey como una de las partes habría roto el pacto original con sus súbditos⁷. La teoría contractualista rendía sus primeros frutos políticos. Para los Tories, quienes se habían mantenido leales a los antiguos principios del monarca como padre y protector de sus súbditos, el principio de transmisión dinástica hereditaria y del carisma divino se había roto de manera artificial. Por lo tanto sostienen que el establecimiento casi Constitucional de un pacto para regular las relaciones entre súbditos y monarca era irregular y debía combatirse. John Locke refutaría estos principios en sus *Two Treatises of Government* (1690).*

Para esto Locke ideará un sistema político concreto desde los iura innata. En ese sentido, y a diferencia de la idea del buen gobierno monárquico y su legitimidad dinástica, el único modo válido para organizar una unidad política era integrando las voluntades individuales mediante un pacto que conformaba una sociedad civil. En esta sociedad civil se ceden ciertos "poderes naturales" hacia tener una ley común y una judicatura con autoridad para resolver las controversias y dar castigos⁸. El gobierno de esta sociedad civil, se elegirá tal y como fue originada: por la voluntad general. A diferencia de Hobbes, en donde la libertad de los individuos es totalmente absorbida por la voluntad del soberano, Locke sostiene que el gobierno -y en último término la sociedad civil misma- existe precisamente para garantizar la "propiedad" de los individuos. Propiedad entendida por cierto como las vidas, libertades y bienes de los individuos⁹. En ese sentido el gobierno es fiduciario y puede ser renovado si no cumple con mantener estas prerrogativas¹⁰.

*Sin embargo, a pesar del original planteamiento de Locke y de su apoyo político a la Glorious Revolution de 1688, sus *Two Treatises of Government* no influyen directamente en el cuerpo jurídico con el cual aquella culminaría: el *Bill of Rights* 1689. Entre ambos existen considerables diferencias. Por un lado, Locke indica y promueve la existencia de los derechos de libertad, igualdad y propiedad. Esto derechos debían ser mantenidos y protegidos por el contrato social, siendo además anteriores a éste. El *Bill of Rights*, en*

cambio, no habla de derechos anteriores y superiores al hombre. Simplemente limita el poder del Rey quien necesita de la aprobación del Parlamento para la mayoría de actos de gobierno como la promulgación y suspensión de leyes y la aprobación de impuestos¹¹. Además restituye y reafirma los "antiguos derechos y libertades" y reivindica los derechos a los protestantes, uno de ellos es del portar armas. Este derecho junto con el de presentar peticiones al Rey serían vistos erróneamente como derechos individuales cuando el Bill of Rights simplemente limita el poder de la Corona frente al Parlamento, que por lo demás pasa a tener el poder constituyente en Inglaterra. En este sentido es un anticipo a las teorías sobre la división de poderes.

Hacia el final del siglo XVII se reafirma la razón como medio para el entendimiento no sólo del mundo físico, sino también de lo político y moral. Este orden de ideas, conocidas usualmente como ilustración, tiene un hito en *Mathematical Principles of Natural Philosophy* en 1687 de Isaac Newton. El libro propone colocar bajo la mirada de la razón al mundo físico; pronto perspectivas similares se utilizarán para analizar los fenómenos propios al hombre. En consecuencia, la sociedad es entendida de modo abstracto y al igual que muchas teorías científicas se basa en presunciones; una de ellas es la concepción de voluntades individuales anteriores a la sociedad, que ulteriormente se remite al contrato social¹². A esta visión abstracta y de algún modo derivada de la sociedad, seguirá una visión abstracta del poder. En una sociedad entendida como la suma de individuos, el poder emana de la misma forma: por la voluntad general. Los hombres son dueños de sus acciones y sus decisiones; son libres en su modo de vivir y de actuar; son iguales entre sí y no están sujetos uno a la voluntad del otro. No pueden, no deben existir otros criterios fuera. En el campo del Derecho, Hugo de Groot o Grocio, iniciará el divorcio entre el Derecho Natural y el Derecho Divino y presenta el primer antecedente de los códigos modernos en un trabajo escrito en su lengua materna *Inleideinghe tot de Hollandsche Rechts-gheleerdtheydt* (1619-20), donde establece la primera construcción de un sistema jurídico basado en derechos y no en leyes¹³.

Las declaraciones de Derechos

Las Declaraciones de Derechos de los Estados norteamericanos se insertan en la tradición del Bill of Rights de 1689 en donde se hablaba todavía de libertad "heredada", es decir basada en los sucesivos acuerdos entre los hombres libres y el monarca. Sin embargo, van más allá al integrar las ideas de Locke sobre voluntad popular en la formación de la sociedad civil, la revocación del mal gobierno y una separación de poderes. A su vez los tratados de Locke y las Declaraciones norteamericanas tendrían influencia en la intelligentsia que inicia la revolución de 1789 y los cambios constitucionales en Francia con la asamblea de 1791 que consagran el triunfo político de la burguesía y el Estado liberal o de Derecho. Pero aunque políticamente la revolución norteamericana sería más duradera y estable que la francesa, ésta tendrá ideales más elevados aspirando a una sociedad cualitativamente mejor que la predecesora. Es una revolución mucho más consciente de sí misma.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 producto de la Revolución del mismo año, quiere perfeccionar la norteamericana y se basa claramente en la existencia de Derechos subjetivos y en la coexistencia de libertades dentro del Estado y la sociedad. Se proclama que los son hombres libres e iguales en sus derechos; la finalidad de toda asociación política sería la conservación de los "derechos naturales e imprescriptibles del hombre", esto es, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; y se define la libertad como "poder hacer lo que no

daña a otro"¹⁴. Sin embargo, una vez proclamados estos derechos intangibles y abstractos empiezan una serie de atropellos contra la persona conocido como el Terror. No obstante esto, los principios de la Declaración de 1789 servirán de inspiración para la fijación de Derechos subjetivos en otros sistemas jurídicos de buena parte del mundo occidental.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1789, al momento de ser publicada, estuvo por encima de cualquier ley o norma ordinaria de derecho positivo. Este carácter supralegislativo se debe a que los derechos consagrados en ella se encuentran sustentados en una razón universal. Esta razón universal se torna en una referencia absoluta: ninguna ley o acto puede contradecir estos derechos. El Estado liberal de Derecho tendrá como base a estos derechos subjetivos, haciendo que el respeto a la ley se vuelva el respeto a los derechos subjetivos. Consecuencia natural de este esquema es que el sistema jurídico se convierta en un sistema cerrado de leyes, en un "imperio de la ley". El derecho subjetivo "puro" es metafísico; el derecho subjetivo integrado en la unidad política son las leyes. Hay una "soldadura" entre el derecho subjetivo y objetivo que será inseparable¹⁵. La voluntad del Estado se superpone sobre la de los individuos y los derechos subjetivos terminan siendo una "concesión" del Estado¹⁶. Los derechos y libertades ya no se fundan en hechos o derechos adquiridos sino sólo en una ley positiva del Estado. La ley es para fines prácticos la única fuente de Derecho. El Estado se encuentra ligado a sus propias normas.

En este esquema en donde la ley se va convirtiendo en la base de buena parte del Derecho era menester aclarar los alcances de las mismas a todos los ciudadanos. Por esto Mirabeau aspiraba a que las leyes fueran redactadas de manera "inteligible para poner de acuerdo a los ciudadanos ilustrados sobre sus derechos, vinculándolos a todo lo que puede recordarles las sensaciones que han servido para hacer surgir la libertad". El primer resultado material de esta entrada de la lengua jurídica en la lengua general serían los códigos napoleónicos¹⁷. Los códigos ponen a disposición de la sociedad "relaciones tipo" y "organizaciones tipo" que faciliten el intercambio de bienes y dinamicen el mercado¹⁸. No es difícil comprobarlo: los mecanismos de coerción se orientan hacia asegurar que el mercado funcione y al mismo tiempo aspiran hacia su universalización¹⁹.

La importancia de la ley positiva en los esquemas jurídicos posrevolucionarios como mecanismo de cambio, hacen que también pueda ser vista como creadora de bienestar. La ley constitucional francesa de 1848 formulará por primera vez el derecho a la educación, la asistencia social, y al trabajo, aunque con limitaciones. Con el nombre de derechos sociales, el derecho a la existencia digna, a las obligaciones sociales de la propiedad, a la vivienda salubre, al patrimonio familiar, a la protección de la mano de obra y los seguros sociales, son incorporados en la Constitución de Weimar. El Estado interviene en la realidad para cambiar situaciones materiales utilizando como mecanismo a la ley.

En lo político el pueblo se convierte en soberano. Sobre el Estado absoluto de los borbones, se instaura otro Estado igualmente absoluto en donde el poder constituyente reside en el pueblo, según lo propuesto por Emmanuel Sieyès en *Qu'est-ce que le tiers Etat?*. Paradójicamente es un Estado aun más absoluto ya que al basarse teóricamente en el consentimiento popular no cabe la posibilidad de establecer límites en donde todos están de acuerdo. Esto sería, como es natural, insostenible ya que en el gobierno no pueden participar todas las voluntades. Se crea entonces el concepto de representación popular en

donde se gobierna "en nombre" del pueblo. Este gobierno, salvo por una teórica división de poderes no puede ni tiene ningún tipo de control político desde abajo porque precisamente de allí proviene su legitimidad.

Derechos subjetivos y modernidad

Estas son las líneas generales de los Derechos subjetivos y el Estado de Derecho que han configurado la modernidad en occidente hasta nuestros días. Por otro lado, desde la Revolución Francesa y la ilustración ha habido un convencimiento de que se empezaba una nueva era marcada por el imperio de la razón y se abría un camino lleno de esperanzas para la humanidad en base al progreso material: la modernidad. Estos principios, novedosos en el siglo XVIII, son admitidos hoy en día en Occidente prácticamente sin reparos como verdades absolutas. Sin embargo, la modernidad y todo lo que ella implica, viene siendo seriamente cuestionada²⁰.

Es cierto que existen avances indudables en determinados sistemas jurídicos y realidades políticas que han sido posibles gracias a los Derechos subjetivos. Por lo demás el Derecho actual se encuentra indiscutiblemente ligado a esta herencia ilustrada y revolucionaria. Sin embargo, la naturaleza absoluta y totalizadora que tienen los Derechos subjetivos, ha sido también un elemento desintegrador de numerosos sistemas jurídicos. Esto se debe al carácter universal que tienen, como bien lo indica la propia Declaración de 1789. La universalidad, se sostiene en la existencia de la razón universal, común a todos y cada uno de los hombres. Sin embargo en los sistemas jurídicos que tomaron la razón como base no se produjo una "desagregación de particularidades sino una nueva totalización más compleja que cualquiera anterior" al asentarse precisamente en la razón universal²¹. La consecuencia fue que cualquier sistema basado en otras tradiciones o "razones" era descartado. El planteamiento de estos principios y por lo tanto de estas leyes, como aplicables para cualquier hombre o grupo sin distinciones, les imprime un carácter general y homogéneo.

Este absolutismo de los Derechos, se debe en parte a que las Declaraciones de Derechos simplemente indican un modo de pensamiento, una serie de principios y valores abstractos y suerte de "rayos X" de lo que es deseable para la humanidad²²os principios sean objetivados. Es decir que se conviertan en reglas jurídicas que contengan los valores de respeto a la vida y la dignidad humana pero que sean redactadas de modo claro y preciso. Los principios, los sentimientos, los ideales no pueden tener valor vinculante²⁴. Esto debe hacerse porque estos principios corresponden a una precisa y específica tradición del Derecho occidental. Los logros iniciados por la ilustración y la Revolución francesa no deben ser un modelo totalitario, incluso el propio escepticismo que caracterizó la ilustración debería ser una excusa para que pasaran por el escrutinio.

En ese sentido, la defensoría del pueblo consagrada en la ley constitucional de 1993 y con una clara vocación hacia los derechos humanos, ha optado por una opción más humana, más razonable. Ya que tiene una labor concreta. Su actuación ha permitido una defensa objetiva en temas objetivos a grupos menos favorecidos. No basta, como ya se ha comprobado en la historia republicana, enunciar grandes ideas si éstas no tiene aplicación. Esto se ha dado cuando se ha enfatizado demasiado los derechos subjetivos sobre realidades jurídicas concretas. Son éstas las que cambian el rostro del derecho, de la realidad jurídica y las que efectivamente crean bienestar.

Paradoja

En esta época de efervescencia de derechos, la imagen del indígena se presenta como desoladora.

La imagen del indígena en el siglo de las luces

La ilustración pretende reinventar el filantropismo en Europa. La Corona española y su nueva burocracia en cabeza de un Borbón, tampoco se quedarían atrás. El siglo XVIII está marcado entonces por un optimismo renovador. Así también sería la imagen del indio, al menos en Europa. Distinta, por cierto, a la que tuvieron los europeos que viajaron por América, y más distinta aún a la de los criollos americanos.

La imagen del indígena americano en Europa, a inicios del siglo XVIII sería poco menos que la del buen salvaje. Luis Monguió cita un verso de Alexander Pope para entender lo que imaginaba la Europa del XVIII sobre los indios:

en sus nativos bosquecillos

cosechan sus propios frutos y cortejan a sus morenas amantes

Pastoriles, sensuales e inocentes, al punto de ser casi incorruptibles. Así también las ilustraciones que acompañan las obras de la época que hablan sobre los antiguos imperios prehispánicos: exquisito refinamiento cortesano, bellas princesas, magnánimos gobernantes, felicidad de los vasallos. Juan Meléndez Valdéz, en un poema de 1785 hablaba de los indios como inocentes, virtuosos y bondadosos, aunque, semibárbaros. Hombres puros, al fin y al cabo²⁵.

La percepción del indígena como buen salvaje, será distinta en los españoles o europeos que realizaran viajes por América. La idea no es tan optimista. De hecho los marinos Antonio de Ulloa y Jorge Juan decían que los indígenas eran:

"inclinados por su naturaleza á la ociosidad, á la idolatría, y á

todo aquello que es propio de la irracionalidad en que viven"²⁶

Se verifica, entonces un retroceso a una caracterización del indio como ocioso, corrupto y borracho de parte de viajeros europeos. Así sería la descripción de Charles de la Condamine, quien viajó por América del sur de la década de 1740. Hipólito Ruiz botánico y viajero por el Perú y Chile entre 1777 y 1788, diría que la mujer india, aunque pacífica y laboriosa, vivía en la miseria "provenida de la holgazanería y abandono de sus maridos quienes consumen en bebidas lo que sus mujeres adquieren con su continuo trabajo en hilados, tejidos y sembrados"²⁷.

Para De Ulloa, Juan y La Condamine, sería un misterio el contraste existente entre la patética condición del indio que presenciaron y el glorioso pasado incaico. Corneille De Pauw en Recherches philosophiques sur les américains (1768-1769), sin embargo refutará esta idea poniendo en duda no sólo el gobierno justo y magnánimo, sino el grado de desarrollo alcanzado por los incas. Para esto se apoyará en una teoría sobre la inferioridad climática de América que producía seres débiles y salvajes, frente a la fuerza y civilización de los europeos. La inferioridad del indio por causas climáticas y geográficas también sería sostenida por Georges Louise Buffon, este vez en virtud de la abundancia de aguas estancadas²⁸.

Tales argumentos serían rebatidos por algunos intelectuales criollos como Hipólito Unanue en Observaciones sobre el clima de Lima y sus influencias en los seres organizados, en especial, el hombre y Pedro Nolasco Crespo. Otros como Juan de Llano Zapata e Ignacio de Castro defenderán la capacidad intelectual de los naturales, su humanidad y civilización, ofreciendo como prueba la importancia alcanzada por el imperio incaico, argumento que sería

utilizado con frecuencia a lo largo de todo el siglo e incluso en épocas posteriores. Pero en líneas generales la respuesta criolla fue incompleta e insuficiente. El Mercurio Peruano poco se interesaría de los asuntos indígenas. Incluso algunos de los intelectuales del virreinato como Pedro de Peralta y el marqués de Piedra Blanca de Guana coinciden con el trazo de los indios como incivilizados y bárbaros, aunque esto sería atenuado con la aceptación de los malos tratos que supuestamente habían sufrido desde la conquista. Por su lado Carrió de la Vandera, argumenta también la predisposición hacia la holgazanería y la embriaguez -entre otras cosas- pero exculpa a los españoles por esta condición. Culpará por estos males a los Incas y los caciques. Todos coinciden en señalar su importancia en la vida económica del país.

Cádiz

Explicación de las visiones del indio

Tesis científicas de mediados del siglo XVIII en donde se consideraba al continente americano como nuevo y débil. Estas conclusiones se habían obtenido de una serie de observaciones sobre el continente.

Buffon, un científico francés, había observado que en Europa las especies eran más fuertes y de mayor tamaño. Ello se infería, por ejemplo, del hecho que el ganado europeo empujaba y se degeneraba cuando era transplantado al nuevo mundo. América era un lugar de pequeños animales y muchos insectos. América era un continente nuevo que necesitaba ser desarrollado y domesticado. Estas mismas ideas fueron aplicadas a seres humanos, y en ese sentido Buffon concluyó que los hombres en América no sólo eran débiles sino incapaces de subjugar su naturaleza hostil.

Para Corneille de Pauw en su *Recherches philosophiques sur les Américains* (1768) el contraste entre Europa y América era básicamente el de un continente fuerte y civilizado versus uno débil y salvaje. Asumía De Pauw que el clima fácil criaba personas con propensión a la indolencia de mente y espíritu, y por lo tanto propensas al gobierno fuerte. Mantuvo la tesis de Buffon de que la fauna degeneraba en América, sin embargo propuso que América era un continente antiguo en donde la mezcla de clima y vegetación degenerada "infectaba el aire" y hacía a las personas estériles, impotentes y torpes. Los indios en ese sentido no eran más que una raza de niños crecidos pero degenerados en sus inclinaciones. De Pauw no aceptó la tesis de Buffon sobre la grandeza de las culturas azteca e inca, y en cambio las describió como salvajes y viciosas y para ello sostuvo que las crónicas eran falsas: Las Casas se convirtió en un hipócrita, el palacio de Moctezuma en una cabaña, y el Cuzco en un campamento de ignorantes.

William Robertson, un académico escocés, aceptó la validez de los anales españoles del nuevo mundo. En su *History of America* (1777) alabaría a Las Casas en sus denuncias sobre los conquistadores, pero aceptó la tesis del determinismo climático y concibió a los indígenas como indolentes, insensibles, ajenos al deseo físico y al amor verdadero, y de naturaleza infantil. Citando los trabajos de La Condamine y Ulloa, propuso que las vidas de los indios se encontraban en el primer paso del salvajismo y que sólo el poder despótico de sus caciques mantenía su unidad política. Los aztecas y los incas eran, en cierta forma, superiores que el resto de indios del continente, pero estaban por debajo de los bárbaros europeos. Es interesante notar que sus opiniones de los criollos no fueron distintas, describiéndolos como débiles de carácter, supersticiosos y amantes del lujo.

República lo mantiene, incluso en el primer momento liberal de su historia que son las cortes de Cádiz.

Después de que las Cortes Extraordinarias abrieran sus sesiones en setiembre de 1810, los Americanos demandaron igualdad de representación en la asamblea. Si la nación había perdido su referencia a los pueblos como unidades políticas y era la unión de los individuos en ambos hemisferios, los Americanos pensaron que existía una mayoría desproporcionada de diputados representando a las provincias españolas. Como consecuencia de la nueva idea de nación, el 15 de octubre un decreto establecía igualdad de status para Americanos y españoles. Esta igualdad se colige no tanto cuando se habla que los Americanos "asi españoles como indios, y los hijos de ambas clases", tuvieran igual opción que los españoles europeos para empleos y destinos, sino cuando fija el principio de representación nacional con los mismos parámetros en ambos hemisferios. Dicho principio, cualquiera que sea, debía ser llevado a la constitución teniendo en cuenta esta premisa²⁹.

Dos meses más tarde, el decreto del 15 de octubre fue utilizado para que el Nuevo Mundo sea representado de acuerdo al mismo principio que en España, es decir, un diputado por cada 50,000 personas. Los debates sobre igualdad de representación en las Cortes Extraordinarias representan un reclamo inmediato a las Cortes, pero son importantes porque definieron la noción que América era una parte integral de la monarquía.

En el invierno de 1811 los debates sobre la representación empezaron. La posición peninsular fue liderada en las Cortes por Agustín de Argüelles, diputado por Asturias. En sus discursos ante el pleno, aceptó que la posición americana era razonable. Sin embargo, sostuvo, los americanos debía darse cuenta que era la primera vez en la historia de España que los territorios de ultramar era llamados a cortes. Argumentó que el sistema representativo era moderno, y su aplicación variable de país en país. Aun en Gran Bretaña donde el parlamento tenía una larga historia, el sistema necesitaba ser perfeccionado. En suma, el sistema representativo necesitaba aun de mucha "teoría" para su aplicación correcta. La mejor cosa, sostuvo, era promulgar el principio de igualdad de representación en la constitución, no en las cortes (Argüelles 1835, 2: 36-9; 1: 356-8).

La idea de nación excluyente

Más importante que las consideraciones políticas detrás del decreto, Argüelles admitiría, era la dificultad de aplicar el "abstracto principio de la libertad" en el delicado tema de la representación, especialmente en tan vastas y dilatadas provincias, tan distintas en sus clases y su estado civil y moral (o CDI??? Argüelles 1835, 2: 42). Después de todo, como Martínez Marina lo había demostrado, ni España y América estaban listos para ideas políticas como derechos individuales o representación nacional. España, escribió, estaba aun en las tinieblas. Tres siglos consecutivos de despotismo, escribió, se habían aprovechado sagazmente de los delirios de la superstición y "el imperio que esta ejercía sobre los espíritus" para envilecer y degradar el corazón español, "que familiarizado con sus cadenas las amaba y hacía mérito de ser esclavo" (lxxxiv-v). En consecuencia se notaba una falta de avances hacia aceptar la verdad y la razón hacían imperativo el estudio de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "¡Ah! Si la nación estuviese iniciada en los misterios de esta divina ciencia, si hubiera entrado en este santuario ó por lo menos saludado sus umbrales, ¿cuan rápidamente camináramos hácia el blanco y término de nuestro santo propósito? ¿Con cuanta facilidad se asentarían las bases del edificio político que intentamos levantar?" (1:lxxxv). Era necesario que se divulgen para que las personas pudieran recibirlos con mayor agrado. Estos derechos eran, después de todo, "las bases del edificio político que intentamos levantar" (Martínez Marina 1813, 1: lxxxvi).

Los principios liberales tuvieron ciertos límites. El más claro fueron las dudas sobre si los indios eran capaces de ser ciudadanos. La inclusión de los indios como ciudadanos tuvo oposición dentro y fuera de las cortes. Los indios seguían siendo vistos con desprecio. Muchos diputados estaban influidos por los devastadores ataques de los escritores de la ilustración quienes describían a los indios como bárbaros, salvajes, flojos y viciosos (Brading 1993; Gerbi 1973). Evaristo Pérez de Castro (1778-1848), diplomático y diputado por León, sostuvo que los indios no debían tener la ciudadanía hasta que alcanzaran el grado de civilización de los europeos. Guiridi adscribió la inferior capacidad de los indios a su condición desesperada (El Perú Perú en las Cortes de Cádiz 1974, 1: 38-41).

En Perú, las opiniones de Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841) sugieren una visión similar. En un informe a la Audiencia de Cusco sobre el servicio personal de los indios, escribió que los magistrados debían defender y ser compasivos con los indios no sólo en virtud de que eran "melancólicos y taciturnos" sino de su imbecilidad y nobles sentimientos. En otros informes afirmaba que su único vicio era el ocio y por ello no buscaban "adelantamiento" personal. Naturalmente, según Vidaurre, esta inercia y "natural negligencia" hacían muy difícil que quisieran salir de su vegetación (Vidaurre 1971, 221- 224).

La idea de nación incluyente

visión más incluyente de ciudadanía. Miguel Villagómez, diputado por León, estaba en desacuerdo con la representación por calidades. En un discurso al pleno, insistió que América debía estar representada por sus habitantes sin distinciones. La conquista de América, sostuvo, no había sido llevada a cabo en nombre la nación española pero en nombre del rey. La afirmación es sorprendente, dada las ideas del diputado, al poner como la base de la representación Americana no la doctrina de los derechos subjetivos sino la historia. Francisco López Lisperguer, diputado por Buenos Aires, dirigiéndose al presidente de las cortes sería enfático en este tema: "Es necesario, señor, tener presente que los Americanos no son otra cosa que españoles" (El Perú en las Cortes de Cádiz 1974, 1: 41). La mayor parte de la asamblea compartiría esta opinión. Y así también fueron las representaciones que llegaron a las cortes. Una de ellas de México, sostenía que los americanos "jamás han visto á la nacion Española como una distinta de ellos"³⁰. Una proclama de los Tlaxcaltecas refiriéndose a la invasión napoleónica, indicaba la misma identidad "por nuestra parte todos, todos constantemente profesamos el carácter, lealtad y buena fé española, y por propensio íntima de nuestra sangre aborrecemos y detestamos hasta el nombre de francés"³¹.

Las Cortes apoyaron la idea de una ciudadanía incluyente porque, como lo mencionaría Argüelles, encontraban que América sufría igual que la península, de los mismos efectos fatales del un gobierno degenerado, una administración viciosa, y caduca, y que ambos necesitaban una restauración heroica y eficaz (1834 1: 355). No sólo un territorio común pero malestares comunes unían a los dos hemisferios en una misma nación.

Las Cortes dictaron medidas concretas para igualar americanos y españoles cuando se abolieron la mita, el tributo indígena, los servicios personales y las cargas públicas, y se decretó un reparto de tierras individuales. Ello estaba inspirado no sólo en razón a los derechos mismo, al declarar el deseo de "remover todos los obstáculos que impidan el uso y ejercicio de la libertad civil" sino también a las típicas consideraciones de la economía liberal que

buscaban "promover todos los medios de fomentar la agricultura, la industria y la población de aquellas vastas provincias"³². Esto fue visto por Argüelles como central para explicar los buenos oficios y la consecuencia ideológica de las Cortes al haber sacrificado las finanzas públicas al servicio del principio de la libertad (CDI)³³. pero también es cierto que muchos otros velaron por su estricta aplicación. En un informe a la Audiencia del Cusco, Vidaurre denunciaba la práctica de la mita al contradecir abiertamente las disposiciones de la cortes. Manteniéndola la mita hacía que los indios fuese "libres en el nombre, y no en la realidad: que la igualdad que se les ha concedido sea fabulosa, y quimérica" (Plan de Perú: 221).

Sin embargo quizá la reacción más eficaz hacia la nueva constitución procedió precisamente de sus beneficiarios. Las viejas prácticas continuaron tal como lo indica el mismo Vidaurre en otro informe. Muchos indios, decía, querían continuar como tributarios, a pesar de que el tributo estuviera abolido. Argumentaba que los indios no querían ser vasallos inútiles, y una carga para el Estado. El tributo, argumentaban los indios, no sólo era un signo de vasallaje pero una forma de pedir protección y defensa de los oficiales públicos (Vidaurre 223). Avellaneda

No sólo las dudas en la representación sino otras más serias, ya que se incorporó sólo a parte de la nación abstracta en los dos hemisferios. Unos ciudadanos lo serían en sentido pleno, y otros de segunda categoría y otros incluso no lo serían.

Pero si fue aceptado que los mestizos e indios eran miembros de la nación española, y consecuentemente con derechos de ciudadanía, la inclusión de las castas y negros fue negada³⁴. Sólo algunos como José Miguel Gordoá, diputado por Zacatecas y luego presidente de las cortes, declaró que aquellos de descendencia africana debían formar parte de la nación española. Después de todo, la soberanía debía ser una e indivisible. Sus ideas no fueron compartidas por la mayor parte. En un discurso al pleno, Vicente Morales Duárez, diputado por Lima, dijo que otorgar la ciudadanía a las "castas pardas" traería graves inconvenientes (El Perú en las Cortes 1974, 1: 26).

Conclusion 1

Por decreto de 9 de febrero de 1811 las cortes acordaron que los americanos tenían el derecho de representar a la nación en las cortes. La nación española incluía virtualmente a casi toda la población masculina adulta de ambos hemisferios, al prescribir el decreto que americanos eran tanto españoles americanos como "naturales originarios de aquellos vastos dominios de la monarquía española"³⁵. La condición de ciudadanía era muy amplia y casi sin restricciones.

Ejemplo de patriotas que siguen estas ideas es Simón Bolívar. Bolívar, un librepensador, lector de El Príncipe, El Contrato social y admirador de Voltaire, era un firme convencido del republicanismo clásico y de la idea que el hombre sólo podía alcanzar la virtud ejerciendo sus derechos ciudadanos. Sin embargo, no sólo aceptó tácitamente la esclavitud de los esclavos en Venezuela, sino que desestimó la participación de los indígenas en la vida ciudadana frente a los temores de un "gobierno de las masas" que traería dicha participación.

Esta naturaleza de las constituciones fracasadas, traía como consecuencia que se dudara de los mismos ideales políticos incluidos en ellas, al punto que Carlos Lisson en su Sociología del Perú de 1887 consideraba que si bien el Perú era regido por una "carta liberal en casi todos sus artículos", en la práctica se ha visto, "la debilidad del armazón para resistir la inclinación

humana á la arbitrariedad". Esta experiencia lo obligaba a calificar de "farsa" al liberalismo moderno".

Esta naturaleza de las constituciones fracasadas, traía como consecuencia que se dudara de los mismos ideales políticos incluidos en ellas, al punto que Carlos Lisson en su Sociología del Perú de 1887 consideraba que si bien el Perú era regido por una "carta liberal en casi todos sus artículos", en la práctica se ha visto, "la debilidad del armazón para resistir la inclinación humana á la arbitrariedad". Esta experiencia lo obligaba a calificar de "farsa" al liberalismo moderno".

Sin embargo Lavalle declara que en la práctica la soberanía reside "en la reunión de los ciudadanos peruanos"... " porque solo los que tienen capacidad para obtener este título pueden ejercerla sin traer el caos y la disolución al seno de la sociedad." (8-9)

Sostenía Lavalle que aunque otras constituciones declaraban que la soberanía residía en la "universalidad de los miembros de la asociación" en disposiciones posteriores determinaban quiénes eran ciudadanos y las cualidades que se debían tener para la adquisición de los derechos afectos a ese título y concluían restringiendo el ejercicio de la soberanía, "localizándolo solo en esos que han declarado capaces de ser ciudadanos y haciéndolo ilusorio para aquellos que, aunque incapaces de ejercer las funciones la república y no en la universalidad de los miembros de la nación, para así mantener el proyecto "en los límites señalados por la justicia y la conveniencia general".

Las ideas de Lavalle se remiten directamente a las nociones de ciudadano activo y ciudadano pasivo de Sieyès cuando escribe una suerte de exposición de motivos a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (publicada ese mismo año). Sieyès, al igual que Lavalle, Espinosa, García Calderón y los juristas de la época, distingue entre ciudadanos activos y pasivos.

Los ciudadanos pasivos disfrutaban de sus derechos civiles, seguridad personal, protección de su propiedad, libertad, e igualdad ante la ley.

Los ciudadanos activos, en cambio, tenía el derecho de formar parte en los poderes públicos.

Sieyès argumentaba que todos los miembros de la sociedad eran, y debía ser, ciudadanos pasivos, pero sólo parte de ellos lo eran activos.

La noción de Sieyès, adoptada por Lavalle, se basa en una premisa fundamental.

Para Lavalle las características que imposibilitaban a una persona de la ciudadanía activa eran no tener la nacionalidad peruana, ser mujer, ser menor, no ser profesional, falta de empleo conocido, no haber hecho contribuciones al erario público, o analfabetismo. Todas estas características corresponden a problemas y diferencias que fueron ignorados por la nación moderna. El problema de los extranjeros era uno de lealtad, su lealtad a la nación era incierta. Pero las demás características son entendidas en un sentido como genuinamente pasivas. Las mujeres y los niños eran "pasivos" por naturaleza ya que eran vistos como débiles y dependientes de las cabezas de familia. En ese sentido, Espinosa, por ejemplo, describe a la mujeres como intelectualmente inferiores a los hombres pero más "suaves y dulces". Pero si la pasividad de los niños y las mujeres se derivaba de la naturaleza, la de aquellos sin profesión liberal era una pasividad "contractual". Ser dependientes significaba que sus voluntades no eran propias. Niños, mujeres

y dependientes eran pasivos en la esfera pública porque de algún modo ya lo eran en la esfera privada.

Por otro lado, de las personas que no tenían una propiedad raíz, oficio, u ocupación con qué proveer a su subsistencia, Lavalle presumía que eran "vagos ó un bandidos" ya que ofrecían pocas garantías a la sociedad. Las coincidencias con Sieyes son nuevamente notable ya que en términos generales el abate tenía una opinión muy baja de los pobres. La pasividad de los vagos, pobres, o bandidos no se derivaba de la naturaleza, ni de su pasividad en la esfera privada o familiar, sino en la dimensión económica. Ellos no tenían un rol activo en la generación de riqueza. Los contribuyentes eran los "accionistas" como afirmaría Vidaurre en 1824 de la gran empresa social. Sólo aquello que mantenían al Estado que garantizabas las leyes debían tener el derecho de hacer esas leyes. Los no contribuyentes o no propietarios, o no profesionales eran normalmente pobres y su relación con la economía pasiva antes que activa.

Lavalle parece resumir estas condiciones en su idea de educación. Si bien no quiere despreciar a los que no han alcanzado el "primer grado de instrucción" no los cree capaces "ni por un momento" de desempeñar la misión confiada a los ciudadanos". Y ello porque era la educación la que instruye al ciudadano en sus derechos, le enseña los deberes que le impone la sociedad, los medios para cumplirlos e incluso apaciguaba "las pasiones y los intereses inherentes á la naturaleza human que imperan en el salvaje y que se subordina á la razon en el hombre civilizado". Sin un grado de instrucción adecuado era imposible conocer la importancia de los derechos y la extensión de los deberes; y este era un conocimiento fundamental para desempeñar las funciones de ciudadano. El argumento era que la fuerza dominaba a la debilidad; y teniendo en cuenta esta ley de la naturaleza "que se observa tanto en el mundo físico como el moral" fácilmente la débil inteligencia de hombres cuya ignorancia llegaba al extremo de no saber leer ni escribir, podía ser dominada por otras inteligencias más desarrolladas.

Anexo:

Imagen del Indio

Virreinato

"Estos miserables indios que todos somos a apelarlos y a pedirles cosas y no hay nadie que mire por ellos son dados por menores, y V.M. es tutor y amparador" (Fray Juan Binero, 1577).

"[Los indios] en seguimiento de cualquier pleitecillo iban y venían del repartimiento a las audiencias en cuyo distrito caían hormigueros de ellos y gastaban sus haciendas con procuradores, letrados y secretarios, y dejaban muchos de ellos las vidas e iban tan contentos con un papel aunque fuesen condenados como si se salieran con el pleito" (Francisco de Toledo, 1581?).

"[P]orque donde pende todo el daño de estos naturales es de las borracheras hordinarias que hazen y de aqui resultan las fuerzas y amansebamientos y sodomias e incestos, y allende de esto tengomaveriguado que ninguna borrachera se haze sin idolatrias" (Francisco de Toledo, 1572).

"En lo de la protección de los indios, que V.M. me mandó que entendiese, lo que hay que decir es que es una cosa tan importante para el servicio de Dios y de V.M. defender esta gente de boca de tantos lobos como hay contra ellos, que creo que, si no hobiese quien particularmente los defendiese, se despoblaría la tierra; y ya que no fuese así, no servirían ni ternían sosiego" (Vicente de Valverde, 1539).

Los americanos "jamás han visto á la nacion Española como una distinta de ellos" (Cortes de Cádiz, 1812).

Ilustración y liberalismo

"[I]nclinados por su naturaleza á la ociosidad, á la idolatría, y á todo aquello que es propio de la irracionalidad en que viven" (Jorge Juan y Antonio de Ulloa, 1748).

"Es el indio yucateco un monstruoso conjunto de religión é impiedad, de virtudes y vicios, de sagacidad y estupidez, de riqueza y miseria....Con un entendimiento claro, aunque sin ningún cultivo, se traslucen en sus acciones y discursos algunos rasgos de ingenio, empeñados con el más grosero idiotismo" (Diccionario Universal de Historia y Geografía, México 1856).

"[Y]acen en la más estúpida imposibilidad moral; aman su abatimiento, como los cuerpos graves, el reposo; viven sin la conciencia de su personalidad, como las Ostras adheridas á la roca, sin que los embates del infortunio los conmuevan, sin que el dolor ni la esperanza los movilen" (Miguel Zavala, 1868).

Notas:

1 Esta idea sería sostenida inicialmente por Michel Villey en un artículo de 1946 titulado "L'idée de droit subjectif et les systemes juridiques romains", *Revue de Droit français et étranger*, 1946-47. Al principio sonaría como una "herejía" pasando luego a ser comunmente aceptada, Cfr. Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Publico europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 48-49.

2 Alvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1983, pág. 43.

3 J.M. Kelly, *A short history of Western legal theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1997, pág. 188.

4 García de Enterría, *Op.cit.* pág. 53.

5 *Leyes Nuevas 1542*, ley 7, 20 y 21. In José Sánchez-Arcilla, *Las ordenanzas de las Audiencias de Indias, 1511-1821*, Madrid, Dykinson, 1992.

6 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Middlesex, Penguin Books, 1980, (trad. en español, Sarpe, Madrid, 1984), I, 13.

7 Kelly, *Op.cit.*, pág. 215.

8 John Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, (trad. y prefacio en español por José Carner, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1941), II, 7.

9 *Ibidem*, II,9 y II,11.

10 *Ibidem*, II, 13.

11 (1)"Que el pretendido poder de suspender leyes o la apliación de las mismas, en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del parlamento, es ilegal". (2) "Que el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su apliación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal"... (4) "Que toda exacción de impuestos por o en beneficio de la Corona, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un tiempo mayor o en forma distinta de aquella en que fue autorizada, es ilegal". *Bill of Rights*, 13 de febrero de 1689. In Artola, *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, pp. 79-83.

12 Posteriormente también se remiten al contrato social, Christian von Wolff (1679-1754) en sus ensayos agrupados bajo el título de *Vernünfftige Gedanken*; el barón de Montesquieu en *De l'esprit des lois*, escrito entre 1734 y 1748; Jean J. Rousseau en *Du Contrat social* (1762) y Alexander Hamilton

en sus artículos escritos entre 1787 y 1788 y publicados en *Federalist Papers* (1788).

13 Kelly, *Op.cit.* pág. 228.

14 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789. In Artola, *Op.cit.* pp. 103-106.

15 García de Enterría, *Op.cit.* pág. 81.

16 Pablo Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975, pág. 85.

17 En adelante el derecho privado tendrá dos ejes: la propiedad y el contrato. La propiedad, como ya se dijo, gira en torno al sujeto y absoluta. La libertad al ejercer la propiedad se extienden hasta no interrumpir la libertad del otro. Los contratos por su lado, reflejan en poder de creación del derecho entre individuos. El acuerdo será "ley" entre ellos y debe interpretarse el contrato de acuerdo a su voluntad. Con esto la voluntad tienen poder y es autónoma. Los contratos tienen límite en la ley solamente. El código civil protege esta situación. También se establece el concepto de relación jurídica, cuando existen dos sujetos acordando. Hay todo un clima de libertad y libre desempeño. Los hombres pueden vivir bajo sus propios intereses y decisiones. Se desea una sociedad libre, sin privilegios ni vínculos históricos. García de Enterría, *Op.cit.*, pág. 83.

18 Esto último se proyectará en lo económico principalmente con Adam Smith, quien sostiene además del orden espontáneo del mercado, que la preservación de la libertad económica y la ausencia de intervención del poder político constituyen el mejor modo de que una economía florezca. Será la propiedad de los medios económicos la que precisamente marcará el desarrollo económico en los años siguientes y es el factor de desarrollo de instrumentos, innovación y progreso de la burguesía.

19 Fernando de Trazegnies, *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, pp. 29-30.

20 No en vano se habla de posmodernidad. Sobre esto vid. Jean Francois Lyotard, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris, Editions de Minuit, 1979 (trad. en español, Catedra, Madrid, 1984).

21 Fernando de Trazegnies, "Postmodernidad y pluralismo jurídico", ¿Qué modernidad deseamos? El conflicto entre nuestra tradición y lo nuevo, David Sobrevilla y Pedro Belaunde ed., Lima, Epígrafe, 1994, pág. 200.

22 Kelly, *Op.cit.* pág. 427.

23 Sobre esto vid. John Ralston Saul, *Voltaire's Bastards*, Penguin Books, Ontario, 1993.

24 Fernando de Trazegnies, "Democracia y Derechos Humanos", *Expreso*, 15 de diciembre de 1998.

25 *Ibidem*, pág. 344.

26 Jorge Juan y Antonio de Ulloa, *Noticias secretas de América, sobre el estado Naval, Militar, y Político de los Reynos del Perú y provincias de Quito, costas de Nueva Granada y Chile*, ed. facsimilar, (Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1983), 2: 357.

27 Monguió, "La ilustración", 345.

28 Charles Walker, "Voces discordantes: discursos alternativos sobre el indio a fines de la colonia", in *Entre la retórica y la insurgencia: las ideas y los movimientos sociales en los Andes, siglo XVIII* (Cusco: Centro de Estudios Regionales "Bartolomé de las Casas", 1995), 92.

29 Colección de decretos, 1: 98-9.

30 Hernández, Colección, 3: 826.

31 Hernández, Colección, 1: 53.

32 Colección de Decretos, 2: 712.

33 De hecho, el Ministerio de Hacienda de Indias se vio obligado a declarar públicamente la urgente necesidad de reemplazar los antiguos tributos por otros por el desfalco resultado en el erario de los diferentes reinos y provincias de ultramar, y pedía al gobierno central reformar el sistema de hacienda en ese sentido. Argüelles, *Exámen histórico*, 2: 56.

34 Sobre esto ver James F. King, "The coloured castes at the Cortes of Cadiz", *HAHR*, 32, (1953), pp. 33-64.

35 Colección de Decretos, 1: 98.

* Mg. Mauricio Novoa Cain

Abogado, master Of Philosophy, doctorando En Derecho, Académico de la Universidad de Lima, Perú



Información disponible en el sitio ARCHIVO CHILE, Web del Centro Estudios "Miguel Enríquez", CEME: <http://www.archivo-chile.com>

Si tienes documentación o información relacionada con este tema u otros del sitio, agradecemos la envíes para publicarla. (Documentos, testimonios, discursos, declaraciones, tesis, relatos caídos, información prensa, actividades de organizaciones sociales, fotos, afiches, grabaciones, etc.) Envía a: archivochileceme@yahoo.com

NOTA: El portal del CEME es un archivo histórico, social y político básicamente de Chile. No persigue ningún fin de lucro. La versión electrónica de documentos se provee únicamente con fines de información y preferentemente educativo culturales. Cualquier reproducción destinada a otros fines deberá obtener los permisos que correspondan, porque los documentos incluidos en el portal son de propiedad intelectual de sus autores o editores. Los contenidos de cada fuente, son de responsabilidad de sus respectivos autores.

© CEME web productions 2005

