

NOTAS PARA UN PRIMER ACERCAMIENTO AL ESTUDIO DEL DERECHO INDIANO EN LAS CORTES DE CÁDIZ

Felipe Ignacio Westermeyer Hernández
*Universidad de Chile*¹

REBUT: 15 de maig de 2015 - ACCEPTAT: 30 de maig de 2016

Resumen

Este artículo pretende iniciar un nuevo derrotero investigativo tendiente a indagar el rol que jugó el derecho indiano en las Cortes de Cádiz. Para esos efectos, se analizan los mecanismos mediante los cuales normalmente un sistema jurídico pervive e interactúa con aquél que lo reemplaza, indagamos luego las peculiaridades que se suscitaron entre el derecho indiano y el derecho constitucional gaditano, y terminamos con el análisis de algunas de las normas indianas citadas en el transcurso de los debates. El referido estudio abarca la fundamentación, el uso y la interpretación que se dio a las normas indianas en el marco de los debates legislativos y constitucionales que tuvieron lugar en las Cortes de Cádiz.

Palabras clave: derecho indiano, Cortes de Cádiz, Constitución de 1812.

NOTES PER A UNA PRIMERA APROXIMACIÓ A L'ESTUDI DEL DRET INDIÀ A LES CORTS DE CADIS

Resum

Aquest article pretén iniciar un nou camí d'investigació per a indagar el paper que va tenir el dret indià a les Corts de Cadis. A aquest efecte, s'analitzen els mecanismes mitjan-

1. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Ayudante *Ad Honorem* de Historia del Derecho de la mencionada casa de estudios. El autor agradece las invaluables sugerencias y consejos del profesor Antonio Dougnac Rodríguez y los materiales proporcionados por la bibliotecaria de esa unidad académica, la señora Gioconda Pulgar. Del mismo modo, agradece la colaboración del ayudante alumno de la cátedra de Historia del Derecho del profesor Dougnac en la Facultad de Derecho de la referida universidad, el señor Andrei Candiani. Todos los errores son única y exclusiva responsabilidad del autor.

çant els quals normalment un sistema jurídic perviu i interactua amb aquell que el reemplaça, després s'examinen les peculiaritats que es van suscitar entre el dret indià i el dret constitucional gadità, i s'acaba amb l'anàlisi d'algunes de les normes indiane esmentades en el transcurs dels debats. El referit estudi abasta la fonamentació, l'ús i la interpretació que es va donar a les normes indiane en el marc dels debats legislatius i constitucionals que van tenir lloc a les Corts de Cadis.

Paraules clau: dret indià, Corts de Cadis, Constitució de 1812.

OBSERVATIONS FOR AN INITIAL APPROACH TO THE STUDY OF THE LAWS OF THE INDIES IN THE COURTS OF CÁDIZ

Abstract

The aim of this paper is to embark on a new line of research to study the role of the Laws of the Indies in the Courts of Cádiz. To this end, an analysis is performed of the various mechanisms by means of which a legal system typically survives and interacts with the one substituting it with the aim of then examining the specific characteristics that arose between the Laws of the Indies and Cádiz constitutional law, and ultimately analysing some of the regulations of the Laws of the Indies mentioned over the course of the debates. The scope of the aforementioned study encompasses the rationale, use and construal given to the regulations of the Laws of the Indies on the context of the legislative and constitutional debates that unfolded in the Courts of Cádiz.

Keywords: Indian law, Courts of Cádiz, Spanish Constitution of 1812.

NOTES POUR UNE PREMIÈRE APPROCHE DE L'ÉTUDE DU DROIT DES INDES DANS LES COURS DE CADIX

Résumé

Cet article se propose de tracer une nouvelle voie dans la recherche juridique afin d'étudier le rôle joué par le droit des Indes dans les Cours de Cadix. À cet effet, nous analysons les mécanismes par lesquels un système juridique survit et interagit avec celui qui le remplace, avant d'étudier de plus près les particularités existant entre le droit des Indes et le droit constitutionnel de Cadix, et de terminer par l'analyse de certaines normes du droit des Indes citées lors des débats. Cette étude englobe les fondements, l'utilisation et l'interprétation donnée aux normes du droit des Indes dans le cadre des débats législatifs et constitutionnels ayant eu lieu dans les Cours de Cadix.

Mots-clés : droit des Indes, Cours de Cadix, Constitution espagnole de 1812.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años se ha escrito mucho acerca de la Constitución de Cádiz y su proyección. Desde un primer análisis de carácter exegético se ha avanzado paulatinamente hacia estudios muchísimo más complejos. El estadio de desarrollo de las nuevas investigaciones persigue desentrañar el abigarrado conjunto de corrientes políticas, jurídicas y filosóficas que interactúan en el proceso deliberativo que culminará en la Constitución política de 1812.²

Dichos trabajos muestran que entre los aspectos distintivos del proceso gaditano se pueden mencionar: la indecisión entre pluralismo y uniformismo jurídico;³ el uso de la tradición como elemento legitimador de las reformas; un respeto y alta valoración de la Iglesia católica y la religión; el temor a repetir los errores de la Revolución Francesa; el interés por una monarquía de carácter moderado; un afán por modificar el régimen de tenencia de la tierra; la necesidad de instaurar como garantía constitucional la libertad de imprenta; la abolición del Tribunal de la Inquisición y la promulgación de un conjunto de garantías en el proceso penal.

Entre los antecedentes históricos de carácter inmediato hay acuerdo en que muchas de las discusiones que preceden a la Constitución guardan relación con el descontento general provocado por el gobierno de Carlos IV y su camarilla.

En perspectiva comparada, este proceso constituyente tuvo una dimensión territorial transoceánica. Esta característica no fue solo de carácter espacial, sino que fue sobre todo social, cultural y étnica. Cada territorio integrante de la Corona había desarrollado una identidad propia.

No siempre los procesos de carácter constituyente logran recoger diferencias de esa índole. Esa posibilidad está intrínsecamente relacionada con el procedimiento de discusión y deliberación que se adopta. En materia de redacción de cartas fundamentales, el procedimiento no posee un carácter adjetivo, sino sustancial. El proceso gaditano constituye hasta el día de hoy un ejemplo en cuanto al

2. Así, por ejemplo, José Antonio ESCUDERO (ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Fundación Rafael del Pino y Editorial Espasa, 2011; Luis MARTÍ MINGARRO (ed.), *Cuando las Cortes de Cádiz. Panorama Jurídico 1812. Jornada Conmemorativa del Bicentenario*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012; Carlos GARRIGA y Marta LORENTE, *Cádiz, 1812: La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; Alejandro LÓPEZ SÁNCHEZ et al. *La Constitución de Cádiz y su impacto en el occidente novohispano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

3. Al respecto, consúltese Francisco TOMÁS Y VALIENTE, «Génesis de la Constitución de 1812: de muchas leyes fundamentales a una sola Constitución», *Anuario de Historia del Derecho Español* (1995), p. 13-125.

régimen de debate y deliberación adoptado. El éxito de ese procedimiento se puede apreciar en el hecho de que gran parte de esas diferencias fueron dadas a conocer durante los debates.

Huelga indicar que la influencia de Cádiz en la América indiana es inconcusa. Tal situación se debe al hecho, no siempre destacado, de que a ambos lados del Atlántico había un importante consenso en torno a los principios que debían inspirar las reformas del ordenamiento jurídico: soberanía nacional, representación popular, división e independencia de los poderes del Estado y reconocimiento de las libertades individuales.⁴ Tanto la Constitución de Cádiz como los ensayos constitucionales coetáneos dictados en América recogen los principios mencionados.

Sin embargo, la implementación de estos principios exigía una serie de cambios que revelaron las aprensiones y desconfianzas que peninsulares y americanos abrigaban. Principios sin una institucionalidad que los materialice no pasan de ser frases bonitas y melodiosas. Empero, no toda institucionalidad es adecuada. El aparato institucional debe responder a las necesidades de un determinado contexto cultural, geográfico y social.

En ese sentido, el diseño y la elaboración de las nuevas instituciones de derecho público, por un lado, y la necesidad de resolver múltiples problemas de gobierno derivados de la guerra contra Napoleón, por otro lado, pusieron de manifiesto las diferencias, los prejuicios y la inconformidad de americanos y peninsulares.

Tales diferencias surgieron de manera casi espontánea. Las disensiones se hicieron especialmente ostensibles al fijar el contenido y el alcance de la ciudadanía, al determinar qué derechos políticos correspondían a los pardos y otras castas, y al buscar un adecuado sistema de representación territorial en las futuras cortes.

Desde un punto de vista administrativo, dichas divergencias adquirieron notoriedad a la hora de discutir cómo se distribuiría el poder en el nuevo estado supranacional. ¿Se fundaría un estado de carácter unitario y centralizado, que condijera con organismos especializados en la realidad americana? ¿En ese caso, en qué lugar tendrían asiento esos organismos? ¿En América o en España?

A ello se sumaron, desde una perspectiva netamente jurídica, las dificultades provocadas con ocasión de instaurar un derecho común y obligatorio para todos los territorios de la monarquía. Dicha intención generó dificultades a medida que las Cortes, ya fuese en pleno o en comisiones, debieron entrar a fallar casos concretos y aclarar dudas de interpretación jurídica. Las normas indianas, fuesen de carácter general o local, mostraron poseer un fundamento racional y haber sido pensadas para situaciones concretas. Las intenciones chocaron con la realidad. En este

4. Carlos MARTÍNEZ SHAW, «América en las Cortes de San Fernando-Cádiz», en José Antonio ESCUDERO (ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, tomo II, p. 175.

caso, el ideal codificador y uniformador del derecho moderno se enfrentó a un derecho especial y, en mayor o menor grado, de carácter local, pero siempre concebido para situaciones relativamente desconocidas para los europeos. Ese derecho local y especial contaba con una elaboración científica. Como se verá más adelante, este proceso de unificación jurídica no fue igual al que algunas centurias antes tuvo lugar entre los derechos forales y el *ius commune*. El derecho indiano, ese derecho propio de la América hispana, era un derecho de elaboración científica.

En el plano económico, las discusiones acerca de la mayor o menor extensión de las libertades económicas, en especial las de comercio e industria, dejaron al desnudo las intenciones monopólicas de algunos diputados peninsulares. Un sector de los recién mentados insistía en ver los reinos de Indias solo como proveedores de materias primas y mercados consumidores de productos revendidos por España o manufacturados en la península Ibérica. Esa discusión se repitió en el momento de comerciar con otras potencias amigas de la Corona. Y por todos esos disensos se empezó a hablar de españoles de primera categoría y españoles de segunda categoría.

Estas diferencias muestran que el mayor desafío que enfrentó el constitucionalismo en las primeras décadas del siglo XIX no fue tanto la instauración de un régimen de libertad, sino la de uno de igualdad.⁵

El derecho constitucional buscaba acabar con el sinnúmero de estatutos y derechos especiales, sustituyéndolo por un derecho homogéneo y unificador de corte estatal. Muchos regímenes especiales no tenían más sustento ni justificación que la tradición. La idea era abrogar todas aquellas diferencias jurídicas que no admitiesen una justificación racional. De esta forma, todo el derecho nuevo, que debía emanar del poder legislativo, pasaría a ser de corte estatal.

Dicha posición condujo en la práctica a un nuevo problema: ¿cuándo, cómo y en qué circunstancias se justificaba un trato jurídico distinto? La respuesta a estas preguntas implicaba un acabado conocimiento de la realidad a ambos lados del océano, que ningún diputado ostentaba.

Aplicar normas y criterios europeos, concebidos para una realidad europea e impuestos por la mayoría peninsular, condujo a que en muchos rincones de la América hispana el trabajo del constituyente gaditano fuese rápidamente desvalorado. No son pocos los participantes en dichas Cortes que fueron condenados al olvido.⁶

5. Maurizio FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestro días*, Bolonia, Trotta, 2001, p. 120 y sig. Reimpr. de la trad. cast.: Madrid, Trotta, 2011.

6. Sin ir más lejos, véase el caso del diputado chileno Joaquín Fernández de Leiva. Pese a haber jugado un rol importante entre los diputados americanos y ser habitualmente citado entre los estudiosos de la Pepa, en Chile es un completo desconocido.

José María Queipo de Llano, conde de Toreno, percibió tiempo después los errores cometidos. Él señala: «[...] aparecía igualmente a primera vista gran desvarío haber adoptado para los países remotos de Ultramar las mismas reglas y Constitución que para la península».⁷

Algo más perspicaz fue el diputado Agustín de Argüelles.⁸ En una de las tantas sesiones que se dedicaron a los temas americanos propuso la formación de una comisión de peninsulares y americanos. Ellos deberían redactar un Plan de Organización de un Ministerio Universal de Indias. Con ello reconoció que las Indias en su conjunto poseían una serie de particularidades. Con este plan general y las dudas que manifestó respecto a que los órganos encargados de los distintos ramos de gobierno fuesen competentes por igual para todos los territorios, hizo presente la necesidad de cierta pluralidad, la que obviamente alcanzaba al derecho y a la Administración pública.⁹

Meses después confirmaría esa opinión: «La desconfianza que por lo común tengo al hablar de las cosas de América crece todavía más cuando reconozco indispensable el conocimiento local para opinar de materias que no pueden resolverse con acierto sin tener aquel en suficiente grado».¹⁰

Lo que ambos políticos y diputados doceañistas al parecer olvidaron es que esas diferencias tenían una expresión jurídica de más de trescientos años de antigüedad: el derecho indiano.

De ese modo, puede sostenerse que las Cortes fueron un foro en el que, a lo menos, se encontraron dos tradiciones jurídicas: la peninsular¹¹ y la indiana.¹²

En las Cortes no solo tuvieron acogida las nuevas doctrinas y el derecho español. También lo tuvo el derecho indiano. Este último, sin embargo, ha sido permanentemente omitido en el momento de estudiar las discusiones de las Cor-

7. José María QUEIPO DE LLANO, *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España, por el Excelentísimo Conde de Toreno*, Madrid, M. Rivadeneyra Impresor Editor, 1872, p. 393.

8. Agustín de Argüelles Álvarez (1776-1844), diputado liberal por Asturias. Estudió filosofía y derecho en la Universidad de Oviedo. Conocido en las Cortes de Cádiz por el apelativo del *Divino*, destacó como uno de los principales oradores de las Cortes y como uno de los articuladores de la facción liberal.

9. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias: dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813*, tomo I, Madrid, José A. García, Impresor-Editor, 1870, p. 657. En adelante, *Diario de Sesiones de las Cortes*.

10. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo II, p. 845.

11. No es el momento de entrar a distinguir entre las distintas tradiciones jurídicas existentes en la península Ibérica. Por ello hablamos de manera genérica de tradición peninsular.

12. No es el momento de diferenciar el derecho indiano en cuanto a los localismos y peculiaridades que desarrolló en cada uno de los reinos indios.

tes de Cádiz.¹³ ¿Qué concepción tenían los constituyentes acerca del derecho indiano? ¿En qué discusiones se usó? ¿Fue usado como resquicio legal para imponer ideas liberales? ¿Qué derecho indiano se cita en las discusiones? ¿El del siglo XVI, el del siglo XVII o el del siglo XVIII? ¿Cuán actualizados estaban los constituyentes acerca de los cambios acaecidos en ese ordenamiento jurídico?

Estas y otras preguntas no pueden ser respondidas en este modesto artículo. Solo se pretende iniciar con él una investigación acerca de este derecho en las Cortes gaditanas.

2. PECULIARIDADES DEL CAMBIO DE SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Si bien en mayor o menor grado todas las transiciones entre distintos sistemas jurídicos conocen fórmulas semejantes de acción y reacción, la relación entre el derecho indiano y el derecho que emana de las Cortes de Cádiz está sujeta a algunas particularidades.

En primer lugar, es necesario considerar que la transformación de los ordenamientos jurídicos vigentes en el siglo XVIII en Europa y América en otros basados en códigos y constituciones fue un proceso que tardó alrededor de un siglo. En América dicho proceso fue desarrollado preferentemente por grupúsculos y cenáculos de expertos que redactaban, recepcionaban o derechamente copiaban códigos y constituciones. En la América hispana hubo pocas oportunidades para redactar constituciones mediante congresos constituyentes en los que personas que representasen distintas razas, regiones y naciones estuviesen, cual más, cual menos, representados.

En segundo lugar, es oportuno considerar que normalmente las culturas jurídicas sobreviven largo tiempo a los sistemas jurídicos que las cobijan y en los cuales nacen. Así lo consiguen los mismos órganos con su actuación, manteniendo el lenguaje jurídico y administrativo, con la interpretación y el uso de prácticas y

13. Digno de mencionar es el trabajo realizado durante ya casi cincuenta años por los miembros del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. A lo largo de ese tiempo han desarrollado una profusa investigación sobre ese ordenamiento jurídico y desde hace unos veinte años un grupo importante de profesores de ese instituto ha dedicado tiempo a investigar la proyección del derecho indiano en los derechos patrios. Sin embargo, de acuerdo con lo publicado en las actas de cada uno de los congresos celebrados por la referida institución, aún no han entrado a analizar el papel de ese derecho y las ideas que sobre él circulaban en las Cortes de Cádiz de 1812.

costumbres jurídicas por juristas, abogados, jueces y personas de formación jurídica formal. También debe considerarse, y en ningún caso en grado menor, la enseñanza impartida por las universidades.

Por lo tanto, los cambios jurídicos exigen analizar, preferentemente, el modo de actuar de los juristas, y estudiar la evolución de la doctrina y la jurisprudencia emanada de tribunales y órganos administrativos. La pervivencia de la norma por medio de la letra o de las discusiones legislativas juega un rol menor en comparación con los ya señalados.

Empero, el caso concreto en estudio no se corresponde con este esquema general. Lo que se buscaba era redactar una constitución. La idea era que la carta fundamental, en aras de su fuerza vinculante, orientase el actuar de todos los poderes del Estado. En consecuencia, era imperativo encontrar la solución correcta y sabia para cada una de las situaciones que esa Constitución regulaba.

Pero la Constitución de Cádiz en cuanto proyecto político fracasó. La desmembración del Imperio español y la veleidad de Fernando VII frente a su reconocimiento y aplicación privaron a este texto de toda vigencia.

No obstante lo anterior, no se puede desconocer que el esfuerzo por aunar criterios y sostener una discusión jurídica de alto nivel no tiene parangón en el mundo hispano. Ninguna asamblea constituyente en el mundo hispanoparlante ha podido igualar a las Cortes de Cádiz en cuanto a la diversidad de la gente que debía ser representada.

Por todo lo anterior, si se quiere estudiar la interacción entre el derecho indiano y la Pepa, las vías recién mencionadas son de escasa utilidad. Los períodos de vigencia de la Constitución de Cádiz fueron muy cortos. La mayor interacción entre el derecho indiano y ese primer derecho constitucional se dio a nivel legislativo.

3. IGUALDAD EN LA DIFERENCIA: PRINCIPIO SUBYACENTE AL DERECHO INDIANO EN CÁDIZ

La situación de los liberales hispanos era en 1810, por decirlo menos, desesperada. Insurrecciones y movimientos independentistas en América, una España ocupada por los franceses y un sector de la sociedad —los afrancesados— apoyando a Napoleón, obligaban a iniciar un proceso de reformas políticas de resultado incierto. No se podían atizar los resquemores de otros sectores de la sociedad. La incertidumbre era enorme. Nadie tenía claro cuál sería el curso de los acontecimientos ni cuánto podrían mantener esa guerra. Los patriotas peninsulares y los franceses necesitaban recursos. Esos estaban en América. Por ello, tanto Napo-

león como los liberales salieron en busca de los reinos de Indias. La victoria dependía, en definitiva, de quien lograra atraer para sí a los americanos.

Las Cortes de Cádiz no gozaban tampoco de unánime legitimidad en América. En esos territorios el movimiento realista rechazaba completamente cualquier cambio en el orden vigente.

Aparte de eso, la burocracia indiana se encontraba perpleja y paralizada. La cultura administrativa indiana se había edificado sobre una estructura piramidal. Virreyes confundidos posibilitaron una mayor autonomía de cabildos y comunidades locales. En más de un caso, ese orden piramidal dio paso a una verdadera cogestión de cabildos, gobernadores e intendentes.¹⁴ Dicha situación, poco usual en Indias, permitió una mayor participación política, por lo que las diferencias entre los distintos bandos se vieron acentuadas. La administración indiana no sabía si aliarse con independentistas, patriotas moderados o realistas. En ese contexto, no fueron pocos los que pensaron solicitar la protección de la corona portuguesa, con asiento en Brasil.

Las Cortes de Cádiz eran conscientes de todo ello. La unidad política de la Corona estaba en peligro. Por eso no es extraño que, a fin de seducir a los latinoamericanos, una de sus primeras medidas fuera el conocido Decreto de 15 de octubre de 1810. Ese acto administrativo declaró la completa igualdad entre españoles de ambos lados del Atlántico.

Tal Decreto, en vez de aquietar las aguas, desencadenó otros problemas. Si bien por una parte permitía al Estado gozar de la legitimidad suficiente para instaurar un nuevo ordenamiento jurídico basado en la igualdad y la libertad,¹⁵ por otra provocó entre los representantes americanos la paradoja de la igualdad.¹⁶ Para ser iguales se requiere un trato distinto y favorable hacia aquellos que se encuentran en una posición desventajosa. Los americanos siempre se habían sentido postergados, no obstante ser ellos o sus ascendientes los que mayormente habían contribuido a la expansión de la monarquía. Ellos sentían que no tenían prioridad a la hora de ocupar las plazas más relevantes en Indias. Entre los criollos imperaba la idea —no siempre correspondida con la realidad— de que los altos cargos de la judicatura y la administración indiana eran usados como premio o retribución

14. Al respecto, véase Néstor MEZA VILLALOBOS, *La actividad política del Reino de Chile entre 1806-1810*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1956.

15. Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Bolonia, Trotta, 1996, reimpr. trad. cast. (6a. ed.: 2009), p. 58.

16. Véase Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a ed., Baden-Baden, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen- Band 11. Herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Kiel, 2007, p. 395.

para peninsulares. Por ende, muchos americanos eran de la opinión que la única posibilidad para poder acceder a esas plazas era ser miembro de una camarilla o cercano a un valido.

La mayoría peninsular entendió esa igualdad de otro modo: igualdad de trato. Esta fue denominada en los debates «igualdad legal». La igualdad legal fue el apelativo con que en esas Cortes se denominó al concepto de igualdad preponderante en la doctrina constitucional decimonónica. Consistía en que ante la ley todos eran iguales.¹⁷ No había preferencias ni privilegios. Esa igualdad obligaba a someterse al imperio de la ley. Esta fijaba lo que era justo y lo que era injusto.

En el plano legislativo y constitucional esta diferencia conceptual se tradujo en que mientras que para los peninsulares lo fundamental era establecer un derecho igual en todos los reinos de la Corona, para los americanos lo importante era que la Constitución y la legislación les otorgasen ciertas ventajas que, a la larga, los dejasen en igualdad de condiciones frente a los peninsulares. Se trataba de un rescaramiento generacional. Los americanos pedían una serie de privilegios en aras de las postergaciones y desventajas sufridas por sus ancestros.

Tal situación permite interpretar la igualdad desde dos puntos de vista: como una petición de los americanos en aras de quedar en igualdad de condiciones con los peninsulares, es decir, en un estatuto especial que les concediese ciertos privilegios, y —como ya se dijo— como la derogación de todos los estatutos especiales, en aras de un nuevo derecho en el que habría una sola ley válida para todos y en el que las diferencias serían la excepción, no la regla.

No está de más recordar que se partía de la base que las Cortes representaban a la nación. La nación era la fuente de todo poder; por ello, mientras más y mejor se discutiese, a una mejor regulación se podría arribar. Decidoras son en ese sentido las palabras del «divino» Argüelles: «[...] cada uno de nosotros desempeña su cargo con exponer libremente su opinión y sostenerla en el modo que le es posible, bajo las reglas establecidas en las Cortes y las que prescribe la buena educación y la cordialidad. El congreso deliberará en público; sus individuos serán juzgados por la opinión pública conforme a su conducta durante la permanencia en él».¹⁸

Ante ello cabe preguntarse: ¿qué mejor argumento podrían haber invocado los americanos para justificar un trato especial y diferenciado que el derecho que hasta ese momento había regido en Indias?

Planteamos esta pregunta, pues, desde una perspectiva peninsular: el derecho indiano se construyó sobre una serie de ventajas tendientes a estimular la emigración hacia el nuevo continente.

17. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1730.

18. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo II, p. 1452.

Esta igualdad en la diferencia presenta un segundo aspecto que escapa de los objetivos de este artículo. No obstante, vale la pena mencionarlo. Como se verá en seguida, los diputados americanos esgrimieron un discurso inclusivo a favor del indígena y, en menor grado, de las castas. Una parte importante de esos diputados eran miembros de las elites locales que, de forma coetánea, se estaban haciendo cargo del gobierno de sus países. La experiencia posterior muestra que en gran parte de los procesos constituyentes iniciados años después en América éstas desarrollaron proyectos institucionales a su entera conveniencia y amaño. La preocupación que mostraron en Cádiz por la protección del indígena y el reconocimiento de su calidad de ciudadano no tuvieron reproducción en gran parte de las discusiones constitucionales patrias, pues castas e indígenas son omitidos por ellas. Cabe cuestionarse las causas de esta singularidad. Tal vez los diputados americanos pensaron en los otros grupos étnicos de manera instrumental, como una forma de aumentar el número de ciudadanos. Con un mayor número de ciudadanos en cada reino tendrían un mayor número de asientos en las futuras Cortes y así podrían contrapesar la influencia peninsular.

4. FORMAS EN QUE EL DERECHO INDIANO INTERACTÚA EN LAS CORTES DE CÁDIZ

Respecto a cómo el derecho indiano incidió en las Cortes de Cádiz, se pueden mencionar por lo menos cinco vías: las normas directamente citadas; las peticiones de los cabildos locales; la labor de los diputados americanos que ostentaban una formación jurídica recibida en Indias; la resolución de las consultas que recibían periódicamente la corte y la regencia y, por último, la discusión respecto a instituciones que tuviesen algún grado de connotación indiana.

En todas las discusiones jurídicas los diputados citaron normas y principios para fundamentar sus planteamientos.

Los cabildos americanos a los que se les concedió el derecho de participar en esas Cortes encargaban normalmente a sus representantes dar cuenta de las falencias y necesidades jurídicas de esas comunidades.

En cuanto al rol de los diputados americanos que eran juristas, baste mencionar que cinco de los quince miembros de la comisión encargada de redactar la Constitución eran americanos. Tres de ellos, Joaquín Fernández de Leiva,¹⁹ Vicente Mo-

19. Joaquín Fernández de Leiva Erdoíza (1775-1814), doctor en Derecho por la Real Universidad de San Felipe, con asiento en Santiago de Chile. Destacó también como miembro del Tribunal de Minería. Fue mandado a España en calidad de representante del cabildo de Santiago a fin de represen-

rales Duárez²⁰ y Antonio Joaquín Pérez,²¹ participaron en ella desde el comienzo.²² Con posterioridad se agregaron Andrés Jáuregui²³ y Mariano Mendiola Velarde.²⁴

La resolución de casos presentados tanto a la corte como a la regencia permite apreciar la aplicación y el conocimiento del derecho indiano que se exhibían en esos años.

Por último, las discusiones acerca de la reforma de una serie de instituciones permiten conocer de manera casuística el contenido y el alcance de una serie de instituciones por medio de su desenvolvimiento práctico.

Dado que la cantidad de material a interpretar y analizar es enorme, en este trabajo nos centraremos en las normas y principios jurídicos que aparecen expresamente citados en las actas.

5. PERCEPCIÓN GENERAL DEL DERECHO INDIANO EN LAS CORTES GADITANAS

En su doble carácter de asamblea constituyente y legislativa, las discusiones de índole jurídica en el seno de las Cortes versaron sobre temas variados. En líneas

tar la lealtad del Reino de Chile hacia Fernando VII. Su figura ha sido sistemáticamente omitida por la historiografía chilena. José María Queipo de Llano lo reconoce como miembro de la facción liberal y americanista. Para mayor información véase Felipe Ignacio WESTERMEYER HERNÁNDEZ, «Felipe Joaquín Fernández de Leiva: primer constitucionalista chileno de fama internacional», *Revista de Derecho Público* (Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho), núm. 82 (2015).

20. Vicente José Morales y Duárez (1757-1812), diputado peruano en las Cortes de Cádiz, de las que llegó a ser presidente. Doctor en Derecho y Cánones por la Universidad de San Marcos de Lima. Ocupó diversos cargos en la Administración indiana. Antes de viajar a la Península, su figura destacaba en la sociedad limeña como miembro de la Sociedad de Amantes del País y como uno de los fundadores de *El Mercurio Peruano*.

21. José Antonio Joaquín Pérez Martínez y Robles (1763-1829), sacerdote nacido en la ciudad de Puebla de los Ángeles. Fue diputado representante del virreinato de Nueva España en las Cortes de Cádiz, en las que ocupó en tres ocasiones la presidencia.

22. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo 1, p. 217.

23. Andrés Jáuregui (1767-1838), diputado titular por Cuba. Antes de su arribo a Cádiz detentó diversos cargos en la Administración indiana en esa isla, entre los que se cuentan los de teniente regidor del Ayuntamiento de La Habana y cónsul. Importa destacar que fue uno de los acompañantes de Alexander von Humboldt durante su estadía en la isla caribeña. Se le atribuye, en razón de ello, haber suministrado al científico alemán numerosos datos e informaciones acerca de la referida isla. Identificado como miembro de los partidos americano y liberal.

24. Mariano Mendiola Valverde (1769-1823), diputado por Nueva España. Bachiller en Derecho y doctor en Cánones por la Universidad de Guadalajara. Fue miembro de la Comisión de Justicia de las Cortes y momentáneamente ocupó la vicepresidencia de las referidas Cortes en 1811.

generales, se puede decir que trataron sobre derecho penal, canónico, público, civil, tributario, procesal orgánico, procesal funcional, administrativo y económico. En todas ellas hubo atisbos de derecho indiano. Para los efectos de la concepción del mismo en las Cortes, hay que considerar, por una parte, la valoración que sostenían los diputados americanos desde un punto de vista estrictamente dogmático y, por otra, los augurios que ellos hacían de ese derecho una vez que la Constitución entrase en vigencia.

Desde la perspectiva de las ciencias jurídicas, algunas de las críticas formuladas tenían carácter general y otras, carácter local. Las primeras eran una repetición de las que planteaban el constitucionalismo y la codificación. Las segundas tenían relación normalmente con la escasa aplicación de ciertas normas o con defectos en el proceso de elaboración de la norma.

Esas críticas de carácter general tenían relación con la carencia de un sistema de fuentes claro y preciso, la excesiva laxitud con que los tribunales interpretaban las leyes, la poca seguridad jurídica que ese derecho brindaba, la dispersión de las fuentes normativas y la existencia de un derecho penal que todavía no había recepcionado los principios de la Ilustración.

Respecto al derecho público, había que agregar a los defectos ya citados la concentración de funciones jurisdiccionales, administrativas y de gobierno en muy pocos órganos. Varios de esos organismos eran de carácter unipersonal. A lo anterior se agregaba que había una fuerte disociación entre las funciones de gobierno y administrativas, por una parte, y las funciones consultivas, por otro.

La idea que predominaba era que cualquier concentración de poder era de por sí sinónima de abuso y arbitrariedad. Mientras más diseminado se encontrase el poder entre distintos organismos, mejor. Un grupo numeroso de personas compartiendo funciones representaba en sí un sistema de control del ejercicio del poder.

Esa misma idea azuzaba las críticas contra los organismos ejecutivos indianos, en especial contra el virrey, el gobernador y el intendente. Todos ellos representaban autoritarismo y discrecionalidad.

Los citados órganos estaban sujetos a una segunda crítica. El derecho indiano no contemplaba todo el control jurídico deseable para evitar malas prácticas como el nepotismo y la simonía. La corrupción, aunque no recibió un tratamiento sistemático, fue motivo de preocupación entre los diputados doceañistas.

En sede de derecho privado, una crítica constante era el carácter difuso del derecho de propiedad, junto a los problemas que acarrea la superposición de propiedad privada, comunitaria y eclesiástica. También se criticaba la proliferación y el excesivo uso de figuras contractuales y derechos reales que limitaban el ejercicio de las facultades del dominio.

Por los mismos motivos era criticada la mesta. Dicha institución impedía un mejor desarrollo de la agricultura y desvaloraba el suelo.

Es fundamental tener presente que parte importante de los diputados era partidaria de una mayor y mejor circulación de la riqueza mediante la abolición de instituciones de raigambre señorial, manos muertas y una efectiva desamortización de los bienes de regulares.

En consecuencia, se puede afirmar que, aunque no recibe mención expresa, el derecho indiano está sujeto a las mismas críticas que el derecho europeo de ese momento. Dichas críticas proponían la codificación de las diferentes ramas del derecho como la mejor solución a todos esos problemas.

Las quejas de los diputados americanos en el momento de explicar las causas del descontento en sus respectivos reinos dejaban en claro que no se dirigían a las leyes indianas en sí,²⁵ sino a la errada concepción imperante en España acerca de América.

Tampoco desconocían que la ley indiana, tal como se aplicaba a comienzos del siglo XIX, estaba por sobre de las autoridades y que la legislación era normalmente obedecida y acatada.²⁶ En consecuencia, se puede afirmar que los diputados americanos tenían en su bagaje cultural la idea de un estado de derecho.

Desde la dogmática jurídica, los diputados manifestaron que su derecho era una copia de los fueros castellanos.²⁷ Los indios eran asimilados a los vasallos de Castilla, de acuerdo con la Recopilación de leyes de Indias, 3, 1, 1. El derecho castellano era aplicado en conjunto con el derecho indígena, especialmente en México y Perú.²⁸

En razón de todo lo anterior, el derecho indiano poseía una serie de instituciones entre las cuales se mencionan el cacicazgo, el derecho de aguas y la repartición y administración de las tierras. Dicha institucionalidad se superponía a la estructura civil y eclesiástica traída por los peninsulares, pues de Castilla provenían los arzobispados, los obispados, los cabildos y la burocracia indiana.

En cuanto a los vaticinios que sobre ese derecho se hacían en las Cortes, decidoras son las palabras de Argüelles. Él sostenía que, dado el efecto vinculante inmediato de la Constitución, las asambleas ya habían derogado todo el sistema indiano. Ese ordenamiento jurídico «va a ser alterado por esta constitución».²⁹

25. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 328.

26. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 459.

27. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 459.

28. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 353. El diputado Morales Duárez afirmó: «[...] Especialmente el que habían fijado en aquellos dominios los Moctezuma y el Inca».

29. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1951.

Pero una cosa es el derecho como un todo y otra, la valoración que se pueda hacer de sus normas y principios en concreto, que es lo que desarrollaremos ahora.

6. NORMAS CITADAS

Es importante recalcar que en este punto solo se escogieron las normas que aparecen expresamente mencionadas en los diarios de las Cortes. En ningún caso constituye una revisión exhaustiva, lo que quedará para una investigación posterior.

— La primera mención al derecho indiano en las Cortes de Cádiz tiene lugar en la segunda sesión, correspondiente al 25 de septiembre de 1810. En ella se discute y se aprueba la fórmula para encabezar los decretos y las leyes aprobados por las Cortes y promulgados por el poder ejecutivo. Dicha fórmula decía: «Don Fernando VII, por la gracia de Dios, rey de España y de las Indias». Tal alusión no pasaba de ser un reconocimiento a la calidad de jefe de estado de la Corona. Muestra un afán de continuidad y el uso de la figura del monarca como elemento de unidad entre los reinos que la componían. En este primer momento no se observa un cambio sustantivo respecto a la concepción del origen del poder que había hasta antes de su abdicación.³⁰

— La ordenanza de intendentes:³¹ de ella se critica la acumulación de funciones en una sola persona, con el consiguiente riesgo de actuar despóticamente y arbitrariamente. Para algunos diputados, era motivo de reparo que esa institución tuviera un origen francés.³² No obstante, la crítica realmente importante era que la intendencia implicaba la usurpación por parte del Estado del derecho de cada pueblo a recaudar los impuestos y las contribuciones que ellos mismos se habían fijado. Es importante tener en cuenta que no todos los diputados eran conscientes de que una de las consecuencias del constitucionalismo era una enorme concentración del poder estatal y legislativo en muy pocas manos.

— El principio de protección del indígena: este fue uno de los temas que más discusiones y disensos motivó. Analizamos separadamente el principio de protección al indígena de la institucionalidad y la legislación competente para ello, pues normalmente puede haber acuerdo en torno a un principio, pero no en cuanto a las instituciones y leyes que informa.

30. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 45.

31. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 168.

32. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 171.

La primera intervención en que se pone de relieve este principio correspondió al diputado peruano Dionisio Inca Yupanqui.³³ Ese diputado, en su triple calidad de «inca, indio y americano», protestó de la poca protección que en los hechos los indios recibían de parte de virreyes y presidentes de la Real Audiencia.³⁴ En un primer momento su intervención provocó una fuerte crítica al derecho indiano por parte de diputados peninsulares como Argüelles, Espiga³⁵ y Villanueva.³⁶

En los días siguientes intervinieron otros diputados americanos, quienes morigeraron las palabras del diputado Inca. Tres días después de la intervención del peruano, un grupo de diputados americanos presentó un informe acerca de la situación del indígena en América. Criticaron la enorme cantidad de normas de carácter protector de las que tales grupos étnicos eran objeto. En su opinión, tal profusión tenía el efecto perverso de permitir que gran parte de ellas no fuesen observadas de la manera esperada. La confusión llevaba a la falta de certeza y esta última servía de pretexto para no cumplir con las obligaciones de protección y resguardo. Además, los diputados alegaban que no se atenían a la realidad concreta que debían regular. Así, criticaron las leyes en favor de los indios, como por ejemplo las que otorgaban a las comunidades el derecho «a tener égidios y 600 varas de terreno útil a todos los vientos». Sin embargo, esas mismas normas no contemplaban qué se podía hacer en caso de que, por crecimiento vegetativo de una comunidad, esas seiscientas varas no fuesen suficientes para alimentar a todos los miembros de la comunidad.³⁷

Ante ello, la provisión de las Cortes fue simplemente exigir el cumplimiento de la ley. El problema no era de carácter legislativo. «Las leyes respectivas debían observarse y cumplirse con rigor.»³⁸

33. Dionisio Inca Yupanqui, diputado por el virreinato del Perú y príncipe de linaje incaico. En el momento de viajar a España detentaba el cargo de teniente de caballería en el Ejército español en el virreinato del Perú. La historiografía ha destacado sus intervenciones en favor del aborigen y su reclamo de una mayor igualdad.

34. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 172-173.

35. José de Espiga y Gadea (?-?), clérigo español. Diputado en las Cortes de Cádiz en representación del Principado de Cataluña, participó activamente en el grupo de diputados liberales.

36. Joaquín Lorenzo Villanueva y Abstengo (1757-1837), bachiller y doctor en Teología por la Universidad de Valencia. Diputado por la ciudad homónima. Antes de la invasión francesa ocupó los cargos de calificador del Tribunal del Santo Oficio (1808) y capellán de honor y predicador del rey. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 173.

37. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 194 y 173.

38. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 194.

El asunto no se entendió zanjado por medio de esa disposición. Poco más de dos semanas después, el diputado Pérez de Castro³⁹ leyó un proyecto de decreto referido al tema. En él aludía a los abusos cometidos contra los indígenas y a la obligación legal de las autoridades indianas de perseguir tales abusos «reprobados por la religión, la sana razón y la justicia», impidiendo el trato déspota y arbitrario contra ellos o que se desconocieran sus derechos. Este decreto recogía la concepción del indígena como un incapaz relativo, objeto de protección. Terminaba disponiendo su difusión en Indias por medio de los párrocos, quienes deberían leer el decreto en las misas tres días consecutivos.⁴⁰

Si bien acá hay una alusión genérica que abarca un sinnúmero de normas, cabe cuestionarse la intencionalidad subyacente. El régimen y la institucionalidad protectora del indígena estaban claramente configuradas en América desde comienzos del siglo XVII. No había necesidad de efectuar modificaciones legislativas o dictar nuevas leyes.⁴¹

La intención de la Corte era clara: ganar aceptación y adhesión en América frente al avance de los movimientos independentistas. Así lo reconoció en una intervención posterior el diputado Valiente. Luego de criticar que las Cortes dedicaran tanto tiempo a discutir un tema netamente indiano, manifestó: «[...] hállese de los indios; pero solo para conservar las Indias: esto es lo que nos interesa, lo que nos importa».⁴²

En este punto se puede ver como un diputado aborigen posee una buena opinión sobre este principio. Lo que está criticando es la práctica jurídica, pero no los principios ni la legislación. Para algunos diputados peninsulares, en cambio, este tema era intrascendente o meramente adjetivo a la consecución de otros logros.

— Inviolabilidad de la correspondencia (Rec. Ind., 3, 16, 1). La situación de guerra que azotaba a España obligó a las autoridades interinas, con fecha 8 de agosto de 1810, a autorizar al servicio de correos la apertura e interceptación de correspondencia. Existía el entendible temor de que por medio de cartas el invasor francés fuese informado acerca de movimientos estratégicos o de que las misivas contuvieran información de carácter relevante y confidencial. Meses después, este

39. Evaristo Pérez de Castro (1771-1849), diputado suplente por Valladolid y luego diputado titular por León. Previamente a desempeñarse como diputado en las referidas Cortes, sirvió como diplomático, ocupando los cargos de «joven de lenguas» en Berlín y oficial de la embajada de España en Viena. En las Cortes de Cádiz ocupó el cargo de secretario.

40. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 299.

41. Es importante recordar que al principio no hubo consenso entre teólogos y juristas sobre este punto. Por ello la política de la Corona tuvo una partida ambivalente, en la que diversas posturas acerca de este tema estaban en juego, pero pronto se decantó hacia la acá mencionada.

42. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 328.

tema fue discutido en el seno de las Cortes. La discusión versó acerca de la «constitucionalidad de este decreto». En el debate primaron opiniones de carácter garantista. La inviolabilidad de la correspondencia gozaba de carácter «sagrado».

Otros diputados mostraron un criterio más pragmático, atendida la excepcionalidad de las circunstancias.

Para gran parte de los diputados la correspondencia era la manifestación del pensamiento y la voluntad individuales. Su confidencialidad era un requisito indispensable para forjar relaciones humanas. De ahí que el servicio de correos, en cuanto repartición pública encargada del tráfico de documentos en los territorios de la Corona, debía ser garante de esa inviolabilidad. Los diputados fundaban la importancia de respetar ese principio en que sin comunicación escrita era absolutamente imposible la actividad comercial de gran escala. Para varios diputados, la inviolabilidad de la correspondencia no solo era un tema de derecho público, sino, y antes que nada, un asunto de religión y moral.

En el plano legal, la ilicitud de tal decreto se fundamentó en la Recopilación de leyes de Indias, 3, 16, 7, luego en la Novísima recopilación, 3, 3, 15, y, por último, en la Ordenanza de correos.⁴³

De acuerdo con las normas citadas, había correspondido a Felipe II dictar una ley que prohibía la apertura e interceptación de la correspondencia entre la población de Indias y el monarca, así como cualquier apertura de correspondencia entre privados.

El fundamento dado por la norma indiana para tal medida no era el respeto a la persona humana, la protección de su individualidad o de sus intereses económicos, sino el buen gobierno. Cada vez que se interceptaba la comunicación entre los súbditos de Indias y el monarca, este no podía quedar al tanto de los problemas, las necesidades y los padecimientos que les aquejaban. Tampoco podía controlar a sus representantes en el Nuevo Mundo. Ello conducía a que él no pudiera cumplir adecuadamente con su obligación de administrar justicia y solucionar los problemas de gobierno, con lo que quedaba en una muy incómoda situación ante sus gobernados del otro lado el Atlántico.

Las penas establecidas para quien interceptara correspondencia podían ir desde la aplicación de un castigo corporal, como azotes y trabajo en las galeras, hasta la privación de un cargo a perpetuidad.

Sobre este tema cabe destacar que el derecho indiano fue usado como argumento de autoridad. La norma de la Recopilación de leyes de Indias era, si no la más antigua, una de las más antiguas de las que había conocimiento en los ordenamientos jurídicos hispanos en torno a esta materia. La norma citada contenía los

43. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 338.

fundamentos para que la inviolabilidad de la correspondencia tuviese un valor normativo tan alto y la protección que otorgaba era amplia.

Los que defendieron una posición más pragmática, acorde con el estado de guerra, no citaron norma positiva alguna. Tampoco argumentaron en base a principios jurídicos y su limitación en situaciones de excepción. Solo el diputado Dou⁴⁴ indicó, casi a modo de anécdota, que el diputado peruano Vicente Morales Duárez le entregó un ejemplar de la Recopilación de leyes de Indias en que se habría facultado al virrey para abrir la correspondencia.⁴⁵ Nuevamente el derecho indiano era usado como argumento de autoridad, aunque en esta ocasión la interpretación era extremadamente torcida. Efectivamente, la Ley VII ya citada, del título XVI, «De las cartas, correos e indios chasquis», contenía una excepción. Tal decía: «Solo en caso de manifiesta sospecha de ofensa a Dios». La excepción estaba formulada en términos muy restringidos, que poco tenían que ver con las motivaciones sostenidas por el decreto impugnado.

Importa destacar que la filosofía que hay detrás de esta reglamentación no se correspondía con los ideales del constitucionalismo ni con los de la Ilustración. El objeto de protección en la citada ley es el monarca, no los súbditos en cuanto personas. Aun así, en este caso esta norma se usó para afianzar una cultura de derechos individuales. De la norma indiana se recogió la ilicitud de la apertura de correspondencia ajena. Sin embargo, los fundamentos de la norma fueron reinterpretados. No se alegaron ni razones de buen gobierno ni las obligaciones del rey. Los fundamentos que se dieron para justificar la ilicitud fueron los propios de la filosofía de los siglos XVIII y XIX. Así, se puede ver que, durante el transcurso del debate, los diputados que intervinieron para criticar la disposición impugnada dieron a la norma citada el carácter de una garantía constitutiva de otras. Sin un adecuado resguardo de la inviolabilidad de la correspondencia no había manera de garantizar la adecuada expresión de la voluntad individual, y sin aquella posibilidad no había forma alguna de garantizar el respeto esencial que requiere la calidad de ser humano.

— Libro VI de la Recopilación de leyes de Indias. Ese libro trata acerca del estatuto del indígena en el derecho indiano y regula toda la institucionalidad dirigida a su protección. Regulaba, entre otras materias, la capacidad jurídica del indígena, su libertad, el cacicazgo, los pueblos de indios, tributos, bienes de la comunidad, servicio personal, su trabajo en la agricultura, etcétera. Contemplaba, además, una

44. Ramón Lázaro de Dou y de Bassols (1742-1832), diputado por Tarragona y sacerdote. Detentaba la cátedra de Decretales en la Universidad de Cervera. Fue presidente de las Cortes de Cádiz entre el 24 de septiembre y el 23 de octubre de 1810.

45. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 346.

serie de normas especiales dirigidas a los indígenas de Chile, Paraguay, Tucumán y Río de la Plata.

No entraremos acá a analizar la discusión que se dio en torno a la igualdad, la representación y el concepto de *ciudadanía*. Solo cabe señalar que la mayoría peninsular recurrió a muy diversos argumentos y subterfugios a fin de imponer una concepción de ciudadanía que se ciñese de la mejor manera posible a los estándares europeos. De ese modo, el número de electores americanos se veía drásticamente reducido. La idea era que solo la población americana europea pudiese obtener la calidad de ciudadano. Así, la población americana, que en números generales era casi igual a la peninsular, quedaba subrepresentada en las Cortes. El criterio de la asimilación a lo que debía ser un ciudadano europeo fue la estrategia de los peninsulares para asegurarse una mayoría relativa en las futuras cortes.

Uno de los argumentos que se dio para no dar al indígena la calidad de ciudadano fue que su otorgamiento implicaba la derogación tácita del libro VI del citado corpus.⁴⁶ Tal argumento fue usado de manera disuasiva. Para usar esta amenaza encubierta como herramienta de negociación se requería tener claridad acerca de qué cosas eran valiosas para la contraparte. En este caso se trataba de la abrogación de normas que eran aplicables a la inmensa mayoría de los habitantes de algunas regiones de América. Esas normas gozaban de alta legitimación social en importantes sectores de las sociedades indianas.

El diputado Feliu⁴⁷ respondió a tales argumentos.⁴⁸ Su argumentación era que ni la incapacidad relativa ni un estatuto jurídico especial de carácter protector excluían la representación política. Fue una argumentación en la línea de los principios.

No deja de llamar la atención que, contando varios de los diputados americanos con formación jurídica de nivel universitario, ninguno hubiese rebatido que una eventual derogación de ese libro no tendría los dramáticos efectos que algunos peninsulares auguraban. Muchas de las normas de la Recopilación habían caído en el desuso, ya fuese porque las instituciones que regulaban habían sido derogadas o porque normas posteriores las habían dejado sin efecto. Tal era, por ejemplo, el caso de Chile. La encomienda fue abolida en ese país por un decreto del año 1789 del gobernador Ambrosio Higgins, ratificado por la Corona dos años después. Por otra parte, en mayor o menor grado, la población indígena había dado paso lentamente a una población racial y culturalmente mestiza.

46. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 465.

47. Ramón Olaquer Feliu (1784-1831), diputado por Perú, pese a ser nacido en Ceuta. Bachiller en Cánones y Leyes por la Universidad de San Marcos, fue elegido secretario de las referidas Cortes en 1811.

48. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 465.

En el mismo sentido, es oportuno traer a colación que desde la década de 1720 la Corona inició una política destinada a disminuir la importancia que la encomienda tenía en la sociedad indiana.

Por otra parte, dable es recordar que la Recopilación de leyes de Indias estaba ampliamente superada como texto normativo. Normas de carácter general y local dictadas en esos ciento treinta años transcurridos desde la promulgación de ese cuerpo clamaban por un nuevo proceso de fijación jurídica. No debe olvidarse que la Recopilación ya había nacido atrasada y que durante el período borbónico había aflorado una tan copiosa legislación que Carlos IV había intentado la formación de un Código de Indias.

En todo caso, es importante tener presente que nadie desconoció el carácter de persona del aborígen ni tampoco se puso en tela de juicio el carácter protector que tenía el estatuto del indígena.

Correspondió al diputado peruano Morales Duárez explicar la naturaleza del indígena y su expresión en el derecho indiano, rebatiendo las opiniones que objetaban la capacidad del indígena para actuar como ciudadano. Argumentó que las normas del libro VI en cuestión eran la concreción de la voluntad de varios monarcas, que las expresaron por medio de cédulas, leyes, cartas y testamentos, partiendo de la reina Isabel la Católica. Poco tiempo después, dichas disposiciones habían sido confirmadas en cuanto a su justicia y rectitud por bulas y breves papales. Por último, esas normas eran también producto del trabajo y la lucha de un grupo de intelectuales y hombres públicos de Indias. Todas esas personas fueron oportunamente reconocidas por su elevada estatura moral. Entre los citados, preocupados por la protección y evangelización de los aborígenes, se encontraban Juan de Palafox y Mendoza, obispo de Puebla de los Ángeles; Julián Garcés, obispo de Tlaxcala, y san Toribio de Mongrovejo, arzobispo de Lima.⁴⁹

Morales Duárez presentó el Estatuto del indígena como el producto del trabajo conjunto del poder espiritual y el temporal y como un fruto de la intelectualidad indiana.

Esta última logró, mediante el cultivo de la historia, generar conciencia acerca de la necesidad de contar con un derecho especial que protegiese a los más débiles de Indias. Entre sus defensores se encuentran fray Juan de Torquemada, Lucas Fernández de Piedrahita, Garcilaso de la Vega, Alonso de Ovalle, Pedro Baños, Manuel Rodríguez y Bartolomé Leonardo de Argensola.⁵⁰

Con todos esos argumentos Morales Duárez entendió haber demostrado indiscutida la calidad humana del aborígen y la *ratio juris* de la legislación en cues-

49. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 516.

50. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 516.

ción. Buscó demostrar la compatibilidad de ese derecho protector con la calidad de ciudadano, que los diputados americanos reclamaban para los indígenas.

A raíz de esta discusión se puede apreciar ese interés por una igualdad en la diferencia. Los americanos querían las nuevas calidades sin renunciar a todo el estatuto especial que los favoreciese. Solo así podrían algún día estar en iguales condiciones que los españoles peninsulares.

Pero en esa discusión el tema no quedó del todo claro. Meses después tuvo lugar una nueva discusión acerca de ese tema. Esta vez, la discusión fue suscitada por una consulta relativa a normas de derecho civil, relacionada con el sentido y el alcance de la capacidad de ejercicio de los indígenas. Tal situación ocurrió a raíz de un préstamo en que el cacique de Actopán actuó como fiador.

Para el arzobispo de México, conocedor del caso, era motivo de dudas, con ocasión de la promulgación del citado Decreto de 15 de octubre, la vigencia de la incapacidad relativa del aborígen en material civil. No hablaba de los caciques,⁵¹ sino que pensaba que el nuevo estatuto de igualdad podía tener consecuencias jurídicas que llevarían a una derogación tácita de la incapacidad relativa. El arzobispo consultó a las Cortes si a partir de esa declaración de igualdad se podía juzgar al indio igual que al resto de los habitantes de América en sus actos civiles, criminales y económicos.⁵²

La comisión ultramarina de la Corte estimó que para el contrato de fianzas el indio seguía siendo un incapaz relativo, por lo que eran anulables los contratos de garantía que él suscribiese. Su opinión era que «los indios eran iguales a los españoles para todo y en todo lo que no se opusiese a sus privilegios concedidos por unas causas justísimas».⁵³

El diputado Aner⁵⁴ rebatió ese criterio por considerarlo ridículo. ¿Cómo dar derechos políticos a incapaces relativos? Ello atentaba contra toda lógica y teoría jurídica. Propuso consultar al Consejo de Indias acerca de la conveniencia de derogar la ley sobre incapacidad relativa del indígena.⁵⁵ El diputado Mendiola apoyó la consulta al Consejo de Indias, pero creía que la igualdad debía siempre respetar los privilegios: «El indio carecía de la malicia necesaria para ser castigado con la misma severidad que los de otras clases».⁵⁶

51. Los caciques no estaban considerados como incapaces relativos. Ellos debían normalmente asumir la representación jurídica de los miembros de sus tribus.

52. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1667.

53. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1667.

54. Felip Aner d'Esteve (1781-1812), diputado por Cataluña.

55. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1668.

56. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1668.

Morales Duárez también intervino para explicitar su molestia ante ideas propias del siglo XVI. Recordó nuevamente el proceso de discusión jurídica y teológica que había conducido a ese estatuto. Hizo presente a los diputados, por segunda vez, que el origen de los privilegios y la equiparación a la minoría de edad venían dados como reconocimiento de las diferencias culturales y no por la falta de capacidad.⁵⁷ Se entendía que el indígena se había visto obligado a desenvolverse en una cultura que le era completamente ajena sin tener los medios para adaptarse adecuadamente. En ese mismo sentido, Morales Duárez agregó que siempre se había partido del supuesto que el indígena comprendía a cabalidad esa desventaja y por ello entendía que el tratamiento como incapaz redundaba en su favor. Tras la intervención de Morales Duárez intervino el diputado Castillo.⁵⁸ Para él no había cambiado nada con la dictación del mencionado decreto de igualdad. Los indios siempre habían sido vasallos de la Corona, iguales al resto de los vasallos.⁵⁹

Luego de esa discusión se esperó al informe del Consejo de Indias para resolver la duda en cuestión.

Esta discusión se entrelazó poco después con la de ciudadanía. Con ocasión de la revisión de las normas sobre ciudadanía, en sesión plenaria se volvió a discutir sobre los derechos políticos de los otros grupos étnicos que vivían en América. El miedo de los peninsulares a quedar en minoría en las Cortes era omnipresente. Lo que había cambiado respecto a las discusiones anteriores fue el factor diferenciador y restrictivo de la ciudadanía. Se recurrió a una institución propia del constitucionalismo decimonónico: el mérito. El ejercicio de los derechos políticos suponía una enorme responsabilidad para con el resto de la sociedad. Solo los mejores, los de mayor criterio, preparación y cultura, podían asumir esa carga. Por medio de este se podían restringir al máximo los derechos políticos de las mayorías. El mérito permitió que una minoría conservase el poder.

Obviamente, solo era meritorio el que se asemejaba al prototipo del peninsular. Fue el diputado chileno Fernández de Leiva quien protestó por ello.⁶⁰

Al llegar a este punto, las opiniones de los diputados comenzaron a dispersarse y ante esa nueva estrategia los americanos perdieron el norte.

57. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1668.

58. Florencio del Castillo (1778-1834), diputado por Nueva España. Secretario y vicepresidente de las Cortes, destacó por su oratoria, lo que le valió el apodo de Mirabeau Americano. Previamente a su viaje a Cádiz, prestó labores como sacerdote y profesor de geometría en el Seminario Conciliar de León.

59. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1668.

60. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo III, p. 1785-1786.

El mérito y la ciudadanía eran una creación doctrinaria del derecho público posterior a la Revolución Francesa. Reconocer el mérito y otorgar la ciudadanía eran mecanismos desarrollados para evitar que las masas volvieran a asir el poder. El mérito estaba concebido a imagen y semejanza de una selecta minoría. En las Cortes de Cádiz los criterios adoptados para dar por meritoria a una persona favorecían solo a los descendientes directos de los hispanos: a los criollos. Se supo plantear la asimilación del grupo criollo con el grupo meritorio. La táctica usada fue decir quiénes merecían el honor de contar con derechos políticos, en lugar de indicar quiénes eran los excluidos de la calidad de ciudadano. Cuando el eje de la discusión se trasladó hacia la configuración del mérito, la mantención o derogación del cúmulo de leyes que protegían a los indígenas pasó a un segundo orden.

Cabe destacar, en consecuencia, que la Recopilación de leyes de Indias fue usada como herramienta de negociación. Se le reconocía un rol importante en el sistema de fuentes del derecho indiano. Las normas invocadas no eran las más actuales, pero, en todo caso, provenían del último compendio de leyes de carácter general sancionado por la Corona del cual se podía echar mano.

En ese debate se invocó la diferencia como fundamento de un trato especial. Ese trato especial demandaba iguales derechos y un conjunto de privilegios y normas protectoras.

No está de más recordar que este debate fue la constatación de una política de la Corona tendiente a evangelizar, pero no tendiente a imponer una completa transculturación del aborigen. Para el derecho indiano, la prioridad fue la evangelización, no que los indígenas renunciasen a su cultura. Si se asimiló el mérito con la transculturación fue porque los indígenas transculturados eran una minoría. Respetar la voluntad de los pueblos tendiente a mantener su manera de vida constituye siempre una decisión loable.

Asimismo, no deja de ser importante que esa rama del derecho indiano haya sido presentada como un producto de la cultura americana.

En cuanto a la filiación de los argumentos esgrimidos por los diputados americanos, la igualdad admite tanto una interpretación constitucional como una indiana. En cambio, el hecho de fundamentar la justicia de esas leyes en la autoridad de los monarcas y en la voluntad del papa representa una línea argumentativa típica del Antiguo Régimen. No obstante, a lo largo de ese debate, el recurso a la figura del papa y del monarca no se basó en normas generales de derecho hispano o europeo, sino en normas indianizadas. Se citaron documentos promulgados destinados solo a América. Los documentos fueron promulgados para tener efectos jurídicos en Indias. El recurso al principio de autoridad del rey y del papa estaba indianizado.

También en sede de filosofía jurídica es importante tener presente que esta discusión estaba impregnada por la idea de que el derecho es la fuerza de los débiles.

— La regla de oro del derecho público: «En derecho público solo se puede hacer lo que está expresamente permitido». Este principio ha sido recepcionado por las tradiciones jurídicas europeas a través de distintas formulaciones. En el caso gaditano, los artículos 3 y 4 recepcionaron dicho principio.

Al menos en la doctrina jurídica chilena pocos se han atrevido a señalar que el origen de esa norma hay que buscarlo en el derecho español.⁶¹ Lo cierto es que en las Cortes en estudio fueron los diputados americanos, de formación jurídica indiana, los primeros en reivindicar el carácter vinculante de ese principio. Invocando dicho principio pretendieron poner atajo a medidas discrecionales que permitían el uso y abuso del poder por parte de las autoridades reales en Indias.

Tal situación tuvo lugar con ocasión del juramento de fidelidad prestado por el diputado puertorriqueño Ramon Power.⁶² Este, en el momento de jurar, luego de representar la fidelidad y los sentimientos de alta consideración de la población puertorriqueña ante el monarca cautivo y las Cortes, criticó duramente una real orden del Consejo de Regencia según la cual «con toda amplitud y extensión de facultades que puede atribuir la soberanía, para remover de sus destinos a toda clase de empleados [...] para proceder a la detención de toda clase de personas sin distinción de estado, fuero o privilegio, confinarlos o trasladarlos a donde más bien le parezca [...] evitando por todos los medios que dicta la prudencia y la experiencia, el que entre en ella ni en ningún otro punto del distrito persona alguna que vaya de Caracas o sus provincias [...]».⁶³

Tal resolución era un regalo para los grupos independentistas y colocaba en una situación incómoda a los que, como el mismo Power, apoyaban al movimiento juntista gaditano. La polvareda no se hizo esperar. El aludido diputado por Puerto Rico ironizó con el sobresaliente manejo político de la regencia y con su criterio para distinguir los conceptos de *soberanía*, *gobierno* y *despotismo*. Acertadamente hizo presente que tal medida debilitaba aún más las ya frágiles relaciones de su jurisdicción con Caracas y Bogotá.

61. Véase Ramón BRICENO, *Memoria histórico-crítica de derecho público chileno desde 1810 hasta nuestros días*, Santiago de Chile, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1902. Más recientemente, véase Eduardo SOTO KLOSS, «La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833», *Anales de la Universidad de Chile*, núm. 5, serie 20 (1989), *Estudios en honor de Almirante de Álvaro Martel*, p. 803-833.

62. Ramon Power i Giralt (1775-1813), diputado por Puerto Rico. En las Cortes ocupó el cargo de secretario de cámara. De profesión militar, en el momento de asumir la representación de Puerto Rico tenía el grado de teniente de la Armada Española, con rango de capitán de fragata.

63. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 547-548.

Los primeros en manifestar su repudio fueron los diputados Mejía,⁶⁴ Quintana,⁶⁵ Guridi y Alcocer⁶⁶ y Giraldo.⁶⁷

Como era de esperar en una asamblea constituyente, los elementos políticos y jurídicos rápidamente se mezclaron. Conscientes de encontrarse en una situación de excepción, se planteó que una cosa era mantener el orden y la seguridad interna y otra muy distinta era la aplicación arbitraria de apremios y sanciones. Sin usar una terminología propiamente constitucional, se trató de justificar la medida como propia de un estado de excepción constitucional.⁶⁸

Pero este argumento no convenció. Los constituyentes que participaron activamente en el debate estaban imbuidos de los principios liberales. Rechazaban cualquier medida que pudiese asociar el nuevo gobierno con uno despótico.

El primero en representar esa postura fue el novohispano Mariano Mendio-la, quien indicó que en Indias los virreyes estaban obligados a atenerse a las facultades que les reconocía la ley. El diputado Huerta⁶⁹ señaló que esa real orden iba contra todo lo establecido por el derecho indiano e implicaba una violación abierta del derecho procesal penal indiano.⁷⁰

Luego intervino el diputado chileno Joaquín Fernández de Leiva, llevando adelante una argumentación netamente jurídica. Planteó que, en este caso y de acuerdo con lo dispuesto por el derecho indiano, lo único que cabía como sanción era la nulidad. Según el derecho indiano, ningún órgano estaba facultado para arrogarse la soberanía nacional. Además de ello, en el derecho público la concesión de facultades «ilimitadísimas» estaba prohibida. En su opinión, el Consejo de Regencia parecía haber olvidado que «el rey de España se preciaba de ser exacto observador de las mismas leyes». Por ello la solución que propuso Fernández fue muy simple: en este caso no había necesidad de reforma legal alguna, sino que simplemente había que derogar el decreto de la Regencia por adolecer de vicios de nulidad. La Regencia había dictado un decreto potestativo fuera del ámbito de su competencia. Como

64. José Mejía Lequerica (1777-1813), diputado suplente por Quito y el virreinato de Nueva Granada. Identificado por su labor en las Cortes como un activo miembro de la facción liberal y americana.

65. Manuel José Quintana (1772-1857).

66. José Miguel Guridi y Alcocer (1763-1828), diputado por Tlaxcala. Fue presidente de las Cortes en la sesión del 24 de mayo de 1812. Tenía el título de doctor en Teología por el Colegio Mayor de Santa María de Todos los Santos.

67. Ramon Giraldo de Arquellana (1767-1846), diputado por La Mancha. Fue elegido presidente de las Cortes por el período que medió entre agosto y septiembre de 1811.

68. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 550.

69. Francisco Gutiérrez de la Huerta, diputado por Burgos. Fue secretario de las Cortes.

70. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 550.

segundo argumento, el diputado Fernández de Leiva sostuvo que las medidas dictadas en virtud de ese decreto también eran nulas, pues en cuanto normas de carácter administrativo y jurisdiccional debían atenerse a lo prescrito en la ley indiana. El derecho indiano, a su vez, no contemplaba ese tipo de resoluciones. Leiva terminó su alegato diciendo que «en América las autoridades están enlazadas contra el despotismo y la arbitrariedad y todo está previsto en las leyes».⁷¹

Tan arraigada estaba esta institución en la idiosincrasia jurídica indiana que nadie pudo citar una norma concreta que diese cuenta de su positivización. Sin embargo, las normas que abordaban este punto tenían una muy larga data tanto en el derecho indiano propiamente como en el castellano.

Las primeras normas que dieron a este principio un rango legal datan del siglo XIV. Eran las promulgadas por Enrique II en Toro el año 1369 y el año 1371, y otras dictadas por Juan I en Burgos en 1379. Ellas decían: «Porque acaece que por importunidad de algunos o en otra manera nos otorgaremos y libraremos algunas cartas o albaleas contra derecho, o contra ley o fuero usado; por ende mandamos que las tales cartas o albaleas que no valen ni sean cumplidas, aunque contengan que se cumplan no embargante cualquier fuero o ley, ordenamiento u otras cualesquier clausulas derogatorias».⁷²

Este principio fue indianizado. Así, la Recopilación de leyes de Indias, 2, 1, 9, versa en su encabezado: «Que las leyes que se dirigen a los presidentes indistintamente se entiendan como en ellas se declara». Y luego agrega: «[...] que las leyes no se entiendan atribuir más jurisdicción de la que conforme a sus títulos, estado y gobierno de las provincias les puede pertenecer [...]». El legislador impuso la obligación de interpretar la normativa de derecho público de manera restrictiva.

Como se puede ver, en el imaginario jurídico indiano la moderna idea de un estado de derecho ya estaba presente. El principio de sumisión del poder al imperio de la ley y el derecho no era ajeno al ordenamiento jurídico indiano. Existía conciencia acerca de la virtud de este como un medio para limitar el ejercicio del poder. La cultura jurídica indiana condenaba el actuar de los poderes públicos fuera del campo de sus atribuciones. El abstracto concepto de la regla de oro del derecho público estaba presente en la América indiana mucho antes de la constitución escrita.

— Preferencia en el otorgamiento de prebendas en las iglesias americanas.⁷³
Este tema fue objeto de varias discusiones. En el papel, la prioridad para ocupar

71. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo I, p. 550.

72. Antonio RODRÍGUEZ DE CEPEDA, *Elementos de derecho público español*, Madrid, Imprenta de López, 1842, p. 157.

73. Si bien este tema se enmarca en el Real Patronato y las relaciones Iglesia-Estado, dada la amplitud de este tema se optó por dejarlo para una futura investigación.

las plazas vacantes en las iglesias americanas pertenecía a los americanos. En la realidad, las cosas funcionaban de otra manera. Las plazas vacantes en las iglesias y sobre todo en las más importantes eran casi siempre otorgadas a clérigos oriundos de la Península. En consecuencia, los diputados americanos consideraban que el único criterio para otorgar esas plazas era el favoritismo. De ahí que la comisión eclesiástica, a fin de ganarse la confianza de la población americana, propusiese una reforma legal.⁷⁴

El diputado Cisneros⁷⁵ manifestó su oposición. Consideró que la propuesta de la comisión era inútil e ilusoria. Inútil por haberse dictado muchísimas normas en ese sentido e ilusoria porque lo que se proponía no se cumpliría.⁷⁶

Contra esa opinión se alzó el diputado Guereña,⁷⁷ quien dijo que el preferido debía ser el más meritorio y apto para esos ministerios. Agregó también que el criterio debía ser el servicio de culto y el origen de la persona, y terminó por señalar que la nación española era una sola a ambos lados del Atlántico.⁷⁸ En resumidas cuentas, él quería mantener las cosas como estaban.

La intervención de Guereña recibió reparos de un grupo importante de diputados que indicaron que ese criterio iba en contra de los concilios provinciales de América y contra el derecho indiano, además de ir contra las «leyes fundamentales o de constitución».⁷⁹

Luego de ello, otro grupo de americanos planteó que si se trataba de aplicar los criterios de mejor servicio del culto y una mayor evangelización, no se entendía que fuesen peninsulares los que recibiesen esas plazas. Los americanos eran los idóneos para emprender esas tareas, ya que conocían mejor la idiosincrasia del indígena y podían aprender con mayor facilidad su lengua. Muchos españoles americanos tenían conocimientos acerca de lenguas autóctonas y podían hablarlas. Además, solo los americanos tenían trato con los indígenas en los colegios. Los diputados americanos hicieron presente también la importancia de guiarse por los concilios provinciales y respetar los privilegios de los descendientes de los conquistadores.

74. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo II, p. 859.

75. Francisco Antonio de la Dueña y Cisneros (1753-1821), obispo de Urgel.

76. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo II, p. 859.

77. Juan José Ignacio Guereña y Garayo (?-1813), diputado propietario novohispano por Durango, Nueva Vizcaya, ocupó la presidencia de estas Cortes por un breve período. Anteriormente había sido catedrático y rector de la Real y Pontificia Universidad de México. Previamente a su elección como representante de Durango había jugado un activo rol como convocante del movimiento jentista, tras divulgarse la reclusión de Fernando VII.

78. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo II, p. 860.

79. *Diario de Sesiones de las Cortes*, tomo II, p. 860.

El diputado Castañeda agregó luego que el criterio del mérito era altamente problemático y generador de conflictos. Cuando hay varios postulantes a una plaza, pocos hombres se encuentran en condiciones de reconocer que hay otras personas que tienen más méritos que ellos.

Luego el diputado Ostolaza⁸⁰ postuló que la prioridad para los nacidos en América se debía a una costumbre jurídica inmemorial que, en cuanto a sus fundamentos, ya había sido positivada en las Partidas.⁸¹ Dicho criterio fue recepcionado por el derecho indiano desde la erección de las primeras iglesias en la isla de La Española, pero nunca fue observado. Tan notoria habría sido esta desobediencia que, según Ostolaza, el obispo Villarroel habría escrito al rey que «o se cumplen las expresas leyes o se aboliesen».⁸² Ostolaza no aceptó el criterio propuesto: a igual mérito debían preferirse los americanos. La experiencia había demostrado que los ministros favorecían a quienes conocían y les eran de absoluta confianza.⁸³ Apoyaba esa opinión en el hecho de que cada nuevo obispo oriundo de la península Ibérica traía consigo por lo menos a doce eclesiásticos, que ocupaban las mejores sillas y curatos.

En esta discusión las normas indianas citadas no son muchas. Guereña citó en su favor la Recopilación de leyes de Indias, 2, 22, 4.⁸⁴ En todo caso, la Recopilación de leyes de Indias no contiene ninguna norma que se ajuste exactamente a esta hipótesis. No obstante, el criterio de preferencia de los naturales de cada provincia era de larga data en el derecho castellano. Baste ver la Novísima recopilación 1, 14, 1.

Esa discusión no fue zanjada. Su interés estriba en que puso de relieve otro punto en que las normas del derecho indiano no recibían aplicación. Los americanos invocaban su aplicación a fin de mejorar su postura como grupo en su tierra natal, mientras que los peninsulares invocaban razones de mérito, preparación y capacidad para mantener una posición ventajosa para sí.

Meses después este tema volvió a la palestra. Esta vez debido a un caso puntual. El cabildo eclesiástico de la catedral de Puerto Rico interpuso una reclamación ante las Cortes, pues la Regencia no había considerado, a la hora de adjudicar unas plazas vacantes, a sus recomendados para dos oficios de racioneros y uno de

80. Blas de Gregorio Ostolaza y Ríos (1775-1835), diputado suplente por Perú. Estudió teología en Trujillo y derecho en Lima, y llegó a ser rector del Colegio Conciliar de San Carlos de Lima. Antes de la invasión francesa fue capellán de la Corte Real.

81. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 861.

82. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 862.

83. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 862.

84. Dicha norma no se corresponde con la materia discutida.

arcediano. El cabildo eclesiástico invocaba, para fundamentar su solicitud, el criterio de preferencia debido a la antigüedad. El Consejo de Regencia, previo informe de la comisión eclesiástica, optó por no dar lugar a lo solicitado.⁸⁵

La referida comisión había concluido que, de acuerdo con el Real Patronato en Indias, no había ningún orden de preferencia ni criterio de selección. El Real Patronato daba al monarca la absoluta libertad para elegir a cualquier clérigo apto y con los méritos para la plaza vacante.⁸⁶

La mayoría de los diputados aprobaron la decisión y el criterio de la comisión eclesiástica, pero nuevamente fue el peruano Blas Ostolaza quien representó la postura disidente. Volvió a alegar que, después de conocerse la intención de los Reyes Católicos en ese punto, el derecho indiano mandaba que se otorgasen las prebendas a los descendientes de los primeros conquistadores de Indias.⁸⁷

El también diputado peruano Morales Duárez hizo presente que compartía la postura de su coterráneo, precisando algunos aspectos jurídicos. Aclaró que no había norma expresa que mandase preferir a los descendientes de los conquistadores. Sin embargo, existía una costumbre jurídica cuyo sustento era el derecho preferente de los coterráneos. Este derecho fue establecido en tiempos inmemoriales por el derecho canónico y «sobre el cual había resoluciones conciliares, pontificias y sinodales». A ello debía agregarse lo dispuesto en el testamento de Isabel la Católica, en cuanto pidió que, a medida que la conquista y la colonización avanzasen, se diese preferencia a los hijos de los conquistadores. Tal voluntad fue recogida por sus sucesores y desarrollada doctrinariamente por Solórzano.⁸⁸

Los argumentos jurídicos, no obstante su fineza y coherencia, no fueron recogidos por la mayoría. Las Cortes optaron por ratificar el criterio de la idoneidad y aptitud de los postulantes.⁸⁹

Este caso demuestra como los americanos invocaban el derecho indiano, en cuanto estatuto de privilegios, a su favor. Al mismo tiempo, los peninsulares alegaban criterios de carácter general, para por último parapetarse en una interpretación extensiva del Real Patronato. Cuando los americanos hicieron presente los matices que diferenciaban el Real Patronato peninsular y el indiano, los peninsulares se refugiaron en prácticas regalistas y en su supuesta justicia.

— Derecho de pesca y pesca de perlas. Sobre este punto, el profesor Antonio Dognac ha destacado que el arribo de los peninsulares a América no significó

85. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1593.

86. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1594.

87. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1594.

88. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1594.

89. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1595.

grandes transformaciones en esta actividad extractiva, que siguió desarrollándose de manera artesanal, conservando las usanzas de los pueblos aborígenes dedicados a ella. Entre las pocas disposiciones que el profesor Dougnac encuentra, se puede citar una ordenanza del virrey conde de Monterrey que prohibía molestar a los que practicaran la pesca con redes en la desembocadura de los ríos.⁹⁰

Sobre la pesca de perlas, el autor recién citado señala que esta existió en Panamá y que, dada su peligrosidad, en el año 1601 se prohibió obligar a los indios a trabajar en su extracción. Solo los esclavos negros podían ser obligados a pescar perlas.⁹¹

Tal situación parece no haber cambiado mayormente durante el siglo XVIII, pues solo en las Cortes de Cádiz se da una discusión acerca de cómo estimular la actividad pesquera. En el marco de un proceso de liberalización de la actividad económica, las Cortes ordenaron derogar las leyes 16, 24, 41 y 42 de la Recopilación de leyes de Indias, 4, 25. Eran disposiciones restrictivas del buceo de perla y de la actividad ballenera. De ahí en adelante las Cortes dispusieron el libre buceo para cultivar perlas en el océano Pacífico, la libre caza de la ballena y la posibilidad de desplazarse por el mar sin asentimiento previo de las autoridades competentes en caso de estar realizando alguna de esas actividades. Asimismo, derogó todos los impuestos relacionados con el cultivo de perlas y la caza de cetáceos. También declaró la libertad contractual en las relaciones jurídicas de armadores y buzos.⁹²

Las leyes derogadas versaban sobre exenciones tributarias, contratos de trabajo y procedimientos administrativos.

Dable es señalar que el título regula muy pocos aspectos que tengan que ver con la pesca o el cultivo de perlas. Tiene más relación con la defensa. Esto es así pues, al estar los pescadores siempre a la orilla del mar, tenían muchas más probabilidades de descubrir primero expediciones de piratas y corsarios o la llegada de barcos extranjeros. Normalmente los pescadores eran también las primeras víctimas de las andanzas de filibusteros y soldados.

En este caso puede apreciarse una valoración completamente distinta del derecho indiano. Lo que interesa al constituyente es estimular la actividad económica. En aras de ello surge un nuevo paradigma jurídico: libertad contractual, libertad de exploración y libertad de explotación. No fueron esos los valores que inspiraron las normas derogadas contenidas en el citado título.

90. Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1994, p. 450.

91. Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, p. 450.

92. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 867.

— Otros casos de derogación de normas indianas. Las normas anteriormente señaladas no fueron el único caso de derogación debido al cambio de concepción económica. Se discutió también el otorgamiento de un nuevo régimen jurídico para las ciudades novohispanas de Tepic y San Blas.

A la primera se la retribuyó por su lealtad a la causa gaditana. Su recompensa consistió en la declaración de libertad de siembra de tabaco en los alrededores y en la concesión del título de «noble y leal ciudad de Tepic». A San Blas se le dio la libertad de comercio con Asia.⁹³ La modificación legal consistió en que para la primera ciudad, emplazada en una zona tabacalera por antonomasia, se derogó el estanco del tabaco. La excesiva reglamentación de la actividad agrícola había llevado a que las regiones de Córdoba y Orizaba —ambas también parte de Nueva España— fuesen las encargadas de abastecer de ese producto a todo México, siendo tierras aptas para otros tipos de cultivos.

Sobre este punto es importante tener presente que la liberalización de la actividad económica es un proceso que hunde sus raíces en el siglo XVIII y que estas medidas, si bien fueron adoptadas por un órgano político distinto al que inició esta reforma, apuntaban en la misma dirección.

— Estatuto del extranjero. El estatuto legal que poseían los extranjeros, es decir, las personas ajenas a los reinos que componían la Corona, fue un asunto que motivó discusiones de carácter específico.

Tal situación era de esperarse en medio de un proceso de apertura comercial y económica. Las franquicias y regímenes de libertad de comercio que se comienzan a dar tímidamente a algunas ciudades motivan un mayor contacto con extranjeros. Por esa razón resultaba casi obvio que este tema surgiría en las Cortes.

Esta discusión fue llevada principalmente por representantes de distritos que se encontraban en una situación económica desmedrada. La inmigración peninsular a las Indias era absorbida preferentemente por los centros grandes y ricos en recursos, como el virreinato del Perú, el virreinato de Nueva España y la ciudad de Buenos Aires.

Una segunda discusión sobre este tema se dio a la hora de revisar en las sesiones plenarias el texto del proyecto de constitución. En particular, este tema fue puesto sobre la mesa con ocasión de discutir los derechos políticos y de la ciudadanía. A lo largo de ese debate quedó claro que en ese punto había diferencias importantes entre el derecho peninsular y el indiano. De esta forma, el diputado Gutiérrez de la Huerta definió las normas indianas de extranjería como «[u]n conjunto de leyes destinadas a preservar la tranquilidad de América de las sugerencias de ambiciosos extranjeros, dificultando su establecimiento y concen-

93. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1015.

trando el comercio en los nacionales». ⁹⁴ Su objetivo era solo preservar Indias para España.

La *ratio legis* de dicha legislación era evitar a toda costa que, mediante un flujo de inmigrantes extranjeros, la pertenencia de estos reinos a la Corona hispana pudiese verse amenazada.

Dicha normativa contemplaba requisitos mucho más exigentes que los peninsulares para otorgar la nacionalidad. Mientras que en España se requerían diez años de residencia para obtener la «carta de naturaleza», el derecho indiano exigía veinte años de residencia, más arraigo en esa región y matrimonio con una persona de esa zona en los últimos diez años. ⁹⁵

Pero para los objetivos de este trabajo nos interesa más la primera discusión. Ella partió con una solicitud de la isla de Santo Domingo. Dicha jurisdicción se encontraba hacía largo tiempo en una lánguida situación económica. En la práctica dependía del oficial real que le mandaba el virreinato de Nueva España.

Las Cortes, conscientes del estado de extrema anomalía en que se encontraba el Nuevo Mundo, quisieron poner atajo a esta situación y estaban dispuestas a tomar las medidas necesarias para que, dentro de un plazo razonable, esa jurisdicción pudiese mantenerse con los ingresos fiscales derivados de la actividad económica desarrollada en su propio territorio. Por ello, ya el Consejo de Regencia había promulgado algunas medidas de índole reactivadora, como un régimen tributario especial. Se liberaba a las fincas del pago de temporalidades y otros gravámenes y se había derogado el derecho de alcabala. ⁹⁶

Con algo de antelación, el 29 de abril de 1810 se había decretado para esa isla la libertad de comercio entre españoles y extranjeros neutrales por un lapso de quince años. ⁹⁷

Tales medidas fueron valoradas por la población de la isla. Mas consideraban que eran insuficientes, pues el problema más grave que padecía esa jurisdicción era la falta de mano de obra calificada y de jornaleros que pudiesen cultivar la tierra.

Conscientes de que el derecho indiano contemplaba casos en que un extranjero podía avecindarse en Indias, los representantes dominicanos plantearon que lo que correspondía hacer era iniciar una política migratoria. Dicha propuesta fue avalada por el informe del Ministerio de Hacienda de Indias. ⁹⁸

94. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1754.

95. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1754.

96. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1213.

97. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1214.

98. El informe completo aparece en *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1211 y sig.

Fundamentaron su solicitud en la permanente postergación de la que Santo Domingo había sido objeto. Su alegato tenía un alto contenido histórico. Recordaban que Santo Domingo vivió una época dorada durante las primeras décadas del siglo XVI, cuando era el centro de abastecimiento de todas las expediciones que partían hacia otros rincones del Nuevo Mundo. A la vez, como lugar de llegada de los peninsulares, debía prestar todo tipo de servicios. Isla Margarita, Antillas, Trinidad, Jamaica, Puerto Rico y Cuba fueron conquistados y colonizados desde la isla de La Española.⁹⁹

Tal situación implicó que muchos de los primeros residentes solo estuviesen en ella de paso y terminasen asentados en otros territorios, en pos de la promesa de mejores condiciones de vida y los privilegios propios del conquistador. A eso se sumó que los repartimientos de indios hechos por Nicolás de Ovando, en contra de las directrices de la reina Isabel la Católica, habían provocado una considerable merma de la población aborigen, que, ante los abusos de los que era víctima, había optado por huir a otros territorios.¹⁰⁰

Dicha falta de brazos impidió que la isla de La Española pudiese seguir actuando como proveedora de alimentos y materiales para otras regiones, lo que, unido a constantes ataques de piratas y corsarios, la había llevado al estado ruinoso que se denunciaba.¹⁰¹

Todos los esfuerzos que habían realizado los Borbones en esa fecha en aras de recuperar la actividad económica de esa isla se habían visto ensombrecidos por la ocupación francesa de la mitad occidental, que había vuelto costosa y riesgosa la internación de esclavos. Abolida la esclavitud en Haití, los esclavos residentes en Santo Domingo no dudaban en huir hacia ese sitio.

Ante lo dicho, la única solución posible era la inmigración europea. El informe citado propone «traer hombres que no tengan impedimentos por nuestras sabias leyes». Dicha sabia ley era la Recopilación de leyes de Indias, 9, 27, 10, que mandaba, en términos generales, expulsar a los extranjeros de las Indias. La única excepción que contemplaba era que «estos sirviesen oficios mecánicos, útiles a la República y que profesasen la fe católica».

En cuanto a los posibles inmigrantes, estos debían ser nacionales o extranjeros, especialmente sicilianos, suizos, alemanes, suecos y daneses. Debían ser católicos, jurar vasallaje y ejercer algún oficio mecánico. El informe interpretaba que si bien no se autorizaba la internación de labriegos, estos podían entenderse contemplados dentro del llamado oficio útil a la República, de carácter mecánico.

99. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1212.

100. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1212.

101. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1213.

La argumentación económica que subyacía a esta petición se podría sintetizar así: sin hombres no hay agricultura y sin agricultura no hay comercio. Ambas actividades deben pagar impuestos y mediante el pago de impuestos se financia a los aparatos estatales y eclesiásticos. Financiándose el erario de Santo Domingo, este dejaría de depender de México y Caracas.

Cabe preguntarse por qué el informe hace hincapié en la historia dominicana. Probablemente porque se está solicitando un estatuto especial dentro de un ordenamiento jurídico que ya era especial. Para la isla de Santo Domingo no serviría solo la libertad de comercio, sino que era precisa una nueva política de estado. La libertad de comercio ya era un trato especialísimo. Pedir una política de inmigración era algo casi desconocido en ese momento. Implicaba un vuelco inclusive en sede jurídica. Las normas de derecho indiano arriba citadas buscaban regular una situación: ¿qué hacer en caso de que un extranjero llegase a Indias? Otra cosa muy distinta era estimular la inmigración.

Parte de la respuesta la dio una intervención del diputado cubano Andrés de Jáuregui, quien señaló que dichas normas eran letra muerta. La legislación imperante no había permitido la entrada de extranjeros en Cuba. Solo se permitía el acceso a aquel que cumpliese todos los requisitos ya comentados y que además no fuese comerciante.¹⁰²

Ese requisito, no contemplado expresamente en la Recopilación de leyes de Indias, malogró la política inmigratoria iniciada en 1793. El cubano manifestó que los frutos de la inmigración tardarían en verse. Cuba recibió a partir de ese año a muchos franceses que huían de Haití. Ese grupo se había asentado relativamente bien en Cuba, pero la guerra contra Napoleón había desencadenado todo tipo de hostilidades. Producto de ello, la gran mayoría de los franceses había abandonado Cuba.¹⁰³

Para Jáuregui era motivo de especial escándalo el hecho que gran parte de esos franceses hubiesen recibido la nacionalidad española. Las autoridades de la isla habían optado por otorgar las cartas de naturaleza como una manera de asegurar su permanencia en el territorio, cartas que, sin embargo, adolecían del vicio de nulidad. En el transcurso del debate se hizo presente que el otorgamiento de esas cartas transgredía el derecho indiano. El único órgano competente para entregar la nacionalidad era el Consejo de Indias.¹⁰⁴ Ni virreyes ni capitanes generales podían otorgar tal calidad jurídica. Aparte de ello, esos extranjeros no habían cumplido con el requisito de los diez años de residencia en tierras de la Corona.¹⁰⁵

102. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1469.

103. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1469.

104. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1471.

105. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1471. Al parecer, en este punto hay una confusión entre los requisitos del derecho indiano y los del derecho peninsular. De acuerdo con los datos que el

Sobre este acápite puede decirse que, de acuerdo con los antecedentes citados, las normas de derecho indiano sobre nacionalidad parecen no haber sido cumplidas con estricto rigor.

Este párrafo muestra la intención de la Corona de conservar los reinos de Indias para sí y para los peninsulares. De ahí que el derecho indiano contemplara una serie de disposiciones discriminatorias hacia los extranjeros. La nacionalidad o carta de naturaleza era muy restrictiva en cuanto a su otorgamiento en Indias y la profesión de la fe católica constituía un requisito indispensable para poder asentarse en esas tierras.

En este punto, el derecho indiano era bastante más restringido de lo que lo fueron las primeras constituciones americanas. Si bien estas contemplaban la confesionalidad del Estado, respetaban la libertad de conciencia.¹⁰⁶

— Los señoríos. Sin lugar a dudas, su derogación fue uno de los temas más complejos que las Cortes debieron enfrentar. La opinión mayoritaria es que estas eran una institución mucho más peninsular que indiana, no obstante haber lugares del Nuevo Mundo en los que efectivamente los hubo.¹⁰⁷ Ellos fueron clasificados en las Cortes de la siguiente manera: regalías de jurisdicción ordinaria; uso de hornos, molinos, almazaras y tiendas; partición de frutos, el censo; el luismo, el quindenio y la fadiga. Todas las formas de señorío tenían en común ser un impedimento para la creación y libre circulación de la riqueza, atentaban contra la libertad individual del vasallo y significaban una merma de las facultades inherentes al Reino y a la soberanía. En otras palabras, las críticas se elevaban desde la idea de libertad y desde una uniformización del ordenamiento jurídico. El señorío atentaba contra el poder del Reino.

La motivación de los partidarios de esta reforma fue abolir cualquier resabio de feudalismo. Entre los diputados surgió rápidamente una interpretación muy extensiva de esta institución. Esa interpretación se alejó de la clasificación recién indicada. Tal abstracción del concepto de *señorío* necesariamente impelía a colocar a otras instituciones en tela de juicio. El señorío era criticado como un atentado contra la libertad individual. Así, se sostuvo que el súbdito contribuía con sus impuestos a la Corona y al Reino, mientras que al vasallo le correspondía tributar

diputado entregó, en cuanto a las exigencias de tiempo y residencia las autoridades cubanas se habrían guiado por el derecho indiano.

106. Lo que prohibían era el ejercicio público de cualquier otro culto. Al menos tal fue el caso de Chile. Al respecto véase Felipe Ignacio WESTERMEYER HERNÁNDEZ, «Notas para un estudio del pensamiento jurídico-conservador de Juan Egana», *Derecho y Humanidades*, núm. 17 (2011), p. 193 y sig.

107. Entre ellos cabe mencionar el valle de Oaxaca, Atlixco (Nueva España), Tula (Nueva España), Veragua (Panamá), Jamaica y Cuba.

al titular del señorío y siempre estaba supeditado a sus caprichos y exigencias. Mientras al primero se le reconocía su trabajo mediante el pago de un jornal, el segundo debía trabajar sin salario.¹⁰⁸

La idea que había detrás de esta discusión era la formulación de un nuevo pacto social dentro de la monarquía. Estaba fuera de duda que la monarquía requería de jerarquías y clases sociales, pero eso no significaba que el Reino podía avalar cualquier tipo de jerarquía. Esta discusión pretendía indirectamente fijar una nueva jerarquía, ajena a resabios feudales. Tras ella subyacía la idea de acabar con todos aquellos estatutos que carecían de una justificación racional. Todos eran iguales en su derecho a ser protegidos por la ley. El señorío implicaba una vulneración de esa igualdad, la cual en este caso era entendida como el derecho de todas las personas residentes en los territorios de la Corona a estar sujetas al mismo ordenamiento jurídico y, también, como el deber de respetar ese ordenamiento.

Tal aseveración motivó al diputado Guridi y Alcocer a exigir la abrogación de los señoríos en todos los territorios de la Corona, advirtiendo que la encomienda era una especie de señorío, pero con otro nombre. Agregaba que en América había una horrorosa servidumbre y esclavitud, que en Indias había opresión. Servidumbre, esclavitud y opresión se veían facilitadas por la distancia con el trono.¹⁰⁹

Guridi mencionó casos de señorío en Indias. Para esos efectos nombró el marquesado del Valle, el condado de Tula, el ducado de Alisco y el de Terranova.¹¹⁰

El diputado por Tlaxcala representó una de las posturas más radicales: acabar con todo lo que oliese a feudalismo, vasallaje y servicio personal. Él sostenía que toda contribución distinta del arriendo debía abolirse.¹¹¹

Si bien esta discusión no involucró mayormente a los diputados americanos, estas medidas también alcanzaron al derecho indiano. Como ya se ha dicho, en América también hubo algunos señoríos, aunque pocos. En la sesión correspondiente al 17 de junio de 1811 se leyó la presentación del cuarto marqués de San Felipe y Santiago,¹¹² titular de un señorío en Cuba, en la ciudad de San Felipe y Santiago.¹¹³

108. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1226.

109. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1230.

110. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1230.

111. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1232.

112. Hoy conocido como marquesado de San Felipe y Santiago de Bejucal.

113. De acuerdo con los datos encontrados en Internet, dicho otorgamiento resulta un tanto anacrónico, pues fue creado en 1713, en una época en que la monarquía era fuerte. El señorío se corresponde con épocas en que, dada la debilidad política y económica de la realeza, esta debía recurrir a terceros para que efectuasen labores que les eran propias. En consecuencia, a medida que la Corona vio fortalecido su poder, tendió a no crear nuevos señoríos, efectuando por su cuenta esas tareas o buscando algún otro régimen de privilegios.

El detentador de este título, Juan Clemente Núñez del Castillo, conde del Castillo y grandeza de España otorgada en 1805 por Carlos IV, era en ese momento diputado suplente por Cuba. Él solicitó que se aboliesen los señoríos, pero que se conservaran las jurisdicciones de primera instancia, concedidas a conquistadores y fundadores de poblaciones en América, según su contrato y lo prescrito en el derecho indiano, entendiéndose en todo realengas.¹¹⁴

Invocó en su petición el hecho que sus antepasados habían fundado esa población, levantando casas e iglesias. El señorío de jurisdicción fue una retribución ante tanto esfuerzo y filantropía. Consideraba que los señoríos jurisdiccionales tenían un carácter meramente honorífico. Era una delegación del ordenamiento jurídico en una persona o institución. En su caso particular, en el mencionado marquesado. Hacía presente que él reprochaba todos los otros señoríos debatidos y mencionados en la Corte. El diputado suplente por Cuba pensaba que el único señorío que no atentaba contra la libertad era el suyo.

Sobre este punto, la profesora Beatriz Bernal califica su propuesta como bastante contradictoria. Sus argumentos coincidían con los del bando realista. Su proposición fue finalmente rechazada.¹¹⁵

Luego de ese irrelevante y contradictorio alegato, un sector de los diputados doceañistas continuó desarrollando una interpretación extensiva del señorío, en la misma línea que había planteado Guridi y Alcocer. Dicha postura se enmarcaba claramente en la imposición de un derecho único, uniforme y unificador de carácter general que se fundamentase en la igualdad. Así, el diputado Pelegrín clasificó los derechos enajenados por la Corona en tres grupos: la jurisdicción y oficios de la República; las contribuciones reales o cualquiera otro impuesto, y las fincas que se entregan como merced.¹¹⁶

Dicha tipología evidentemente tendría repercusiones en el derecho indiano. En Indias los hispanos no pagaban pechos. Además, muchos aducían como títulos de propiedad las mercedes dadas por la Corona.

Siguiendo toda esa línea argumentativa, el diputado José Pablo Valiente planteó la necesidad de derogar todos los mayorazgos.¹¹⁷

Finalmente, el 3 de agosto de 1811 se presentó el decreto respectivo a señoríos. Este incorporó todos los señoríos jurisdiccionales a la Corona. De ahí en ade-

114. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1226.

115. Beatriz BERNAL GÓMEZ, «Diputados cubanos en las primeras Cortes de Cádiz», en Daniel BARCELÓ ROJAS et al., *Memoria del Seminario Internacional: Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, México, UNAM, 2013, p. 184.

116. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1334.

117. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1358.

lante, todos los funcionarios encargados de ejercer justicia serían nombrados y pagados por el Estado. Del mismo modo, ese decreto abolió las relaciones de vasallaje.

En cuanto a las mercedes, solariegos y señoríos territoriales, estos pasaban a constituir derechos de propiedad particular. Los privilegios exclusivos antes mencionados fueron abolidos y el uso de aguas y bosques quedaría regulado por el derecho municipal del lugar de asiento del bosque.¹¹⁸

El impacto de esta norma, atendida la posterior evolución de los acontecimientos, fue menor en América. En todo caso, había implicado una reforma en materia de propiedad de la tierra y la derogación de algunos estatutos especiales derivados de capitulaciones. Es oportuno tener presente que, con posterioridad, los derechos patrios latinoamericanos acogieron esas inquietudes y, paulatinamente, tomaron las medidas pertinentes para acabar con esas formas de servidumbre y derogar los mayorazgos.

Sobre esta institución vale la pena recordar que, al igual que en España, tenía su origen en contratos de derecho público sujetos a la condición suspensiva de conquistar territorios o realizar otras prestaciones para la Corona: las capitulaciones. A diferencia de lo ocurrido en España, los señoríos de Indias solo eventualmente comprendieron la cesión de facultades jurisdiccionales.¹¹⁹ En todo caso, casi todas las capitulaciones celebradas durante el siglo XVI a efectos de la conquista de América no alcanzaron a dar frutos, sea por el fracaso de las expediciones, sea por la muerte del encargado.¹²⁰

Como bien explica Francisco Icaza en el artículo citado, la historiografía jurídica ha entendido, basada en autores como Solórzano, que la encomienda también representaba una forma anómala de señorío.¹²¹ En consecuencia, la interpretación de Guridi y Alcocer, si bien se alejaba de la realidad peninsular, no estaba errada.

Dable es señalar que la postura de Guridi y Alcocer es una muestra más de la autonomía científica que había alcanzado el derecho indiano. Sus argumentos coinciden con los que empleó Juan de Solórzano Pereira para explicar y criticar el sentido y el alcance de la encomienda. Esos argumentos, desarrollados en el libro

118. *Diario de Sesiones de las Cortes*, p. 1562.

119. Francisco de ICAZA DUFOUR, «Los señoríos de vasallos en Indias», *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Santiago de Chile), núm. 15 (1989), p. 200.

120. Francisco de ICAZA DUFOUR, «Los señoríos de vasallos en Indias», p. 201.

121. Francisco de ICAZA DUFOUR, «Los señoríos de vasallos en Indias», p. 200. Lo relevante del trabajo del profesor Icaza es que reformula la tesis de Solórzano y Pereira. Llega al mismo resultado por otra vía. Para probar esa tesis compara las distintas modalidades de señorío y explica cuáles fueron las que se dieron en América.

Política indiana, vinculaban la encomienda con el señorío.¹²² Se podría inclusive aventurar que el mentado diputado no hizo otra cosa que repetir con un léxico de principios del siglo XIX las ideas del indianista.

Solórzano Pereira interpretó del modo indicado la encomienda en base a una comparación de esta con otros tipos de señorío impropios reconocidos por la doctrina. Él se refería a relaciones de subordinación que no alcanzaban a ser catalogadas como vasallaje.

Los casos concretos que citó en *Política indiana* eran de Nápoles y Alemania.¹²³ Según Solórzano Pereira, el elemento esencial de esas relaciones era el deber-obligación de defensa y protección entre una persona común y un poderoso, sin que por ello se alcanzase a configurar una relación de tipo feudal.

En segundo lugar, Solórzano recurrió a la historia de la encomienda. Recalca que en un principio se llamó a los indígenas «feudatarios al servicio del rey». El hecho que los encomenderos percibiesen los tributos del indígena fue una práctica autorizada por la Corona a fin de contentar a los conquistadores y obtener su lealtad. Ese fue un motivo de carácter político que, en opinión de Solórzano, asimilaba las encomiendas con los señoríos medievales.¹²⁴

Otro de los fundamentos que esgrimió Solórzano para asimilar la encomienda con los señoríos tenía relación con los fines espirituales de la primera. Dichos fines eran muy parecidos a las instituciones grecorromanas del patronato y la clientela.¹²⁵ El patronato y la clientela también buscaban proteger a los desvalidos. De hecho, de acuerdo con la interpretación que postula Solórzano Pereira, ambas instituciones son el antecedente inmediato de las relaciones feudales del medioevo. Por último, Solórzano explicaba la *ratio legis* de la encomienda como un aseguramiento, mantención y conservación de los nuevos territorios. Esa labor era responsabilidad directa del encomendero. Dicho encargo era de naturaleza jurídica típicamente feudal. Era propio de una época en que el estado, o, mejor dicho, el monarca, no poseía los medios suficientes para poder cumplir por sí mismo la tarea de defensa del territorio, por lo que debía encargarla a un particular. Luego de esa larga explicación, Solórzano define la encomienda como «[e]l derecho concedido por merced real a los beneméritos de las Indias para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendaron por su vida y la de un heredero, conforme a la ley de la sucesión, con cargo de cuidar del bien de los indios en lo

122. Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, con notas de F. R. de Valenzuela, Madrid, Mateo Sacristán, 1736 (3a ed.: Madrid, Fundación José Antonio de Castro, 1996, p. 225).

123. Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, p. 222.

124. Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, p. 223.

125. Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, p. 225.

espiritual y temporal y habitar y defender las provincias donde fueran encomendados y hacer cumplir de todo eso, homenaje y juramento».¹²⁶

Parece claro que el concepto de *señorío-encomienda* elaborado por Solórzano Pereira no se correspondía con la idea de señorío imperante entre los diputados de las Cortes gaditanas. De ahí que la línea argumentativa del diputado Guridi y Alcocer, aunque se aleje del diagnóstico presentado por las comisiones al pleno de las Cortes, admita interpretaciones tanto en las nuevas ideas de libertad y soberanía estatal como también en sus conocimientos acerca del ordenamiento jurídico indiano. Aunque ese diputado no cursó estudios de derecho, en su calidad de sacerdote manejaba una serie de conceptos jurídicos. Por lo demás, la obra de Solórzano Pereira era en los hechos de estudio casi obligado entre personas cultas del Nuevo Mundo.

La discusión sobre los señoríos fue, respecto a América, un tanto confusa. Podría decirse que se originó por iniciativa individual de muy pocos diputados americanos. A lo largo de ese debate no se aprecia un partido americano, como sí ocurrió en el momento de legislar sobre los derechos del indígena o de determinar el sentido y el alcance de la ciudadanía. Debido a ello, es un tanto arriesgado emitir un juicio categórico.

Sin embargo, como ya se dijo, la abolición de los señoríos había tenido un impacto muy acotado en Indias. La encomienda estaba en ese momento en varios reinos derogada o había caído en desuso.

En relación con los pocos señoríos existentes, estos habían sido derogados, como de hecho ocurrió con el señorío del marquesado de San Felipe, en Cuba.¹²⁷

Es importante destacar cómo el diputado por Tlaxcala interpretó los principios esgrimidos contra esa institución para formular exigencias acordes con el liberalismo y el constitucionalismo de principios del siglo XIX. Claro está que la obra de Solórzano Pereira pudo haber sido usada a la perfección para apoyar esa reforma. En este caso, un corto número de normas indianas permitían conservar esa institución mientras, paralelamente, una de las obras cumbre de la literatura jurídica india entregaba los argumentos para la implementación de un nuevo orden jurídico.

7. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho indiano está presente en las Cortes de Cádiz. Aunque su uso es multidireccional, los casos estudiados —en ningún caso todos los que aparecen

126. Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, p. 229.

127. Beatriz BERNAL GÓMEZ, «Diputados cubanos en las primeras cortes de Cádiz», p. 184.

en las actas— muestran que fue empleado, de manera preferente, para hacer notorias las diferencias entre las Indias y España.

Si se usó para imponer ideas liberales y facilitar la instalación del derecho constitucional, o, por el contrario, para mantener el *statu quo*, depende de la institución o normativa de la que se trate.

Los representantes americanos en las Cortes de Cádiz quieren recibir el mismo trato que los peninsulares; es decir, lo que en ese momento se llamaba igualdad legal. Al mismo tiempo, reivindican para sí la igualdad en la diferencia o, mejor dicho, una suerte de discriminación positiva; preferencia o, en el peor caso, igualdad en el acceso a los cargos públicos y eclesiásticos; igualdad en la representación en las futuras cortes constitucionales y un régimen de mayores libertades políticas y económicas.

El derecho indiano fue usado, en los casos estudiados, para exigir su cumplimiento o para solicitar un derecho o privilegio.

No en todas las disciplinas del ordenamiento jurídico su valoración fue igual. En lo que hoy llamaríamos derecho económico o de los recursos naturales, el paradigma de las normas indianas estaba obsoleto.

En otras áreas, como el derecho público, el estatuto del indígena o la confidencialidad de la correspondencia, generaba una enorme adhesión.

Algunos diputados americanos lo presentaron inclusive como un producto cultural.

De todas formas, al menos un grupo de diputados cree que se encuentra en un proceso de adaptación y cambio conforme a los nuevos principios del constitucionalismo. De ahí que se formulen una serie de críticas desde la óptica de la libertad y la igualdad, desde las ciencias jurídicas y desde el constitucionalismo y la codificación.

Los casos citados muestran que el derecho indiano clamaba por un nuevo proceso de fijación. Ello es evidente cuando se aprecia que la fuente citada es la Recopilación de leyes de Indias. No se repara en que varias de las normas e instituciones mencionadas en las Cortes ya habían caído en desuso o en que en diversos reinos habían sido derogadas.

Paralelamente, en varias ocasiones los diputados americanos se refugian en el derecho indiano para defenderse frente al uniformismo jurídico que un sector de la Corte quería imponer.

Por último, es importante recordar que los procesos de unificación jurídica y de fijación del derecho son una constante a lo largo de la historia. Lo que varía en cada uno de los procesos es la capacidad del antiguo derecho de resistir esos embates. En ese sentido, el constitucionalismo gaditano representa el intento fallido de unificar el derecho vigente en todos los territorios de la Corona española.

Desde el punto de vista de las ciencias jurídicas, la gran diferencia que hubo es que los derechos forales carecían de elaboración científica, mientras que el derecho indiano detentaba un elevado nivel de elaboración científica y autonomía.

Espero poder continuar este derrotero investigativo con otros artículos relacionados con el mismo tema.