



TESIS DOCTORAL

*Constitucionalismo y república:
de Europa a América Latina.*

Autor:

Diego Hernando Romero Castro

Director:

Prof. Dr. José Antonio Santos Arnaiz

**Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas
Escuela Internacional de Doctorado**

2022

Agradecimientos

A mi director de tesis, Prof. Dr. José Antonio Santos, cuya riqueza intelectual, solo superada por su calidad humana, siempre me parecieron la orientación de un hermano mayor que vive en Europa. De su guía académica y amistad me precio como lo más valioso que me ha dado España. Su comprensión de la cultura de América Latina y su conocimiento *in situ* e integral de la región, sin duda, han hecho posible el impulso de esta investigación.

A la Universidad Rey Juan Carlos.

Al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, por acogerme en una estancia de investigación que resultó determinante para los avances de esta tesis doctoral.

A España, a donde siempre quiero volver.

A Xavier Garaicoa, el más destacado de mis maestros en Ecuador.

Dedicatoria

A la memoria de mi madre, artífice de mis días.

A Danielita e Isabelita, continuidad de mi vida.

A mi patria, el Ecuador del Pacífico, Los Andes, Galápagos y Amazonas.
En la mitad del mundo y en el centro de mi corazón.

A la Universidad de Guayaquil, que tiene el potencial de transformar a un país, en ella transito hace años y desde allí deseo retirarme al descanso que me prepare el destino.

Índice

Agradecimientos	2
Dedicatoria	3
Capítulo preliminar	6
Enfoque de la investigación	6
Resumen	6
Hipótesis	7
Objetivo general	8
Objetivos específicos	8
Metodología	8
Introducción	11
Capítulo I	
Fundamentación jurídica en los albores de la modernidad	17
1.1. - Derecho natural y derecho positivo: de lo antiguo a lo premoderno.....	17
1.2. - Marsilio de Padua: génesis de la modernidad jurídica y política.	63
1.3. - Política y derecho en la invasión al Nuevo Mundo.	85
1.3.1.- Nociones de guerra y república: antesala de 1492.	85
1.3.2.- Dominio por ocupación: figura jurídica de la apropiación.	100
1.4. – Reinterpretación teológica del Derecho natural de Francisco de Vitoria.	107
Capítulo II	
Modernidad y América Latina en perspectiva jurídico-histórica	129
2.1. - Modernidad: ontología de las instituciones jurídicas.	129
2.2. - Crítica a la desigualdad: el pensamiento lascasiano.	143
2.2.1. – Bartolomé de Las Casas y el contexto histórico-filosófico de su obra.	146
2.2.2. – Síntesis de las “Treinta proposiciones muy jurídicas”.	153

2.3. – Derecho Indiano como proto-republicanismo en el Nuevo Mundo.	169
2.4. – Praxis de la emancipación: republicanismo en acción.	185
2.4.1. – Comuneros de Paraguay, 1723-1735.	187
2.4.2. – Revolución de los Estancos en Quito, 1765	191
2.4.3. – Túpac Amaru y lucha contra la usurpación, 1780-1781.	198
2.4.4.- Los tres Antonios en Chile, 1780-1781.	206
2.4.5.- Chuquisaca, La Paz y Quito, 1809: hacia el autogobierno.	211
Capítulo III	
Constitucionalismo republicano e independencia	221
3.1. – Del iusracionalismo a las bases del constitucionalismo.	221
3.2. – Utilitarismo y constitucionalismo.	248
3.3. - Entre Francia y Cádiz: tensiones por la igualdad.	263
3.4. - Ideario de la independencia en las acciones de Simón Bolívar.	271
3.5. - Rasgos del constitucionalismo de Simón Bolívar.	298
3.5.1. – Derechos y garantías.	306
3.5.2. – Forma de gobierno y Estado.	308
Capítulo IV	
Pensamiento iusfilosófico en la república	313
4.1. – Constitucionalismo y positivismo jurídico.	313
4.2. – Codificación y orden en Andrés Bello.	323
Conclusiones.	340
Bibliografía citada.	344

Capítulo preliminar

Enfoque de la investigación

Resumen. -

La presente investigación tiene como objetivo analizar la convergencia histórico-filosófica del iusnaturalismo y positivismo jurídico que dio origen y desarrollo al constitucionalismo y a la república; primero, en el ámbito europeo, y luego cómo se trasladó e implantó en América Latina, especialmente durante los acontecimientos más relevantes de su proceso de independencia y formación del Estado nacional, centrándonos en los países de influencia bolivariana. Este problema se ha tratado a través de seis pautas metodológicas: interdisciplinariedad, relación de categorías, evolución conceptual, método biográfico, enfoque intercultural, y comparación.

La tesis tiene cinco capítulos, siendo uno de ellos de carácter preliminar, que posteriormente analizaremos con más detalle en la introducción. El primero se encarga de contextualizar los orígenes y evolución del iusnaturalismo con el positivismo jurídico, la crítica de Marsilio de Padua, el marco histórico-jurídico de la conquista española y la reformulación iusnaturalista de Vitoria. En el segundo, repasamos los sustentos filosóficos de la desigualdad colonial, el derecho indiano, la contribución de Bartolomé de Las Casas, y los acontecimientos en Castilla y el Nuevo Mundo que configuraron la migración-recepción de las ideas republicanas. En el tercero, nos dedicamos al iusracionalismo,

pasando por Suárez, Descartes, al utilitarismo como antecedentes del constitucionalismo liberal; a la par que revisamos la ocupación francesa de España y la Constitución de Cádiz como el marco de oportunidad que encontraron las colonias españolas en América; los hechos más importantes de las guerras de independencia y el constitucionalismo de Simón Bolívar. En el último capítulo se discute acerca del positivismo jurídico y una de sus vías de afianzamiento en América Latina a través de la obra de Andrés Bello para facilitar el orden civil que requerían las recientes repúblicas en momentos de su constitucionalismo fundacional.

Hipótesis. -

La dinámica e interacción entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico dio lugar al origen y desarrollo del constitucionalismo y la república, primero en el ámbito europeo y luego en su trasplante¹ en Latinoamérica en los tiempos de la colonia española. La verificación de esta confluencia ocurre en las ideas que orientaron la independencia y la creación del Estado nacional² en las repúblicas latinoamericanas, especialmente en los países de influencia bolivariana.

¹ Nos referimos a la acción de trasladar ideas, costumbres e instituciones y así es como utilizaremos este término en la presente tesis doctoral.

² Entendemos como Estado nacional en América Latina a aquellos surgidos a partir del final de la presencia colonial. Se fundamenta en la autonomía política y en el conjunto de elementos (lengua, costumbres, nexos sociales, entre otros) que definen la matriz cultural de una población, dentro de un territorio delimitado.

Objetivo general. –

Analizar la relación existente entre el iusnaturalismo y positivismo jurídico, en cuanto al desarrollo y consolidación del constitucionalismo y republicanismo en Europa y su implantación en América Latina, a partir de su independencia y formación del Estado nacional, especialmente en los países de influencia bolivariana.

Objetivos específicos. -

- Explorar conceptualmente el iusnaturalismo y positivismo jurídico en retrospectiva evolutiva del pensamiento constitucional europeo.
- Explicar el sustento iusfilosófico de las teorías constitucionales europeas aplicadas a América Latina.
- Examinar los principales acontecimientos históricos con repercusión en el derecho, relativos a la independencia y surgimiento del Estado nacional de países de América Latina, especialmente en los países de influencia bolivariana.

Metodología. –

El problema de investigación ha implicado unas pautas metodológicas que se fundamentan, al menos, en seis aristas. La primera tiene que ver con la *interdisciplinariedad* en el estudio del problema desde la mirada del filósofo del derecho. Se procura la interacción de la

filosofía del derecho con la historia del derecho, filosofía e historia de las ideas políticas, derecho constitucional y la historia de América Latina. Se ha procurado que las fuentes de consulta respondan a este enfoque a lo largo de la investigación, que nos ha parecido enriquecedor por el contenido que presenta el diálogo entre derecho, ciencias sociales y humanidades.

Hemos acudido a distintas disciplinas desde las cuales se puede estudiar un problema como el objeto de la tesis, lleva consigo la necesidad de generar una *relación de categorías*, actividad que a lo largo de la tarea investigadora ha permitido inferir algunas conclusiones preliminares y finales. Llama la atención que la correspondencia categorial señalada supera los aspectos metodológicos de la indagación académica y forma parte, a nuestro criterio, de las propias dinámicas que, desde la filosofía y la historia, caracterizan el origen y progreso del constitucionalismo y la república.

El tercer aspecto que hemos empleado consiste en el discernimiento y la aprehensión de la *evolución conceptual*. Una categoría de estudio no siempre ha tenido el mismo significado, dependiendo de una serie de variables y acontecimientos que se presentan en el tiempo. Conceptos como Constitución, república, igualdad, libertad, orden, justicia, transformados a lo largo de la historia, en base a distintas interpretaciones, han sido, objeto de especial atención a lo largo de la investigación. Este modo de proceder explica que, en algunos pasajes de la tesis, hayamos presentado citas textuales, algunas con cierta amplitud, de las fuentes analizadas para mostrar lo más directo del pensamiento de los autores y de nuestro interés académico.

La importancia de la evolución de las ideas nos lleva a otra pauta que hemos seguido a lo largo de nuestro estudio: el *método biográfico*. Así, por ejemplo, a lo largo de la tesis se pueden encontrar referencias a los perfiles personales de Maquiavelo y su trayectoria en una de las cancillerías de Florencia; la relación de Bartolomé de Las Casas con los indígenas del Nuevo Mundo y su defensa ante las instituciones de la Corona; la tragedia personal, fortuna e importancia de la educación de Simón Bolívar o el largo periplo intelectual de Andrés Bello que se trasladó al servicio de la configuración republicana de Chile.

Uno de los propósitos de este trabajo ha sido indagar en la filosofía e historia, las circunstancias en las que el constitucionalismo y republicanismo europeo migraron hacia América Latina, examinándose los hechos de repercusión jurídica de este proceso de implantación. Para cuidar los aspectos de clave latinoamericana, la investigación ha intentado atender a los riesgos de recaer en el denominado eurocentrismo, por lo que, a manera de contraste epistemológico se ha pretendido posicionar aportaciones de autores del lado americano. La formación del sujeto social, político y cultural de la región latinoamericana, sobre la que se da la recepción del constitucionalismo y republicanismo europeos, se conjuga con su propia intelectualidad criolla y las acciones de sus dirigentes locales, lo que nos ha obligado a asimilar a la América Latina de antes y de ahora, desde un *enfoque intercultural*, que por lo menos intente pensar al subcontinente desde su acentuada e histórica diversidad.

Por último, la tesis ha recurrido, aunque en menor grado, a la utilidad de la aplicación de la *comparación* como método de

investigación jurídica, como lo efectuamos en el cotejo de algunas fuentes de la obra de Andrés Bello para ejemplificar su concepto de ley.

Introducción. -

Pocas categorías en el campo de las ciencias sociales y el derecho representan tanto, en lo teórico y a la vez en lo práctico, como los conceptos de constitucionalismo y república. Resultan ser un constructo desde la historia de las ideas en filosofía, política y derecho, al igual que una guía en distintos ámbitos de acción de los ciudadanos, intelectuales, servidores públicos, partidos políticos, movimientos sociales, grupos de interés, entre otros.

Las reflexiones acerca del poder son tan antiguas como la propia existencia de la vida en comunidad. Desde el mundo antiguo a lo contemporáneo, el pensamiento acerca del poder ha tenido una secuencia sobre la cual no se parte desde cero, prosigue a una cadena donde los eslabones filosóficos y teóricos se edifican uno a partir de otro. Constitucionalismo y república son conceptos integradores y dinamizadores de la historia. Tienen una estrecha relación con la *praxis* política, sea como un marco de ideas puesta en marcha en procesos o acontecimientos histórico-políticos o, en su defecto, como una construcción de pensamiento originada después de las acciones de movilización. La consolidación del constitucionalismo y república han permitido mostrar todas las líneas de un conflicto, la acción y la reacción, posiciones y oposiciones, opresor y oprimido, por lo que las contradicciones presentes en la sociedad que marcan la dinámica de la

historia son una constante del constitucionalismo que se ha entrelazado con la génesis republicana. Tal es así que «[e]l constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de las esferas de autonomía garantizadas mediante normas»³.

La tesis consta de un capítulo preliminar con el enfoque de investigación (resumen, hipótesis, objetivos general y específicos, y metodología) y cuatro capítulos con el siguiente detalle:

En el capítulo I estudiamos la «Fundamentación jurídica en los albores de la modernidad» a partir de estudiar la relación entre derecho natural y los rasgos más básicos del derecho positivo de la premodernidad. El énfasis en la evolución iusnaturalista brindará los primeros elementos para la comprensión de un tema tan amplio como de necesaria e ineludible atención, por eso nos centramos en las contribuciones de Platón, Aristóteles, Cicerón y Tomás de Aquino, este último de capital importancia para la tesis. Continuamos con la revisión de la filosofía de Marsilio de Padua plasmada en su obra más conocida, *El Defensor de la paz*, por la inclinación crítica al redefinir el rol de las jerarquías de la iglesia católica, dando lugar al planteamiento pionero de la universalidad de los *fieles* como titular de la autoridad civil y capacidad para constituir su gobierno. La valía de sus reflexiones habrá que entenderlas en el contexto de los años en que él las escribió y nos

³ Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid: Trotta, 2014, 17.

llevará a entender el principal conflicto europeo del siglo XIV: la disputa entre el Papa contra los emperadores o reyes que existían (y aún existen) en el antiguo continente.

El encuentro de 1492, entre Europa y la América de hoy, supuso la necesidad de aplicar criterios jurídicos disponibles en aquella época para asegurar una legalidad de la conquista. Esos fundamentos jurídicos fueron los que se hallaban en los derechos romano y castellano, que siempre bajo la interpretación cristiana escolástica, trataron de justificar la presencia española con la difusión de la fe católica y orientados por el dominio por ocupación ante las dudas teológicas y estado civilizatorio que recaían sobre los indígenas. Las contribuciones de Francisco de Vitoria en esta materia permitieron reconfigurar el derecho natural y el derecho de gentes constituyendo una de las principales fuentes que sentaría las bases del actual derecho internacional y los derechos humanos.

En el capítulo II estudiamos la configuración filosófica de la desigualdad que caracterizó la relación de España con las colonias del Nuevo Mundo que, asistida por las instituciones jurídicas indianas, explica, en parte, el fenómeno de la desigualdad en América Latina. Procuramos abarcar lo más relevante del pensamiento y acciones de Bartolomé de Las Casas en defensa de los pueblos nativos del continente que le llevó a ser pionero en la defensa de la igualdad entre seres humanos. Repasamos el contenido de algunas de sus obras realizando una especial mención a las *Treinta proposiciones muy jurídicas*. A la par, nos interesamos por el movimiento de la rebelión de los Comuneros de Castilla por ser la manifestación de un proto-republicanismo que ocurre

simultáneamente a las experiencias de las repúblicas italianas. Proseguimos con la indagación de los principales acontecimientos en América Latina que consideramos como la praxis de la emancipación y el republicanismo en acción, conjunto de las más importantes rebeliones en Suramérica (Comuneros de Paraguay, 1723-1735; Revolución de los Estancos en Quito, 1765; Túpac Amaru y lucha contra la usurpación, 1780-1781; Los tres Antonios en Chile, 1780-1781; y, Chuquisaca, La Paz y Quito, 1809) porque en ellas encontramos la traslación de las ideas constitucionales y republicanas emigradas desde Europa; la adaptación e intelectuales locales a dicho pensamiento y la evolución de las condiciones por las cuales se gestaba la emancipación y futura independencia americana.

El capítulo III, denominado «Constitucionalismo e independencia» presenta la génesis del iusracionalismo como una aplicación de la razón en el derecho, es decir, cómo una nueva manera de conocer había logrado superar la tradicional escolástica europea; para ese fin, nos interesamos en el trabajo de Francisco Suárez como uno de los más destacados representantes de la Escuela de Salamanca y su impacto en el pensamiento cartesiano, para intentar contemplar el tránsito desde el iusracionalismo hasta el constitucionalismo. Los tiempos de la razón habían llegado a Europa e inspirarían los cambios revolucionarios del siglo XVIII y, además, dados los vínculos con la América española, los flujos trasatlánticos de estas nuevas ideas empezarían a sembrar la semilla de la independencia americana. Nos ocupamos de investigar al utilitarismo como filosofía que se convertiría en uno de los pilares en la edificación del constitucionalismo y republicanismo europeo. Luego, pasamos a analizar brevemente los

hechos que motivaron la Constitución de Cádiz y la ocupación francesa de España, que dejaría temporalmente a la monarquía hispana (como a Portugal) sin la presencia del rey Fernando VII y a las colonias hispanoamericanas por primera vez, en tres siglos, sin la autoridad real que las oprima, desconociendo estas últimas a los funcionarios españoles que ejercían el poder en los territorios americanos. La investigación ahora se enfoca en repasar el regreso al trono del rey Borbón y el inicio de las guerras de independencia, por lo que efectuamos un estudio de la vida y obra militar, política y especialmente constitucional de Simón Bolívar, que consiguió la definitiva independencia de lo que hoy son seis países latinoamericanos (Venezuela, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú y Bolivia). Revisamos con especial atención los rasgos más relevantes del constitucionalismo y la creación de repúblicas, bajo la acción directa o influencia del Libertador venezolano.

Finalmente, en el capítulo IV, la tesis presenta un sucinto análisis sobre la consolidación del positivismo jurídico y su recepción en América Latina en la tarea intelectual y práctica que puso en marcha el maestro de Bolívar, el humanista Andrés Bello. Abordamos ineludiblemente el trabajo de codificación que Bello llevó a cabo en Chile y que dio lugar al nacimiento de un derecho civil muy sólido en ese país y en la región, que tuvo como finalidad permanente poner *orden* a las nacientes repúblicas latinoamericanas, a partir de regular las cuestiones de índole particular de los ciudadanos, sigue siendo su actualización según la Constitución, un reto para el constitucionalismo y republicanismo latinoamericano.

La tesis culmina con once conclusiones que cierran los resultados de la investigación.

Capítulo I

Fundamentación jurídica en los albores de la modernidad.

«De hecho, antes de organizar la sociedad, el derecho la imagina. Crea modelos mentales del hombre y de las cosas, de los vínculos sociales y de las relaciones políticas y jurídicas. Y, después, paulatinamente, da cuerpo institucional a este imaginario y para ello crea también los instrumentos conceptuales adecuados»⁴.

1.1.- Derecho natural y derecho positivo: de lo antiguo a lo premoderno.

En el constitucionalismo y en el republicanismo concurren derecho natural y derecho positivo, tanto en sus orígenes como en su desarrollo, lo cual podemos notar de manera especial en su implantación desde Europa a América Latina. A partir de esta hipótesis, el primer paso investigativo se centra en explorar los rasgos de confluencia entre los dos principales paradigmas del derecho, lo cual empezará en la revisión del origen de esta relación en Europa. La relación entre ambos puede apreciarse en diversas disciplinas del derecho, especialmente por la naturaleza de las ideas jurídicas que tanto en el pasado como en el presente, de manera separada o en interacción, comprenden generalmente la noción de igualdad, libertad y especialmente, justicia; pero el principal enfoque que nos interesa explorar es el de la filosofía del derecho y el de la historia de la filosofía

⁴ António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*, Madrid: Tecnos, 2002, 58.

del derecho por ser este el campo en el que mejor podemos valorar la interacción y los enlaces entre iusnaturalismo con el iuspositivismo.

Michel Troper plantea una sucinta conceptualización sobre derecho natural y derecho positivo⁵. Sobre el primero nos enseña que se reconoce a sí mismo y al positivismo, por lo que se da una posición dualista. Lo que sí opera es una primacía del derecho natural porque el derecho no comprende solo una recopilación de reglas, sino que concurre realidad que supera la participación del ser humano. Existe una dimensión *natural* del derecho que jerárquicamente es superior a cualquier regla de la sociedad. Respecto a la Edad Moderna, Troper indica que la única realidad es el individuo, y que cada hombre, en virtud de su propia naturaleza, posee derechos. Tales derechos se conocen como subjetivos y a través de la razón pueden ser conocidos al examinar la naturaleza humana.

La cuestión de la *naturaleza* como concepto base, desde el que se plantea un derecho natural, ha sido de siempre un debate central para la filosofía del derecho. De tal manera «[e]s preciso confesar que si uno de los ideales de una sociedad jurídicamente constituida es la certeza, en una coexistencia basada sobre los principios del derecho natural es donde reina el máximo de incertidumbre. Si la característica de un régimen tiránico es la arbitrariedad, habría que decir que el regido por el derecho natural es el más tiránico de todos, en cuanto que este gran libro de la

⁵ Michel Troper, *La filosofía del derecho*, trad. Teresa García-Berrio Hernández, Madrid: Tecnos, 2004, 36-41. Troper plantea la diferenciación entre derecho natural y derecho positivo al delimitar los temas que son ámbito del estudio de la filosofía del derecho.

naturaleza no suministra criterios generales de valoración y cada cual lee en él a su modo»⁶.

De allí que el derecho natural se vea afectado por el cuestionamiento sobre si puede ser considerado como un verdadero derecho. Partiendo de un ejercicio de asimilación contemporánea del concepto de derecho, Norberto Bobbio nos acerca a una necesaria crítica sobre el iusnaturalismo:

«Los juristas entienden por derecho un conjunto de reglas de la conducta humana caracterizadas por el hecho de que, en caso de violación, se las hace valer por la fuerza. Deriva de aquí que la obligación jurídica significa el deber de obrar en conformidad con una regla que prevé una consecuencia perjudicial en caso de violación; el derecho subjetivo significa el poder de constreñir directa o indirectamente a aquel que está obligado; y se dice que un orden jurídico existe de hecho cuando el conjunto de reglas viene establecido por un poder que dispone de una fuerza suficiente para obtener su respeto (principio de eficacia). Toda regla de conducta atribuye facultades, poderes y deberes; pero sólo la regla de conducta de carácter jurídico, según el uso lingüístico de los juristas, atribuye facultades, poderes y deberes garantizados por un poder coactivo organizado»⁷.

Luego, descifra el objeto de la principal crítica hacia el derecho natural, que, si bien se la expone como aportación de la filosofía del derecho de la actualidad, no excluye el resultado de la propia crítica que filósofos y juristas mantuvieron a lo largo de los siglos: «Ahora bien, lo que falta a la ley natural es precisamente el elemento característico del derecho, es decir, la eficacia. El derecho natural es un derecho desarmado. Nadie niega que sea capaz de expresar una exigencia, una proposición de un derecho futuro, pero mientras no encuentre la fuerza

⁶ Norberto Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid: Trotta, 2018, 160.

⁷ Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, *op. cit.*, 156.

para hacerse valer no es derecho en el sentido corriente de la palabra, es, como mucho, derecho en un sentido equívoco o incluso incorrecto»⁸.

Si nos centramos en la cuestión de la eficacia del derecho natural, en el sentido de su incidencia en la conducta individual y colectiva, podemos cuestionar la valoración que presenta este autor, debido a que el derecho natural resultó efectivo como forma de regular a la sociedad por alrededor de dos milenios.

Siguiendo la misma línea de análisis, si para quienes respaldan esta posición sobre la negación del derecho natural como derecho, entonces ¿qué es o en qué consiste el derecho natural? Bobbio despeja esta inquietud a partir de la distinción entre la moral y lo que sería una teoría de la moral para luego presentar una definición de lo que considera derecho natural: «Pero el iusnaturalismo ¿es un sistema moral? ¿Y qué sistema es? (...) *el iusnaturalismo no es una moral, sino una teoría de la moral*. En otras palabras: lo que tienen en común las doctrinas que a lo largo de los siglos han recibido el nombre de derecho natural no es el hecho de haber propuesto o predicado una moral determinada, sino de haber sostenido un determinado fundamento o una determinada justificación de la moral, *cualquiera que sea su sentido*»⁹.

Esta definición menciona que el derecho natural está caracterizado por contener siempre enfoques que tienen que ver con la moral, que es precisamente una de las críticas que luego se realizan al positivismo jurídico por el divorcio entre el derecho (lo que en sí es

⁸ *Ibid.*, 156.

⁹ *Ibid.*, 171.

derecho conforme al positivismo jurídico) y la moral. Bobbio nos lleva a la ineludible comparación entre conceptos de *moral*, y lo que es una *teoría de la moral* puesto que en tal distinción radica el derecho natural y su extenso y milenario desarrollo en diversos momentos históricos del pensamiento, antes y después del cristianismo, antes de la modernidad, antes y después de la conquista de la América y su comentado resurgimiento a partir de las dos guerras mundiales. Sobre la idea de moral, el autor italiano que estamos siguiendo, dice:

«Entiendo por «moral» un conjunto de prescripciones sobre la conducta humana en general, ordenadas sistemática y jerárquicamente en torno a algunas máximas fundamentales, habitualmente inspiradas por la aceptación de un valor considerado como preeminente. Las morales suelen distinguirse por la particular relevancia otorgada al valor preeminente que las informa, de manera que se habla de ética de la libertad, la justicia, la compasión, la caridad, la perfección, la solidaridad, la utilidad, la fuerza, la potencia, la paz, el bienestar y así sucesivamente, y algunas veces, y de forma menos clara, a partir de la escuela o el autor que las ha elaborado y predicado, de manera que se habla de ética cínica, estoica, epicúrea, tomista, libertina, calvinista, puritana, espinosiana, kantiana, spenceriana».¹⁰

Ahora, acerca de lo que constituye una teoría de la moral, expresa: «Entiendo, en cambio, por «teoría de la moral» un conjunto de elementos elaborados de forma ordenada, cuya finalidad es proporcionar a una moral, cualquiera que sea, una justificación racional, que debe estar normalmente en condiciones de persuadir a los demás para que la acepten»¹¹. Esta posición respecto al derecho natural, examinada desde lo próximo al positivismo, puede ser confrontada con planteamientos que tiendan a ser más equilibrados y examinen con mayor detalle la evolución del derecho natural como un verdadero derecho que logró el

¹⁰ *Ibid.*, 171.

¹¹ *Ibid.*, 171.

funcionamiento de sociedades en el pasado, en especial en su etapa clásica¹².

Lo *natural* del derecho natural podría tener un posible nuevo enfoque en el presente porque contamos con conocimientos, técnicas y metodologías de algunas ciencias sociales como la antropología, la sociología, la economía, la psicología o la criminología con las que se pueden explicar algunos fenómenos que podríamos catalogar como *naturales* del ser humano, como la dimensión y dinámicas de la cultura en diferentes pueblos originarios y las relaciones entre culturas, incluida la relación de aquellas que son hegemónicas de raigambre colonizador; conductas según la edad de las personas, complejos, psicopatologías; la producción, oferta y demanda de bienes y servicios, la consideración de lo que es o no la riqueza; podemos acceder a datos que nos permiten entender la criminalidad; el comportamiento violento de organizaciones macro y micro criminales.

Otras manifestaciones que acerca de la *naturaleza del ser humano* (que antes no se podían explicar por carecer con la solvencia de las ciencias sociales que hemos anotado) que, cuyo intento de legitimación sí recurría y defendía el llamado derecho natural, son las que explica Hervada al traer en mención una aproximación conceptual sobre la teoría clásica del derecho natural:

«(...) Todo ordenamiento jurídico se edifica sobre un fundamento de derecho natural, de modo que el derecho natural es base, cláusula-límite y principio informador del ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la estructura

¹² Véase José Justo Megías Quirós, «Derecho natural clásico, derecho natural moderno y positivismo», *Quaestio Iuris* 16, nº 4 (2021): 1881-1909.

jurídica de la sociedad civil se fundamenta en una estructura natural. La socialidad humana es un fenómeno natural, que obedece a la ley natural. Los hombres no son, por naturaleza, tan sólo sociables, esto es, capaces de sociedad, sino que son socios, forman sociedad. Por lo tanto, la sociedad es un fenómeno natural, que obedece a una ley natural. En este sentido, la tradición clásica ha rechazado la tesis del origen humano de la sociedad; en concreto, las afirmaciones del iusnaturalismo racionalista y del liberalismo decimonónico, que ponían en el pacto o contrato social el origen de la sociedad. Análogamente, el poder político y la soberanía son situaciones jurídicas de derecho natural (...)»¹³.

Al redactar una tesis sobre constitucionalismo y republicanismo, su génesis en la dimensión europea (especialmente de índole hispana) y su viaje hacia América Latina, consideramos importante una discusión acerca del derecho natural y su evolución; así como su contraste con el derecho positivo, porque en su estudio apreciamos un tratamiento diverso acerca del poder, el derecho, la justicia, la moral, la libertad, la igualdad, conceptos que son el fondo mismo de la investigación.

Strauss orienta la manera por la que podemos estudiar derecho natural, cercana a la practicidad de lo cotidiano de lo político y no con la rigurosidad de la ciencia. Esto se entiende si tenemos en cuenta los tiempos en los que aparece y evoluciona, pero también que previo a su existencia la vida en sociedad, por lo tanto con expresiones de poder, ya era una realidad: Propone que «[p]ara comprender el problema del derecho natural, no se debe empezar pro a la comprensión “científica” de las cosas políticas sino por su comprensión “natural”, es decir, por la manera en que estas se presentan en la vida política, en la acción, cuando son asunto nuestro, cuando tenemos que tomar decisiones. Esto no quiere decir que la vida política conozca necesariamente el derecho natural. El

¹³ Javier Hervada, *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural* (Pamplona: Universidad de Navarra, 2006), 15.

derecho natural tuvo que ser descubierto, y hubo vida política con anterioridad a ese descubrimiento»¹⁴.

La historia y la filosofía nos ofrecen la oportunidad de descifrar el momento en el que la *naturaleza* se convierte en la base de las discusiones que son propias del derecho natural. Mientras la idea de la naturaleza sea desconocida, la idea del derecho natural debe ser desconocida. El descubrimiento de la naturaleza es obra de la filosofía.¹⁵ Ese instante de la filosofía, como lo veremos más adelante, empieza con Sócrates. Se habla de un descubrimiento de la *naturaleza* como un aporte del derecho natural porque no existe una elaboración filosófica, en cualquiera de sus ramas, antes que lo haga el derecho natural para poder explicar los problemas tan variados del poder, de la ética, de la justicia, etc., quizá podríamos hallar desde un enfoque más antropológico la mejor aproximación que se pueda hacer al concepto de *naturaleza*, pero el derecho natural tomó ventaja en la historia como conocimiento útil para abordar estas problemáticas.

Esto nos sirve para reflexionar, desde un análisis jurídico típico, el de las fuentes del derecho, ¿cuál sería la principal fuente del derecho natural si es que este reconoce su coexistencia con el derecho positivo? Lo que nos lleva a traer en cuestión el problema en qué consistía, antes de descifrar a la naturaleza como punto de partida del derecho natural, distinguir lo que era propiamente natural de aquello que no lo era, porque no se había delimitado, ni identificado a la naturaleza, a la cual Strauss se acerca haciendo notar un antes y después: «(...) es un término de

¹⁴ Leo Strauss, *Derecho natural e historia* (Buenos Aires: Prometeo, 2013), 133.

¹⁵ *Ibid.*, 133.

distinción. Previo al descubrimiento de la naturaleza, el comportamiento característico de toda cosa o toda clase de cosas era concebido como su costumbre o su manera»¹⁶.

La costumbre, como fuente del derecho natural, tiene preponderancia en sus inicios y en el transcurso de las distintas fases del iusnaturalismo, porque es la heredera de la noción previa a la distinción en *physis* y *nomos*¹⁷. Es la reinterpretación de la costumbre lo que facilita la conversión en derecho natural de cualquier otra filosofía de la moral, que, en esencia, serían los presocráticos. ¿Cuál es la costumbre que se convierte en vinculante para el individuo y que podríamos entenderla como fuente del derecho antes del derecho natural? La respuesta, no solo desde la filosofía, sino desde la antropología, estaría encaminada a ubicar aquella costumbre o manera que es la propia, la del grupo humano más cercano, que recibe una tradición que, transmitida en el tiempo, la procesamos como ancestralidad.

Strauss explica que el factor moral de considerar a lo antiguo y propio como lo bueno y lo que va en contra de ello como malo¹⁸, no se agota en tal análisis, sino que para llegar al nivel de ser considerado jerárquicamente superior debe llegar al plano de lo divino, de la deidad. Así, por lo tanto, lo ancestral nos da una identidad porque al ser de la

¹⁶ *Ibid.*, 134.

¹⁷ Es decir, la que facilita la observación, en el tiempo, de un estado anterior de la sociedad que no considera a un orden superior (natural) y que, en adelante, pretende regular el derecho natural. «Frente al orden establecido (leyes de la ciudad, sus usos, sus costumbres, etc.), producto de la sociedad y sus tradiciones, se alzaría la naturaleza (*physis*) -en cierto sentido distorsionada y aherrojada por el orden establecido (*nómos*)- con un orden natural (la fuerza, el poder, etc.) destinado a destruir y cambiar el orden establecido». Javier Hervada, *Temas de Filosofía del Derecho*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2012, 162.

¹⁸ *Ibid.*, 135.

propia comunidad, las costumbres nos mantienen unidos (como vinculante del derecho) y al ser estimados los ancestros como divinos, se facilita un *orden* al cuerpo social que lo mantiene cohesionado, y no disperso, ni nómada.

La primera fase del iusnaturalismo sucede en el tiempo a la amplísima concepción mitológica, fundada en la indeterminación entre sociedad y naturaleza, se personifican como humanos a elementos de la naturaleza que da paso a la construcción de una divinidad o divinidades con autoridad en el ámbito de lo que representan. Esta es una especie de constante histórica y cultural que se presenta no solo en Europa, con la mitología griega y romana, sino en otras partes del mundo, como en la propia Latinoamérica¹⁹. Sin embargo, en el hilo conductor y justificación de esta investigación nos interesa Europa por su transitar en los rasgos que han tenido influencia en el adelanto civilizatorio difundido por todo el mundo, con el propósito de asociarlo, con sentido crítico, a su traslado a la geografía del Sur, es decir, de América Latina.

El mito²⁰ coincide con el derecho natural en cuanto le facilita representaciones culturales que subyacen en la sociedad que empieza a convertirse, paulatinamente, en una sociedad compleja, no solo en la

¹⁹ Por ejemplo, con la perteneciente a la cultura inca y la significación de Viracocha, Inti, Mama Quilla y la Pacha Mama y un alcance ancestral a los actuales territorios de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile y Argentina. Otras expresiones del pensamiento no occidental nos ofrecen una representación mitológica que diversos pueblos de culturas tempranas veneraron, como los sumerios, babilonios, egipcios, asirios, etc.

²⁰ Véase: Diego Zambrano Álvarez, «El rol del mito en la filosofía del orden y del Derecho», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 21 (2018): 47-75. Incluso, una forma de mito tendría presencia en nuestro tiempo, debido a las proyecciones de creencias y representaciones que experimentamos sobre el derecho legislado, sea por Asambleas Constituyentes como por órganos legislativos constituidos.

cantidad de habitantes que dejan territorios dispersos para acentuarse en la ciudad, cuanto en la diversidad, acuerdos y oposiciones de los intereses y aspiraciones que en ella existen. Los mitos declinaron gradualmente en la historia ante el devenir, igualmente progresivo, del *logos*, que, a su vez, fue caracterizando diferentes etapas del iusnaturalismo.

Gustav Radbruch orienta el entendimiento del derecho natural de una manera concisa e integral: «Toda Filosofía del Derecho desde su comienzo hasta principio del siglo XIX ha sido Derecho Natural. Desde luego, con esta designación se comprenden manifestaciones de diverso género. El derecho natural de la antigüedad giraba en torno a la oposición entre naturaleza y norma, el medieval se preocupaba de la existente entre derecho divino y humano, y el derecho natural moderno de la oposición entre coacción jurídica y la razón individual»²¹.

A partir de esta reflexión nos acercamos al impulso histórico del derecho natural. El punto de partida es la identificación de la sofística en el siglo V a. C. y las aportaciones que se empezaron a presentar en el campo de la medicina para discernir de manera integral el concepto de la *naturaleza humana*, que desde la superación cosmológica hacia la precisión antropológica tendría sentido estudiar luego de haber empezado a separar al mito divino de la realidad social. Esta temática será el objeto del derecho natural hasta los albores del constitucionalismo moderno al tratar la cuestión de la dignidad humana y estaría presente en las discusiones más importantes del derecho y la filosofía.

²¹ Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*, trad. José Medina Echavarría, Madrid: Reus, 2008, 59.

La medicina, o, mejor dicho, las representaciones del arte médico se centraron en la concepción del ser humano asociado entre sus aspectos físicos y su dimensión moral y ética²². La enfermedad no solo era lo que le ocurría al cuerpo, sino que podía vincular a una enfermedad moral de los individuos. Welzel dice al respecto: «Desde este concepto médico de la naturaleza como constitución corporal del hombre, era poca la distancia que habían de salvar los sofistas para llegar al más amplio concepto de la naturaleza humana como una totalidad de cuerpo y alma, en la que se incluían sus cualidades morales y sociales. Este pequeño paso había de revestir, empero, enormes consecuencias, pues con él da comienzo la milenaria y cambiante historia del Derecho Natural»²³.

La triada Sócrates, Platón y Aristóteles marcarían las diferencias y puntos de inflexión entre *physis* y *nomos*. Una primera referencia a la justicia, como valor fundamental del derecho, se encuentra en los *diálogos* que Platón presenta sobre las circunstancias de la muerte de Sócrates quien había sido sentenciado a la pena capital por contrariar las creencias religiosas atenienses y por corromper a la juventud²⁴, delito que era conocido como *asebeia*. Este tratamiento socrático, acerca de un tema tan importante para la filosofía como es la justicia, tendría una característica apreciable en la filosofía pre platónica: lo subjetivo o lo relativo. La necesidad de obtener una verdad como consecuencia de la comprobación de verdades innegables, que estuvieran fuera de todo

²² Juan Carlos Alby, «La concepción antropológica de la medicina hipocrática», *Enfoques* 16, n° 1 (2004): 5-29.

²³ Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho, derecho natural y justicia material*, trad. Felipe González Vicén, Buenos Aires: B de F, 2011, 7.

²⁴ Una exploración de posibles causas del juicio y sentencia a muerte de Sócrates se vincula con un margen de aceptación a motivos políticos. Esta posición puede ampliarse en: Juan Pablo Ramis, «Reflexiones sobre el trasfondo político en el juicio contra Sócrates», *Atenea (Concepción)* 491 (2005): 57-69.

vestigio de duda, incluso ante la percepción general del cambio, es la novedad del pensamiento de Platón y base de su pensamiento, trasladándose a su discípulo Aristóteles.

A esto lo conocemos como teoría de las ideas, en un sentido general, y en el campo específico de lo iusfilosófico se denomina como idealismo jurídico.²⁵ Se plasma en su obra *Eutifrón*. Consiste en uno de los diálogos de Platón, donde Sócrates²⁶ se encuentra con Eutifrón en el lugar llamado Pórtico del Rey, para hacer frente a una acusación por corromper a la juventud. Eutifrón estaba en aquel lugar de procesamiento de crímenes para denunciar a su padre porque este había dado muerte a un colono de sus propiedades quien a su vez había matado a uno de los esclavos de la familia de Eutifrón.

La temática del diálogo versa sobre la piedad y la justicia, pero la relevancia de este diálogo para la teoría de las ideas radica en la forma en que Platón enuncia su razonamiento, cuando confronta dos posiciones, con el propósito de llegar a una conclusión que sea inamovible, fija, eterna, siendo esa clase de consumación racional denominada como *ideas*.

²⁵ Denominación que presentan Wolfgang Naucke y Regina Harzer cuando sistematizan en orden cronológico las tipologías de filosofía del derecho. Tal agrupación es la siguiente: 1) Idealismo jurídico: Platón; 2) Teología jurídica: Tomás de Aquino; 3) Realismo jurídico: Maquiavelo; 4) Derecho Natural: Rousseau; 5) Filosofía del derecho científicamente garantizada: Kant; y, 6) Filosofía del derecho como historia de la filosofía: Hegel. Wolfgang Naucke y Regina Harzer, *Filosofía del derecho. Conceptos básicos*, Buenos Aires: Astrea, 2008, 16-128.

²⁶ Personaje central en la mayoría de los diálogos de Platón, al menos en los más relevantes de su obra.

Algo similar a lo que ocurre con las matemáticas. La inquietud de Platón, expresada por Sócrates en el diálogo, es: «¿Acaso todo lo justo es pío, sino que una parte de ello es pío y la otra parte no»²⁷. Construido un marco de una verdad inmutable es posible edificar la noción de un derecho ideal, o sea, de un derecho pensado a partir de la rigidez de la verdad que significan las ideas.

Pese a que aquí se presenta la mayoritaria aceptación de una génesis del derecho natural, que se levanta sobre contenidos jurídicos que gozan de validez universal, no es menos cierto que las motivaciones Platón se enfocaban en la superación de la subjetividad, como se había anotado anteriormente, por lo que la rigurosidad de un razonamiento que sea permanente, pretendía ser objetivo, riguroso y estable, por lo que ello nos lleva a la posibilidad que aquí podríamos hallar una aproximación a la concepción que se tiene de un riguroso positivismo jurídico. Precisar acerca de lo que es justo o injusto es posible desde el proceso de la racionalidad que permite acercarnos a las *ideas* de lo bueno y lo malo.

En este momento de la historia de la filosofía no hay relación alguna entre el razonamiento y una teología hegemónica como la que siglos después implantaría el cristianismo, por lo que el proceso de distinción entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, está al pleno alcance el hombre y no es una concesión de dios. Tener la capacidad de distinguir las verdades irrefutables consistentes en ideas no es una cualidad universal de los hombres, sino que solo puede ser alcanzado por aquellos que se enmarcan en el rol de filósofo quien con sus reflexiones

²⁷ Platón, «Eutifrón», en *Diálogos I*, Madrid, Gredos, 2011, 61.

puede alcanzar la verdad, mientras que la mayoría ha de permanecer en las consecuencias de no poder diferenciar lo bueno de lo malo.

A partir de esta idea, observamos que la filosofía de Platón sirve para dar paso a una elaboración teórica de la política, una teoría que reserva en exclusividad para los filósofos el desempeño del poder en la sociedad, tal como lo expone en *La República*, como lo reseñamos: «Filósofo, fogoso, rápido y fuerte, por consiguiente, ha de ser, por naturaleza, el que pueda llegar a ser el guardián señorial de nuestro Estado»²⁸.

En Aristóteles hallamos características definitorias de un iusnaturalismo que se estructura de la mano de su filosofía. Conforme lo explica Ruiz Miguel²⁹, el iusnaturalismo aristotélico muestra dos aristas: una de carácter metodológico y otra que versa sobre la ética. La metodología aristotélica iusnaturalista se subdivide en dos partes: el teleologismo y el conocimiento práctico distante de dogmas y retórica. Así, de «[l]a clave del racionalismo aristotélico es la comprensión de las cosas en función de fines, no de causas, esto es, en función del destino al que las cosas se dirigen antes que del origen del que proceden»³⁰. Esta concepción epistemológica sería preponderante en la antigüedad y tendría una vigencia extendida hasta el surgimiento de la ciencia moderna que pasará a entender los fenómenos de la naturaleza y de la sociedad a partir del conocimiento de sus causas.

²⁸ Platón, «La República», en Diálogos II, Madrid, Gredos, 2011, 68.

²⁹ Véase: Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos, de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2009, 27-44.

³⁰ Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos, op. cit.*, 28.

Esta explicación no significa que Aristóteles no haya analizado el concepto de *causa*, sino que su interpretación implicaba conocer elementos sobre los que, por paradójico que parezca, se estructuran a partir de una *causa final*. Aristóteles distinguió hasta cuatro tipos de causas del devenir (material, formal, eficiente, final).³¹ El tiempo es uno de los diferenciadores para determinar que existen unos acontecimientos que actúan con fuerza desde el pasado hacia el futuro, que sería la causa eficiente, y que hay otra fuerza que absorbe los hechos del pasado desde el futuro, es decir, lo que viene determina el objeto desde donde viene, o lo que es, para lo que sirve, que vendría a ser la causa final.

Naturaleza y fin tienen una relación de inmanencia, y son apreciables tanto en el hombre como en el resto de objetos que le rodea. El tiempo futuro, como anotábamos anteriormente, define, como fuerza que atrae al pasado la adherencia sobre el destino de las cosas, que hasta podríamos hablar de un *orden natural* del que no podemos salirnos porque es hacia lo que estamos ineludiblemente predestinados, ya que, el «futuro está dado», el «futuro ya está configurado», intentar salir de él resultaría atentatorio o antinatural.

Uno de los ejemplos que señala Contreras es la «causa final de las transformaciones (germinación, crecimiento) que experimenta la semilla es el árbol en el que terminará convirtiéndose: el árbol está «llamando» a la semilla desde el futuro (...)»³². No hablamos aquí de Dios cuya voluntad es el tiempo futuro al que tienen las cosas y el hombre, por lo que en Aristóteles encontramos un derecho natural que

³¹ José Francisco Contreras, *La filosofía del derecho en la historia*, Madrid: Tecnos, 2016, 16.

³² *Ibid.*, 16.

puede ser empleado para justificar lo bueno o lo malo de cualquier *orden natural*, como luego haría el cristianismo, pero bien pudo ser otra religión o incluso una razón no teísta, que nos llevaría distinguir la *causa final* del ser humano y de las cosas en variaciones de durabilidad, donde pensaríamos que podrían existir causas finales finitas y causas finales infinitas.

Aquella idea de ley eterna, que es transversal en el derecho natural, tiene sentido si nos referimos a los mandatos del tiempo, en el que, tanto el hombre como las cosas, finalizan, culminan, sin embargo, esto sucede en un devenir en el que el proseguir de la vida de otros hombres y cosas, que parece no tener fin, que se muestra como eterno. En este punto es necesario que hagamos una digresión para señalar la magnitud de la obra de Aristóteles, de la que siempre es muy complejo aproximarse dado los ámbitos tan diversos que su conocimiento abarcó que, como señala, podríamos, en verdad, referirnos a un «*corpus aristotélico*» que abarca Soto: «lógica, retórica, poética, física, cosmología, zoología, psicología, metafísica, política y ética»³³.

Ahora, llegamos a una pregunta crucial para la filosofía de Aristóteles: ¿cuál es la naturaleza del hombre? La respuesta que se nos ofrece es que la naturaleza del hombre es la de un animal racional y político que procura ser *bueno* o encontrarse con el *bien*, es decir, vivir bien. No hay que olvidarse lo que anotábamos en líneas anteriores, en el iusnaturalismo aristotélico la ontología tiene un alto grado de condicionamiento axiológico, donde se confunden el ser y su bondad o

³³ Luis G. Soto, *Teoría de la justicia e idea del Derecho en Aristóteles*, Madrid: Marcial Pons, 2011, 61.

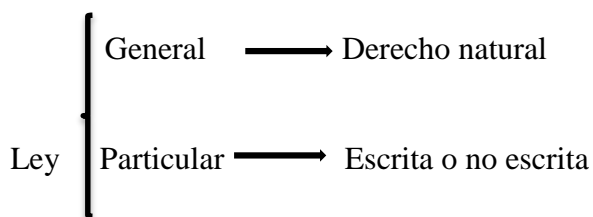
maldad. Ruiz Miguel manifiesta que, debido a esa doble naturaleza, la de racionalidad y la de político, el conocimiento que llega a tener el hombre evidencia una doble presentación: teórico y práctico³⁴.

Por su parte, la felicidad debe presentar un equilibrio entre la ciudad y el individuo. No se pueden trasgredir las acciones personales bajo el beneficio colectivo, entendido como un absoluto, y tampoco se puede acometer contra la ciudad ante el argumento de buscar la felicidad de uno. Megías Quirós, cuando analiza las ideas políticas del filósofo de Estagira, aprecia esta proporción anotando que «el valor de cada persona era inconmensurable y se le debía reconocer un margen de libertad; sin embargo, el hombre sólo podía alcanzar la felicidad deseada por naturaleza si se integraba armónicamente en la polis y colaboraba en la consecución de sus fines comunes»³⁵. Esta consideración acerca de la felicidad la podemos observar en este estado inicial del derecho natural en la esfera de lo individual, aún no como fin de la comunidad política, pero tiene un resurgimiento como planteamiento, ya convertido en colectivo, en la historia del republicanismo, tanto europeo como americano.

³⁴ En cuanto a la teoría, pone en relieve que son los filósofos los llamados a desplegar ese conocimiento debido a que es una concesión de los dioses, mientras que lo práctico se asocia a una serie de virtudes que son inherentes a la política, donde cobran alto sentido el orden, asociado a la justicia, y de manera muy especial la ética, porque por medio de ella se enfoca el conocimiento aristotélico para alcanzar la *vida buena* como resultado general de la búsqueda constante de la *felicidad* que implica el fin al que se orientan los hombres (el ser humano).

³⁵ José Justo Megías Quirós y Leticia Cabrera Cano, *Historia de las ideas políticas, de la democracia griega a la monarquía medieval*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2015, 66.

La retórica y la dialéctica³⁶ son la manifestación del *razonamiento* que se vincula con la naturaleza política del hombre porque el conocimiento que genera puede llegar a todos los integrantes de la comunidad política. Es decir, es un conocimiento general, a diferencia de la exclusividad de los filósofos para alcanzar el conocimiento teórico. A partir de esto, siguiendo a Welzel planteamos una especie de clasificación de la ley que anotamos a continuación:



Elaboración propia, a partir del texto de Welzel³⁷.

Como podemos notar en la gráfica, esta clasificación nos ofrece una interacción entre positivismo –debido a la ley escrita como escenario de la ley- y el iusnaturalismo, que responde a la ya comentada importancia de la retórica y de la dialéctica en la que las controversias legales podían solventarse a través de una argumentación que, dependiendo de la defensa de una ley escrita, habría de invocarse la generalidad de uno de los campos del derecho natural, mientras que, de ser lo contrario, se debería sostener la aplicación de la primera. Toda esta

³⁶ Una comparación entre ambas la encontramos en Ruiz Miguel: «La disputabilidad de sus argumentos esencialmente asociada a su plausibilidad o capacidad de persuasión, es la sustancia común a la dialéctica y a la retórica, que sin embargo no son para Aristóteles del todo idénticas, sino «correlativas» o paralelas, debido a su distinta forma y uso: mientras que la retórica, como arte de persuadir mediante la palabra hablada, es una técnica o arte del discurso o monólogo, cuyo principal ejemplo es la oratoria forense, en cambio, la dialéctica, como arte del razonamiento probable, es una técnica o arte de la discusión, del diálogo, esto es de la argumentación «dialógica»» Véase: Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, op. cit., 30.

³⁷ Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., 11.

construcción del derecho natural muestra su capacidad para gestionar los conflictos y asuntos que se presentan en la polis (públicos y privados) por lo que, la constitución de una *res publicae* podía ser posible si se tenía presente un medio para que los miembros de la comunidad resuelvan sus diferencias.

Otro enfoque sobre el iusnaturalismo es el que recopila Dorado Porras a partir de los trabajos de Bobbio, presentando su división del iusnaturalismo: clásico, medieval y moderno. La explicación resulta pedagógica a la hora de conocer el tratamiento que Bobbio otorgó a esta cuestión:

«En cuanto a las diferencias ideológicas, el iusnaturalismo medieval, debido a la influencia aristotélica, sostiene la afirmación de la naturaleza sociable del hombre, mientras que el iusnaturalismo moderno utiliza como punto de partida, de forma general, la constatación de su naturaleza egoísta. De esta consideración inicial del individuo aislado, deriva la comprensión de la sociedad como un agregado de individuos, y se construye un modelo en el que se subraya lo privado frente a lo público y se configura una propuesta negativa respecto a los ámbitos y competencias del Estado, sentándose las bases del primer modelo liberal. Así, el iusnaturalismo moderno se desarrolla la teoría de los derechos naturales netamente individuales, mientras que en el iusnaturalismo clásico y medieval los derechos se vinculan a la comunidad»³⁸.

La impronta aristotélica en la filosofía tuvo importantes modificaciones. Quizá su relación más estrecha con el derecho se exhibe acerca de sus aportes metodológicos y la generación de conocimiento, que ya se expuso anteriormente, y sobre su planteamiento de la idea de justicia, a la cual nos aproximamos en el análisis de Contreras:

³⁸ Javier Dorado Porras, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Madrid: Dykinson, 2004, 52.

«(...) el término «justicia» tiene dos acepciones en Aristóteles: la justicia «total» y la «parcial». La justicia «total» no es sino la suma de todas las demás virtudes; carecería en realidad de un contenido propio: consistiría en una metavirtud omnicomprendiva; «hombre justo» sería, en esta primera acepción, simplemente sinónimo de «hombre virtuoso» (u «hombre cumplidor de las leyes» -hay que entender de las leyes morales- (...))

Pero la justicia «parcial» sí sería una virtud más, con un contenido específico (...) existen dos modalidades: justicia distributiva y la sinalagmática; y esta última, a su vez, se desdobra en otras dos: justicia conmutativa y justicia penal (...))³⁹.

Como apreciamos, la justicia total aristotélica es una justicia que se entiende como perfecta por el absoluto cumplimiento del mandato de la ley. En cierta manera, se plasma la enseñanza socrática acerca de los beneficios que trae el cumplimiento de las leyes. No encontramos un margen de excepción alguna, por lo que el *cumplimiento* es la razón esencial de lo justo, esto debido a que así es como se mantiene el orden. Ahora, en el plano de la justicia particular, pese a que Aristóteles no abordó el derecho de forma específica, su trabajo resulta significativo para la puesta en marcha de un complejo e histórico entramado jurídico. La justicia particular se aprecia en la justicia distributiva como aquella que surge de la relación entre los ciudadanos y el Estado, que en la actualidad nos llevaría al plano del derecho público, por lo que no debemos pensar a Aristóteles como un filósofo exclusivo de la individualidad⁴⁰.

³⁹ Francisco José Contreras, *La filosofía del derecho en la historia*, op. cit., 29.

⁴⁰ Es casi una tradición visualizar la figura del Estagirita como una de las bases de la filosofía del individualismo, cerrándose toda oportunidad a contemplar la posibilidad de una distorsión, en especial si consideramos el largo trayecto de sus obras y de los cuantiosos traductores por lo que ha debido atravesar. Véase Aurelio de Prada García, «¿"Individuo" o "Uno de nosotros"? Aristóteles y los prejuicios individualistas no percibidos», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, nº 56 (2021): 347-374.

El factor por el que se han de cumplir con las distribuciones en la sociedad son los *méritos* que son entendidos como la escala de contribuciones que realizan los diferentes estamentos de la *polis*, de tal manera, como explica Contreras: «[L]os democráticos lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristocráticos en la virtud»⁴¹. El grado de contribución determina el grado de legitimidad para esperar la medida de la distribución, por lo que, siguiendo los mismos criterios, lo que se espera recibir en la esfera democrática es la repartición de los recursos por igual, las oligarquías estiman que aportan y por ello esperarían que el Estado les entregue más y por último, la distribución que argumenta la aristocracia va de la mano de la virtud que dicen haber entregado a la comunidad.

¿Qué son las virtudes para Aristóteles? Podemos definir las como hábitos (*hexis*) favorecedores de la felicidad. Distingue dos tipos de virtudes: las intelectuales y las morales. Las primeras tienen que ver con el correcto uso de la inteligencia; las segundas, con la domesticación y modulación de las emociones y las pasiones.⁴² La justicia sinalagmática, la podemos vincular con lo que entendemos como derecho privado porque se manifiestan entre particulares. Aquí, el argumento central de la práctica de la justicia ya no radica en la virtud, sino en la igualdad entre las personas.

Esta justicia presenta una primera subdivisión en la justicia conmutativa, que consiste un interesante aporte de Aristóteles para la economía, debido a que lo que se entiende por objeto de conmutación es

⁴¹ *Ibid.*, 29.

⁴² *Ibid.*, 24.

el cambio justo o proporcional de los objetos, que nos lleva a la noción del *valor de cambio* de los productos. No podríamos aceptar que en la compraventa de una casa una persona pague con dos manzanas, porque no se pueden conmutar como iguales el intercambio de estos bienes⁴³.

Existe otra condición en esta conmutación, que el intercambio de los bienes responda a la voluntad de las personas, que nos lleva a la complejidad de los contratos. Los tratos voluntarios que se pactan en las relaciones privadas de las personas, desde los más simples y sencillos hasta los de mayor tamaño que se preservan con justicia si las medidas de intercambio corresponden a factores propios de la realidad material de esos bienes⁴⁴. Cuando estamos frente a situaciones donde no media de la voluntad de ambas partes sino solo de una y con perjuicio de otra se manifiesta la justicia penal, así es como Aristóteles presenta el castigo que debe operar en estos casos, precisamente porque se afecta el modo de trato que debe primar en base a la voluntad, es decir, una persona que sufre un delito recibe una acción contra su voluntad.

Estos son los rasgos del aristotelismo que tendrían una fuerte influencia luego de más de mil años, cuando el ya posicionado cristianismo, en Europa, recién pueda acceder a sus obras, siendo Tomás de Aquino el responsable, no solo de retomarlos, sino de reinterpretar sus enseñanzas bajo la óptica del cristianismo.

⁴³ Esta forma de comprender la justicia conmutativa la vemos ampliada en la actualidad más allá de las relaciones entre particulares y pasa al ámbito de la relación entre el Estado y los particulares, como en los casos del ejercicio de la potestad de expropiación, donde el justo pago consiste en un precio justo que hemos de recibir en caso de ser objeto de una expropiación.

⁴⁴ Por ejemplo, mal podríamos pagar con unos pocos céntimos de euros la adquisición de un ordenador portátil de alta generación.

Antes que analicemos la recepción del aristotelismo en el tomismo, hemos de abordar esencialmente a Cicerón⁴⁵, insigne republicano romano, quien representa una de las variables del derecho natural del mundo antiguo que, retomado en los albores de la modernidad, establece las cimientos del republicanismo moderno, en Europa, y consiguientemente en América. En el punto de inicio del pensamiento de Cicerón se encuentra un concepto que no era nuevo para su tiempo, nos referimos a la *virtud*, a la cual ya tratamos en el campo de la justicia sinalagmática de Aristóteles.

«El término *virtù* procede, obviamente del latín *virtus* y de la raíz *vir*, que significa hombre. Se trata de aquella cualidad o conjunto de cualidades que estarían en la base del actuar propio del ser humano por contraposición a las bestias y los brutos»⁴⁶. La virtud aparece como una cualidad para el ejercicio práctico de la vida en comunidad y de su gobierno, antes que de reflexiones teóricas o filosóficas complejas acerca del desempeño. Por medio de la «*virtù* o de la *phònesis* no se trataría tanto de determinar la rectitud de un actuar como de fijar la justeza del criterio según el cual elegimos esa concreta forma de actuar»⁴⁷.

La virtud implica asumir las actividades que demanda la ciudad o comunidad política, es una demostración del compromiso natural que

⁴⁵ Destacado en la historia por su doble desempeño como intelectual y político. Un perfil biográfico de Cicerón y rasgos de su pensamiento puede verse en: Alfonso Castro Sáenz, *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch/Universidad de Sevilla, 2011, 29-40.

⁴⁶ Rafael del Águila y Sandra Chaparro, *La república de Maquiavelo* (Madrid: Tecnos, 2005), 187.

⁴⁷ *Ibid.*, 188.

surge de la condición humana de vivir en sociedad, por lo que para que tal sociedad funcione y se mantenga se han de practicar los asuntos públicos con la virtud que ello demanda. Es decir, en la virtud hay una orientación de la moral, pero no desde el punto de las formas y fondo de la filosofía, no interesa la teorización filosófica que el mundo clásico antiguo y helénico había enseñado.

Al ser romano, Cicerón conocía la *necesidad práctica* de que los hombres asuman las funciones públicas, lo cual no significaba que debían descuidarse de su perfil y afinidad para el desempeño de un cargo público, pero lo primero era la disposición para asumir el servicio al cuerpo político colectivo. Roma jamás habría sido el Estado que delineó la historia sin la predisposición de miles de políticos, cónsules, comandantes, soldados, diplomáticos, entre otros roles, que hicieron posible su mantenimiento. La virtud puede ser apreciada de tres maneras:

«(...) en primer lugar, el poder a través del cual un individuo o grupo actúan efectivamente en un medio cívico-político. En segundo término, son también una propiedad esencial de la personalidad que hace a los hombres ser lo que son. Y, finalmente, dota de densidad a la excelencia o calidad moral que permite al hombre o a la ciudad ser como debe ser»⁴⁸.

Siguiendo el planteamiento de explicación filosófica de Rivera García, señalamos tres aspectos que configuran el republicanismo de Cicerón: el carácter retórico o probable del saber político; la constitución mixta; y, la ley natural allegada al estoicismo. El primer elemento, es definido de la siguiente manera:

⁴⁸ *Ibid.*, 188.

«La retórica puede ser definida como la fatigosa producción de un acuerdo (*consensus*). En oposición a una disciplina como la filosofía que promete verdades eternas o certidumbres definitivas, la retórica sabe arreglárselas con lo probable o lo provisional. En lugar de la verdad filosófica, el ideal de la retórica es el *consensus*, el asentimiento conseguido como resultado del arte de persuadir»⁴⁹.

La retórica hace posible que se puedan llevar a cabo expectativas en la sociedad, pero que puedan ser realizables, posibles, que efectivamente pueden llegar a materializarse, se aparta de lo inalcanzable de los objetos de estudio de la filosofía que se centraba en aspectos divinos. Formar un acuerdo entre los integrantes de la ciudad significa proyectar lo que es propio de los seres humanos y no de los dioses, que son solo ideales y no materia tangible. Alcanzar acuerdos o pactos retóricos, es decir, políticos, solo es posible si entre los sujetos que acuerdan se entienden como iguales y no como desiguales, porque serán realmente libres para lograr el *consenso* que, siendo posible, puede llegar a ser realidad.

Las bondades que una república podría ofrecer, bajo la visión de Cicerón, se plasmarían en la disminución de la violencia en la comunidad política, porque el grado de arbitrariedad disminuiría si se necesitara de la confluencia de los integrantes del colectivo, lo que solo es posible eliminando la dominación⁵⁰ en la comunidad, donde quienes detentan el poder lo hacen con el fin de procurar el bienestar colectivo. Para esto, el derecho debe empezar a cumplir una función diferente: contener la

⁴⁹ Antonio Rivera García, «El republicanismo de Cicerón: retórica, constitución mixta y ley natural en De República», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 29 (2006): 368.

⁵⁰ Acerca de la libertad republicana como no dominación, véase: Juan David Almeyda y Mortimer Sellers, «Republicanism: aspectos filosóficos», *Ciencia Política* 16, n° 32 (2021): 268.

arbitrariedad de los poderosos. Igualdad y libertad política serían presupuestos necesarios de una república. Las ideas de Cicerón germinan una protodemocracia y hace pensar, para cualquier tiempo en que se analice, que la desigualdad, la esclavitud y la tiranía ponen en riesgo la existencia de la república.

La oratoria se convierte en expresión dialógica de la persuasión y la argumentación, la cual tiene que ser racional en cuanto a que se deben optar para los fines del convencimiento, no solo hechos posibles, sino dados en una medida de tiempo que satisfaga a los intereses humanos. Los tiempos de los dioses claramente no son los de los hombres que tienen que ver, en la vida terrenal, con la consecución de sus objetivos, alcanzar propósitos luego de la muerte o con la esperanza de verlos más allá de la vida no tiene sentido y pasa a facilitar la comprensión que la república es una cuestión de vivos⁵¹, y no de muertos, ni de dioses.

Un segundo pilar del republicanismo ciceroniano, según lo explica Rivera García, es la constitución mixta, que abarca el estudio de los nexos entre los integrantes de la comunidad política, es decir, el pueblo. Tales nexos no son una mera reunión de las personas, tiene que ver con los necesarios vínculos jurídicos que se evidencian en los *consensus iuris* que tiene como finalidad el bien común. Los vínculos de

⁵¹ Este requisito de la retórica republicana tiene pleno asidero en la actualidad. Las campañas electorales demandan de una alta profesionalización de quienes conforman equipos de asesoría en el campo de la comunicación y el marketing político, que entre las distintas cuestiones que exploran, más allá de la afinidad con las ideologías de los candidatos, se perfilan en el diseño de propuestas de campaña que deben ser, o al menos parecer, realizables en el tiempo para el cual, la futura autoridad ejercerá un cargo de elección popular.

la república, son, por lo tanto, vínculos de derecho. Esta juridicidad se entiende en función del reconocimiento previo de la igualdad de derechos y deberes, en el caso del modelo republicano romano, y de la conjunción de la concepción común de la vida y del bien en el modelo de la república griega.

La ley es una manifestación de racionalidad y los vínculos que desde la ley se establecen devienen en los nexos de la ciudad. Cicerón, en *Las Leyes*, expone:

«Y puesto que no hay nada mejor que la razón, y ésta existe tanto en el hombre como en la divinidad, tenemos que el primer vínculo del hombre con la divinidad es la razón; además, quienes tienen en común la razón, también tienen en común la recta razón; y, dado que ésta constituye la ley, hemos de considerar que también estamos vinculados a los dioses por la ley. Y aquellos que tienen una ley en común, también tienen un derecho común; y quienes tienen todas estas cosas en común, han de ser considerados como pertenecientes a la misma comunidad ciudadana; pero resulta que también obedecen a las mismas autoridades y poderes, pues con más motivo todavía. (...)»⁵².

La existencia de los vínculos de la ley que expone Cicerón, no solo son racionales debido a que encuentran un lugar en el campo de lo que entiende por *naturaleza humana* en cuanto la ley es un rasgo de *utilidad* para la vida en sociedad. En esta afirmación hay un grado o tipo de *utilitarismo natural* en la filosofía ciceroniana. Un texto de fuente directa del romano de lo que, señalado, sería:

«(...) En efecto, a quienes la naturaleza les concedió la razón, también les dio la recta razón y, por tanto, también la ley, que consiste en la rectitud de la razón en el acto de mandar y en el de prohibir; y si les dio la ley, también el derecho: y como la razón es para todos, en consecuencia, el derecho se les ha concedido a todos; con razón acostumbraba Sócrates a maldecir al primero que hubiera

⁵² Cicerón, *La República; Las Leyes*, Madrid: Akal, 2020, 201.

separado lo útil de lo justo; pues se quejaba que esta acción había constituido la fuente de todos los desastres. (...)»⁵³.

A este punto, la república parece ser un peculiar modo en que la sociedad exhibe y gestiona las formas del poder entre los que mandan y los que obedecen. Los planteamientos de Cicerón se posicionan como una alternativa racionalmente práctica que, de la mano de las virtudes, haga viable la vida en común. Por eso, la república de entonces, que se muestra ideal en la visión de Cicerón, se manifiesta como una mixtura, entendida una combinación entre monarquía, aristocracia y democracia. Analizadas por separado cada una de estas formas de gobierno demuestran desequilibrio en favor del rey o de los nobles en el caso de la monarquía y de la aristocracia, y como un riesgo en el caso de la democracia, debido a las distancias entre el pueblo y la gestión de los asuntos políticos. La combinación de elementos de los tres modelos llevaría a determinar como modelo deseable, a la república de constitución mixta.

«(...) Las dos virtudes fundamentales de esta constitución mixta son la igualdad moderada, la compatible con el reconocimiento de dignidades y que, por tanto, no degenera en libertinaje, y, en segundo lugar, la estabilidad. El régimen mixto necesita de una cierta igualdad de derechos y deberes para que sea posible formar una república de hombres libres. Asimismo, mientras las tres formas puras se mudan constantemente en otras nuevas, la constitución moderada por la combinación de la potestad consular, la autoridad senatorial y la libertad del pueblo se caracteriza por su estabilidad (DR, II, 57). Bajo una constitución mixta son muy raros los defectos graves de los gobernantes, y por ello no sólo no hay lugar para caídas precipitadas, sino que incluso se puede retrasar indefinidamente el movimiento cíclico de degeneración»⁵⁴.

⁵³ *Ibid.*, 206.

⁵⁴ Rivera García, «El republicanismo de Cicerón», *op. cit.*, 378.

Rey, nobles y pueblo han sufrido transformaciones históricas y filosóficas que se han plasmado en el dinámico constitucionalismo que conocemos con meridiana claridad desde la Carta Magna de 1215, que fue redactada a manera de un contrato. La monarquía, que aún subsiste bajo las más moduladas formas constitucionales, se precia aún de ser una forma de gobierno que otorga un grado de estabilidad a las naciones que la han adoptado y conservado. La nobleza aristocrática ha jugado un rol de desequilibrio según lo demuestran los vaivenes de la historia constitucional. Incluso, los nobles, transformados en burguesía, pueden llegar a las más diversas alianzas, como con sectores populares o sectores nacionalistas frente a intereses internacionales. La constitución mixta, propuesta desde la experiencia de Cicerón como político republicano en Roma, se acerca considerablemente a un estilo que replicaría luego Maquiavelo, es decir, como el repertorio de consejos y conocimiento adquirido de la política desde la experiencia política en la gestión de asuntos de Estado y de los diferentes intereses que representan los actores y factores de poder más relevantes.

El último pilar del republicanismo ciceroniano es un enfoque nuevo sobre el derecho natural, que, con una larga pausa de la historia, resurgiría en tiempos de la modernidad para guiar el tránsito sobre las ideas que son más próximas de la actualidad. También, aunque se ha escrito poco al respecto, este enfoque republicano serviría como orientación de las virtudes políticas que, en una zona geográfica, diferente a Europa, debía germinar, es decir, el aporte iusfilosófico y filosófico político de Cicerón tendría una mayor recepción en la formación de las repúblicas americanas, tanto en Norteamérica como en

América Latina, pese a que en la segunda quizá no se ha caído en cuenta de esto.

La ley natural y la justicia natural se mantienen vigentes ante las tesis de confrontarlas con la ley humana. Ahora bien, según nuestro criterio, esta supremacía se muestra en menor grado que en otros filósofos del derecho natural, previos y después de Cicerón. La razón de esta observación se explica en la consideración ciceroniana de la política, como el conocimiento y práctica superior que un hombre podía realizar sobre el resto de los conocimientos y experiencias:

«(...) En consecuencia, quien deseó y fue capaz de una y otra cosa, es decir, de instruirse tanto participando en las instituciones de los antepasados como con su ciencia, esa persona ha conseguido, en mi opinión, todo lo que conduce a la gloria. Pero si hubiera que elegir entre una y otra vía de acceso a la sabiduría, si bien a alguno le parecerá más feliz aquel sistema de vida tranquila, dedicado al estudio y a las ciencias más elevadas, no obstante, la vida dedicada a la política es, sin duda alguna, más digna de elogio y más brillante; es de esa vida de la que salen llenos de honores grandes hombres (...).»⁵⁵

Los universales de justicia, como universales y eternos de la ley natural, se ponen en duda si se asume que la política, como cualidad innata de los hombres, es un saber superior, así como las virtudes que giran alrededor de ella. La retórica, que demanda el quehacer político y que facilita *consensus* en la comunidad política, lleva consigo la necesidad de atender a esos acuerdos entre humanos, entre seres terrenales, no a deidades mitológicas o a la divinidad en general.

La ausencia de un elemento teórico sobre derecho positivo más avanzado, en los años en que escribe Cicerón, es lo que lleva al romano

⁵⁵ Cicerón, *La República y Las Leyes*, Madrid: Akal, 2020, 127.

a aceptar la hegemonía naturalista y su aspiración a la aceptación voluntaria de la ley, pero en sus motivaciones tendientes a sobreponer la política como un valor de la vida de los hombres, nos acerca a asumir a Cicerón como un fundador de las ideas que darían paso, siglos después, a los contractualismos, que, a su vez, culminarían planteando la *abstracción* de la ley como voluntad general.

Los supuestos de igualdad política para establecer acuerdos en la sociedad hacen que el derecho natural que propugna Cicerón sea el primero en plantear esta cuestión, aunque no en la forma que pasaría en la modernidad. «El republicanismo normativo de CICERÓN, basado en el consenso sobre el *ius*, desemboca de esta manera en el cosmopolitismo»⁵⁶. De ahí que el derecho natural tenga un importante impacto en el campo del derecho de gentes y en tiempos contemporáneos tenga siempre una oportunidad de resurgir cuando se dan crisis sobre la dignidad humana. Este republicanismo de Cicerón, resumido por Rivera García, como lo veremos a continuación, pasó a ser uno de los hitos más relevantes del derecho natural:

«La combinación, por un lado, de republicanismo, esto es, de patriotismo romano que como hemos visto se halla vinculado a la constitución mixta heredada de los antepasados, y, por otro, de cosmopolitismo de origen helenístico o estoico, aunque corregido por la retórica del consensus iuris, se convierte en lo más característico del pensamiento político de CICERÓN. Me atrevería a decir que en este compromiso entre el plano histórico del Derecho y el plano normativo o cosmopolita se halla la razón de que el republicanismo ciceroniano pueda tener cierta oportunidad en nuestros días, en los que un estrecho republicanismo de corte comunitarista ya no parece capaz de hacer frente a los desafíos de la globalización».⁵⁷

⁵⁶ Antonio Rivera García, «El republicanismo de Cicerón», *op. cit.*, 384

⁵⁷ *Ibid.*, 385-386.

En este largo camino del derecho natural, resuelto el paréntesis ciceroniano, cabe volver a la trazabilidad aristotélica que ahora nos interesa seguir en Tomás de Aquino. Parece que la causa final es la última que aparece, pero Aquino declara reiteradamente que en los asuntos humanos «la causa final es la primera genéticamente, porque el ser humano no se mueve, si no es para alcanzar un fin, que es siempre un bien para el que actúa»⁵⁸. Por lo tanto, alcanzar los fines del ser humano llevan consigo su *movimiento* y este es el término clave para comprender el iusnaturalismo tomista y algunas otras aplicaciones de su pensamiento.

Un primer cristianismo, el de la patrística, parece haber impuesto un inmovilismo al ser humano que, a la espera de la voluntad divina, como lo había planteado Agustín de Hipona con la ley eterna⁵⁹, debía a dicha voluntad el desempeño de su razón y el devenir de todo cuanto aconteciera en su vida. De tal manera que «el sentido preceptivo de esta ley queda absolutamente claro, por cuanto “manda” y “prohíbe”; no es, pues, un principio cosmológico, al modo del *logos* de los griegos, sino una auténtica ley»⁶⁰.

⁵⁸ Francisco Carpintero, *La ley natural, historia de un concepto controvertido* (Madrid: Encuentro, 2008), 56.

⁵⁹ También la podemos interpretar como la voluntad eterna de Dios, cuyo orden divino no puede ser alterado en forma alguna por el hombre. La promulgación de esta eternidad repercute en la *naturaleza* humana porque el hombre es una creación de Dios. A nuestro criterio, el único margen posible que se tiene en Agustín de Hipona, para proyectar un mínimo de autonomía al hombre, es el reconocimiento de una doble pertenencia de ciudades, a la de Dios (que es inmutable y da el título a su obra más conocida) y a la que pertenecemos desde el nacimiento.

⁶⁰ Antonio Fernández-Galiano, *Derecho natural, introducción filosófica al derecho*, Madrid: Ceura, 1986, 150.

Las fuentes del tomismo son principalmente el cristianismo (en el fondo) y el aristotelismo (como forma). Del segundo se sirve para plantear una metodología sobre la cual construye su pensamiento, pero siempre dentro del cristianismo, el cual, sirve a Aquino para plantear una teoría del derecho, de las más imperecederas del derecho occidental, y una teoría política, en cuyo campo poco se ha abordado, pese a la trascendencia que estimamos tuvo en su momento, especialmente si consideramos que su producción intelectual una gran repercusión aún en vida.

En el plano del derecho, siguiendo a Carpintero, podemos empezar anotando, desde la noción de la causa final, que «las normas llegan a un juicio de validez determinado por el resultado que se evidencie de estar ajustado a las conductas morales que respondan o no, a la fuerza de los fines que persigan o a su naturaleza»⁶¹. Esa *fuerza natural* que provoca el *movimiento* que se verifica en la causa final (que atrae a los hechos desde el futuro, de lo eterno) es Dios.

El derecho natural tiene una ineludible prescripción en la existencia de Dios que obliga al cumplimiento de los dictados de la ley natural, mientras que, derivado de la *naturaleza política* de los hombres, se entiende que se emitan leyes positivas. Dios (fuerza de la ley natural) y el poder político (fuerza de la ley positiva) son los motores que impulsan y explican el *movimiento*⁶² del hombre. Entonces ¿qué es la *naturaleza* para el tomismo?

⁶¹ Francisco Carpintero, *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004, 72.

⁶² La filosofía, con el tiempo, se distinguirá de la física, en cuanto a la explicación del movimiento, pero en este tiempo aún se muestran con ámbitos cuya falta de distinción

«(...) la naturaleza de cada cosa es su modo de actuar de acuerdo con su forma. Las naturalezas, que también pueden ser llamadas formas o ideas, determinan los movimientos propios de cada ser, siempre en pos de llegar a ser lo que ya son de acuerdo con su forma. Además, los seres humanos no solamente son aquello que le dicte su especie o forma: También existe una segunda naturaleza que la proporciona cada individuo, de modo que junto a la naturaleza propia de la especie estaría la naturaleza propia de cada persona»⁶³.

La naturaleza del hombre está en movimiento porque el hombre tiene *razón* por la gracia de Dios, gracias a esa razón puede conocer y comportarse orientado a un fin, que está relacionado con la felicidad, con vivir bien. El movimiento, esto es, las actuaciones de los seres, no siguen una línea recta⁶⁴. Así, entendemos que el reconocimiento de la existencia de Dios es el primer presupuesto de la razón porque su aceptación significa la lógica que da sentido a todo el cristianismo, que no solo se configura como un factor religioso más, sino que la vida en sociedad y lo individual estaban atravesadas por la presencia totalizadora y voluntad divina. Sin embargo, cuando Aquino, otorga valía al movimiento de los hombres, en función de la razón humana, que ya no es incompatible con Dios, logra posicionar la idea que al ser supremo no le desagrada y no está en contra del ejercicio racional del hombre; consiguiendo abrir paso al extenso camino de la razón del hombre y en cierta manera echa raíces para superar un excesivo voluntarismo divino que predominaba con el agustinismo.

conjugaba los objetos de estudios de ambos conocimientos. Pasar a una demostración *científica* y no escolástica del movimiento del universo traería consigo la persecución de grandes mentes de la historia por parte de la iglesia católica ante el riesgo que ello significaba: poner en duda la existencia de Dios.

⁶³ Francisco Carpintero, *Justicia y ley natural*, op. cit., 76.

⁶⁴ *Ibid.*, 80.

Bajos estos fundamentos, Aquino ya puede estructurar un derecho natural que responda al hegemónico mundo cristiano europeo. Para ello, se centra en la conceptualización de la ley, presentada primero en sentido general; ley eterna; *lex fomitis*; ley natural; y, ley humana. Esta tipología de la ley sería en Santo Tomás una de sus contribuciones y marcaría el inicio de una compleja evolución del derecho, que perduraría hasta finales del siglo XVIII. Ahora pasaremos a plantear una revisión de estos tipos de ley⁶⁵.

En lo que atañe a la ley, como concepto genérico, enseña que «La ley no es más que una prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la de comunidad» y «Legislar corresponde a la comunidad en su conjunto o a la persona pública que tiene el cuidado de la comunidad»⁶⁶. De estas definiciones existen algunas reflexiones que hemos de resaltar. Lo primero es la *prescripción* que rodea al concepto de ley. No es un acto al azar cuanto un producto de la razón, por lo tanto, de una manifestación de conocimiento de lo que se pretende regular, que, para Aquino, dicho juicio siempre estará *naturalmente* relacionado con la fe en Dios como lógica en la que se ha de producir cualquier entendimiento.

La ley tomista es la esencia teleológica que entraña dirigirse a un *orden* que procura al *bien común*, doctrina arraigada desde la tradición filosófica griega y que son transversales en adelante al estudio del derecho como fenómeno de ordenación, de organización. El bien común se configura como el marco de legitimación del derecho y del desempeño

⁶⁵ Para lo cual seguiremos la recopilación didáctica de textos obtenidos directamente de la *Suma de Teología* que efectúa Francisco José Contreras.

⁶⁶ Francisco José Contreras, *La filosofía del derecho en la historia*, op. cit., 46.

del poder político, como esbozaremos en una referencia a una teoría política tomista. El último elemento es el de la autoridad. Santo Tomás señala al sujeto o al titular de la potestad para otorgar la ley, esto es, la comunidad en su conjunto como autoridad pública. La posibilidad de un cuerpo colectivo como emisor de la ley⁶⁷ permitió que otros filósofos trabajasen la idea de una proto-soberanía popular, pero Aquino se inclinaría como mejor gobierno el que recae en una persona, la monarquía.

La ley eterna, comparte con el concepto de la ley en general, ser una expresión de la razón, pero en este caso, de las razones de Dios, la ley eterna se explica como la razón divina. La voluntad de Dios supera a la propia dimensión del tiempo, sus razones no se ajustan a temporalidad alguna, de ahí que opere su cualidad de ley eterna. Aquino manifiesta que «(...) todo el conjunto del universo está sometido al gobierno de la razón divina. (...) Y como la razón divina no concibe nada en el tiempo, sino que su concepción es eterna, por fuerza la ley de que tratamos debe llamarse eterna»⁶⁸.

La *lex fomitis*, quizá sea la menos tratada tradicionalmente a la hora de estudiar a Aquino. Aquí hallamos una reflexión alrededor de una observación más bien de carácter biológica, que permite distinguir al ser humano del resto de seres vivos como los animales y las plantas, gracias

⁶⁷ Estamos de acuerdo con Carpintero en la precaución que se debe tener en no procesar la ley en Aquino bajo la óptica moderna (ni contemporánea). La ley natural, sigue el destino de todo aquello a lo que tiende la naturaleza humana. Si entendemos que el hombre es un ser racional, por lo tanto, la ley va a ser un reflejo de las finalidades a las que se dirija u oriente los propósitos de su razón. Francisco Carpintero, *Historia breve del Derecho Natural*, Madrid: Colex, 2000, 36.

⁶⁸ *Ibid.*, 47.

a una dualidad de este, pues con estos otros seres comparte un conjunto de características físicas.

Otro enfoque que queda enunciado para posteriores análisis es la atención que trata a aspectos del cuerpo del ser humano, lo cual no es ajeno, como ámbito de incidencia de la teología y de la religión, porque siempre se ha intentado mantener cierta autoridad de la enseñanza y control del sistema de creencias del cristianismo sobre los cuerpos de las personas. De hecho, esto ha sido un punto muy controvertido en la historia y el presente de la Iglesia Católica. Nos quedamos, como hemos señalado, con la aproximación a la constitución biológica que emplea para subsumirla en el campo de la ley eterna y la ley natural que venimos estudiando.

«Las distintas criaturas, bajo el divino legislador, tienen distintas inclinaciones naturales; de tal modo que aquella inclinación que para un ser es en cierto modo ley, para otro es contrario a la ley (...) Así pues, la misma inclinación a la sensualidad -que es lo que llamamos *fomes*- tiene ciertamente en los demás animales [distintos del hombre] razón de ley, en el sentido que puede llamarse ley a la inclinación que sienten los animales. Pero, en el hombre, esta inclinación no tiene carácter de ley; al contrario, es una desviación de la ley de la razón»⁶⁹.

La ley eterna sigue una especie de plan o proyecto de Dios, cuya voluntad es la fuerza teleológica a lo que todo se dirige, es un propósito ineludible. Este devenir eterno debe hallar nexo alguno con la creación a semejanza de Dios, el ser humano. El hombre tiene, dada la razón con la que nace, un grado de *participación* en el transcurso de la ley eterna. Su *naturaleza* racional se ve inmersa en la voluntad de Dios. Nos dice Aquino que:

⁶⁹ *Ibid.*, 48.

«(...) La criatura racional, entre todas las demás, está sometida a la divina Providencia de una manera especial, ya que se hace partícipe de esa Providencia (...). Participa, pues, [la criatura racional: el hombre] de la razón eterna: ésta le inclina naturalmente a la acción y al fin debidos. Y semejante participación de la eterna en la criatura racional se llama ley natural».⁷⁰

Una de las características típicas del derecho natural es su relación con la moral, aunque sabemos que la moral puede tener diferentes ópticas; en este caso, la moral a seguir ha de ser aquella que irradia del cristianismo; por eso, la obra de Santo Tomás trata distintas aristas del hombre, como el aborto, usura, asesinato, guerra, etc. La ley natural supone un ejercicio general que siempre está presente en la vida del hombre y en todos los aspectos de su vida. Siendo un componente permanente tiene una variable que consiste en las acciones individuales de los hombres.

«En lo que toca a los principios generales, la ley natural no puede ser borrada en modo alguno de los corazones de los hombres (...) Pero se borra en las obras particulares, cuando la razón es impedida de aplicar los principios comunes a las obras particulares por la concupiscencia o por otra pasión. (...) Pero si miramos a los preceptos secundarios, la ley natural puede borrarse del corazón humano, sea por las malas persuasiones, sea por las costumbres perversas y los hábitos corrompidos, como en algunos pueblos no se reputaban pecados los robos y aun los vicios contra naturaleza, según dice el Apóstol»⁷¹.

Por último, centramos la atención en la ley humana o ley positiva, otro aporte significativo de Aquino, que se muestra como el resultado del reencuentro entre Dios y la razón del hombre, lo segundo como atributo concedido por el primero. Como ya había quedado plasmado, el derecho natural coexiste con el derecho positivo, lo cual no sucede al revés,

⁷⁰ *Ibid.*, 49.

⁷¹ *Ibid.*, 55.

puesto que, desde el positivismo jurídico se excluye la existencia de cualquier derecho natural por considerar simplemente, que el iusnaturalismo, no es derecho.

En Aquino, el derecho positivo tiene una presencia que vale la pena no descartarla porque a partir de esta concepción de este tipo de ley, el hombre configura un margen de autonomía política, respecto a la teología, respecto a Dios. La primera línea de desarrollo es la conformidad, direccionalidad que la ley natural dicta a la ley humana. El derecho positivo debe responder a la trazabilidad que marque el derecho natural: «(...) es necesario que la razón práctica llegue a obtener soluciones más concretas partiendo de los preceptos de la ley natural como de principios generales (...) Estas disposiciones particulares de la razón práctica reciben el nombre de leyes humanas cuando cumplen todas las demás condiciones que pertenecen a la naturaleza de la ley (...)»⁷².

Otra justificación para la existencia de la ley humana es que, partiendo de cierto reconocimiento de la limitación que tiene la ley natural, la primera debe asumir el rol del castigo. Es decir, el derecho positivo, permite hacer efectivo al derecho natural cuando cumple la función de un derecho penal⁷³.

«(...) Por eso es más necesario que alguien imponga esa disciplina a los hombres, para atraerlos a la virtud. Para aquellos jóvenes que, por una disposición natural, por la costumbre, o más aún, por un don divino, están inclinados a la virtud, es suficiente la disciplina paterna, que se basa en los

⁷² *Ibid.*, 56.

⁷³ Debido a que la mayoría de los hombres no requieran de la aplicación del castigo para seguir los lineamientos de la ley natural, habrá algunos que requieran de la aplicación de correctivos, sea como castigo propiamente ejecutado o como la amenaza o advertencia del uso del castigo.

consejos. Pero hay algunos protervos, propensos al vicio, que no se conmueven fácilmente con palabras: a éstos es necesario apartarlos del mal mediante la fuerza o el temor; así, desistiendo de hacer el mal, dejarán tranquila la vida de los demás; y, finalmente, ellos mismos, por la costumbre, vendrán a hacer voluntariamente lo que en un principio hacían por miedo, y llegarán a ser virtuosos. (...)»⁷⁴.

El último escenario que, de la recopilación de textos de Aquino, realiza Contreras, se halla la observación a una aparente noción de división de poderes en la producción de las leyes humanas y de una especialización en el conocimiento y decisión de casos, tal como sucede en la actualidad con los jueces. Esta opinión se puede consensuar con el surgimiento e importancia de las universidades en Europa a partir del estudio de la resolución de casos que sirvió como factor de expansión del derecho común⁷⁵ en el viejo continente en el siglo XIV.

«(...) En primer lugar, porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir leyes justas que los muchos se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular. En segundo lugar, porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley, mientras que los juicios de los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente; y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos que sólo tras el estudio de uno. Y, por último, porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros (...) mientras que los jueces juzgan de asuntos presentes, asuntos en los que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión; y así se pervierten los juicios. Por tanto, (...) se impone la necesidad, siempre que sea posible, de instituir una ley que determine cómo se ha de juzgar, y de dejar poquísimos asuntos a la decisión de los hombres»⁷⁶.

⁷⁴ *Ibid.*, 56.

⁷⁵ Podemos señalar a Bartolo de Sassoferrato y su intensa actividad de hermenéutica jurídica en el tratamiento de la casuística. Hoy lo asociaríamos a las fuentes del derecho de la doctrina y de la jurisprudencia.

⁷⁶ Francisco José Contreras, *La filosofía del derecho en la historia*, op. cit., 57.

Habíamos adelantado que, en Aquino, podemos encontrar algunos elementos de una teoría política, específicamente nos referimos a una teoría sobre el Estado, para lo cual nos basamos en una de sus textos poco conocidos desde el enfoque de la política (la Suma de Teología, ordinariamente sirve para ejemplificar su trabajo intelectual en el campo del derecho natural) nos referimos a su *Tratado del Gobierno de los Príncipes*⁷⁷. Relacionamos estas reflexiones con el objeto de estudio de nuestra investigación por el interés que reviste indagar acerca de la aproximación del concepto de Estado que irá cimentándose en Europa hasta llegar a finales del siglo XV y principios del siglo XVI. Esta génesis del Estado en Aquino⁷⁸, sería monárquica y no republicana.

Desde el inicio su fuente es, una vez más, el aristotelismo y su explicación acerca de la vida en sociedad del hombre:

«Pero es propio del hombre el ser animal social y político, que vive entre la muchedumbre, más que todos los otros animales: lo cual declaran las necesidades que naturalmente tiene. Porque a ellos la naturaleza les preparó el mantenimiento, el vestido de sus pelos, la defensa de los dientes, cuernos y uñas, o a lo menos la velocidad para huir, y el hombre, empero, no recibió de la naturaleza ninguna de estas cosas, mas en su lugar fuele dada la razón, para que mediante ella, con el trabajo de sus manos, lo pudiese buscar todo; a lo cual un

⁷⁷ Nótese en el título de la obra cierta similitud que, alrededor de tres siglos después podemos encontrar en El Príncipe de Nicolás Maquiavelo. Es más, si ampliamos la comparación a los *Discursos* del florentino, podemos encontrar que en este Tratado de Santo Tomás existe toda una justificación de la monarquía, mientras que su opuesto, en la segunda obra que hemos mencionado de Maquiavelo, hallamos toda una justificación de la forma de gobierno republicana, cuestión que se aborda en el capítulo siguiente.

⁷⁸ Debemos agregar que esta reflexión sobre una política en Aquino es importante porque a partir de esto podemos comprender una variante del derecho natural que en tiempos modernos sería empleada por Maquiavelo (desde la distancia que tomó el florentino con la Iglesia Católica) por medio de la cual, desde las propias estructuras del cristianismo católico y protestante, vayan paulatinamente generándose contribuciones hacia la república como la conocemos ya en la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa.

hombre solo no basta, porque de por sí no puede pasar la vida suficientemente; y así, le es natural vivir en compañía de muchos»⁷⁹.

Al igual que otros filósofos de la política, justifica la necesidad de la existencia de una autoridad que ejerza el gobierno de la comunidad para que esta no se disperse, pero va introduciendo la idea del bien común como finalidad de ese gobierno, idea sobre la que profundizará más adelante. Lo manifiesta: «Pues siendo natural al hombre el vivir en compañía de muchos, necesario es que haya entre ellos quien rijá esta muchedumbre; porque donde hubiese muchos, si cada uno procurase para sí solo lo que le estuviese bien, la muchedumbre se desuniría en diferentes partes, si no hubiese alguno que tratase de lo que pertenece al bien común; así como el cuerpo del hombre y de cualquier animal vendría a deshacerse si no hubiese en él alguna virtud regitiva, que acudiese al bien común de todos los miembros»⁸⁰.

Aquino analiza la distinción de un gobierno injusto, ejercido por uno, por unos cuantos y por muchos, otorgándoles, como ya era sabido en esa época, las denominaciones de tiranía, oligarquía y democracia, esta última entendida en sentido negativo y no como la comprendemos en la actualidad. En su opuesto, otorga conceptualizaciones a los gobiernos justos, llamándolos policía a la administración de muchos; al gobierno de pocos lo llama aristocracia; y, por último, si la administración es ejercida por uno, lo denomina rey.

⁷⁹ Tomás de Aquino, *Tratado del gobierno de los príncipes*, Buenos Aires: Losada, 2019, 21.

⁸⁰ *Ibid.*, 22.

Desarrolla una justificación sobre lo conveniente que resulta el gobierno de la monarquía. No le resulta muy difícil la argumentación en pro de la *utilidad* del gobierno del rey, a cuyo fin le basta señalar la dificultad que resulta para muchas personas ponerse de acuerdo sobre los asuntos de la ciudad (entiéndase del Estado) y el riesgo que conlleva que, ante varias posiciones, atentando contra la unidad del cuerpo político.

Aquino realiza un paralelismo entre el gobierno del universo que ejerce Dios, en un sentido macro, y el que, en una dimensión más pequeña tienen las abejas, con un rey, por lo que, en comparación concluye sobre la utilidad de la monarquía. Lo plantea: «En la muchedumbre de los miembros uno, que es el corazón, los mueve todos; y en el (*sic*) las partes del ánima una fuerza principalmente preside, conviene a saber, la razón. Tienen las abejas un Rey, y en todo el universo un Dios es hacedor y gobernador de todo. Esto es conforme a la razón; ya sí cualquiera muchedumbre se deriva de uno, y si las cosas que son del arte imitan a las que son por naturaleza y tanto más perfecta es la obra del arte, cuanto más imita la natural, necesario es que en la muchedumbre de los hombres sea lo mejor el ser gobernados por uno»⁸¹.

Deja unas reservas en el planteamiento de la monarquía como mejor forma de gobierno. Señala riesgos y advertencias para el desempeño prudente del poder por parte de uno. Adelanta la posibilidad de que el rey se convierta en un tirano y, precisamente, la tiranía era uno de los males de los gobiernos que la antigüedad y la premodernidad querían evitar. «Así como el gobierno del Rey es el mejor, así es el peor

⁸¹ *Ibid.*, 25.

el del tirano»⁸². Advierte lo que provoca un gobierno injusto: «El poder del que gobierna injustamente obra por mal del pueblo, cuando convierte el bien común en suyo propio (...)»⁸³.

El temor por la tiranía, devenida históricamente en las formas de un absolutismo despótico, era uno de los más acentuados temores de la época. Inglaterra, de manera contemporánea a la vida y obra de Aquino, había inaugurado el camino del constitucionalismo, por lo que, asumir que la reciente tendencia de contener el poder del Rey pudo estar presente en Aquino a la hora de señalar el riesgo de la tiranía, pese a ser partidario de la monarquía.

A diferencia de lo que analizamos en Cicerón sobre la república romana, Aquino emplea similar historia con el fin de ejemplificar lo contrario, es decir, el riesgo de las repúblicas. «Como lo peor y lo mejor del gobierno consiste en la monarquía, que es el principado de uno, a muchos, por la malicia de los tiranos, se les hace odiosa la dignidad real; pero algunos, faltándoles el gobierno del Rey, caen en las crueldades de los tiranos, y los muchos gobernadores entonces ejercitan la tiranía con cubierta de dignidad real. El ejemplo de esto se muestra claro en la República Romana, porque siendo los reyes echados de aquel pueblo, no pudiendo sufrir la soberbia de estos reyes, o por mejor decir tiranos, instituyeron sus Cónsules y otros Magistrados, por los cuales comenzaron a gobernarse, queriendo mudar el gobierno real en aristocracia»⁸⁴.

⁸² *Ibid.*, 26.

⁸³ *Ibid.*, 26

⁸⁴ *Ibid.*, 30.

A partir de sus planteamientos otorgan sustento político y de legitimidad a la institución de la monarquía. Pese a que entró en decadencia a finales del siglo XVIII, aún en la actualidad genera escenarios a su favor por medio de combinaciones y matices (especialmente en países europeos) por las que señala presentar ventajas en el poder, si no ejercido, al menos representado, en la unidad que se estima otorga la figura del Rey⁸⁵.

Aquino se convirtió en el filósofo y teólogo más importante de su época, trajo consigo el cúmulo de la filosofía del mundo antiguo; su propuesta acerca de la razón humana fue la inspiración para que los centros de estudios se conviertan en universidades y se pongan en movimiento, además de convertirse en el canal de flujo, en cuanto a filosofía, hacia lo que podríamos señalar como la premodernidad en el tránsito entre el siglo XIII al XIV.

Inicialmente, tendría influencia⁸⁶ en Marsilio de Padua con la importancia del gobernante como titular del poder, postulado del que luego se aparta⁸⁷. autor del que nos interesa la interpretación de la fundamentación o legitimidad del poder en el tiempo que le tocó vivir porque dicha temática empezará a forjar los debates trascendentales que

⁸⁵ Ejemplo de esto el Título II de la Constitución Española, que trata sobre la Corona, específicamente el artículo 56.1, que dice: El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.

⁸⁶ Aquino enseñó en la Universidad de París en dos periodos, el primero de 1256 a 1259 y de 1268 a 1272, universidad de la que Marsilio de Padua sería su Rector entre 1312 y 1313. José Justo Megías Quirós y Leticia Cabrera Cano, *Historia de las ideas políticas, op. cit.*, 168.

⁸⁷ *Ibid.*, 168-169.

se retomarían en el siglo XVIII, como la noción de la soberanía popular, el principio de legalidad para el desempeño de potestades estatales, el laicismo, el principio de división de poderes, entre otros.

En Marsilio de Padua y su obra más relevante, *El defensor de la paz*, notamos el inicio de una larga evolución sobre la reflexión en teología, política y derecho, que habrían de desembocar en el constitucionalismo como lo conocemos hoy, que andaría a la par de los acontecimientos y clásicos británicos, que, unido a las circunstancias propias de la historia, hemos de entender acerca de su traslación a América Latina.

1.2.- Marsilio de Padua: génesis de la modernidad jurídica y política⁸⁸.

En la historia de las ideas existen algunos autores que, lamentablemente, no son reconocidos en la valía intelectual que lo merecen, no porque sus méritos no lo justifiquen cuanto por el olvido, a veces intencional, de quienes pueden ser afectados por la enseñanza de determinada doctrina. Marsilio de Padua está en esa categoría de filósofos, que por algún tiempo fueron objeto de la censura ante la incomodidad en la que devino su pensamiento.

⁸⁸ Este subepígrafe, con algunas modificaciones realizadas en esta tesis, fue publicado como parte del proceso de la investigación doctoral. Diego Romero Castro, «Marsilio de Padua: génesis de la modernidad jurídica y política», en *Cuestiones de actualidad jurídica y social en el Ecuador*, dir. Lyonel Calderón Tello (Barcelona: Editorial Bosch, 2020), 19-35.

Para entender el momento en el que el pensador desarrolló su filosofía debemos situarnos en el contexto que le tocó vivir. Europa, entre el siglo XII y XIII, empezaba a conocer a los textos clásicos de la filosofía griega, india y árabe, gracias a la actividad traductora de lo que hoy conocemos como Escuela de Traductores de Toledo⁸⁹. Europa debe a Toledo la difusión del conocimiento de los grandes pensadores del mundo antiguo que había permanecido distante por alrededor de mil años puesto que, pese a saber de la existencia de Aristóteles o Platón, no se había consultado a sus escritos.

La conquista de Toledo, en el año 1085, en el reinado de Alfonso VI, cobijó las culturas y lenguas hebrea, árabe y latina. La recepción de lo mejor de la intelectualidad del mundo antiguo estaba ahora disponible para Europa y su difusión no se haría esperar, especialmente en los círculos de acceso a la educación como la Iglesia católica y sus diferentes estructuras. Aquino sería el nexo articulador entre ciencia, filosofía y religión, que, en adelante, y en lo inmediato, incidiría en filósofos como Marsilio de Padua.

Su obra *El defensor de la paz* tiene la clara intención de dar sustento, desde sus reflexiones, al bando del Imperio que en aquel entonces enfrentaba a una de las más hegemónicas manifestaciones de poder de la historia: El Vaticano y el Papa. Lo que subyace al conflicto entre el Papa y los reyes o emperadores medievales es la controversia

⁸⁹ Véase Mariano Brasa Díez, «Métodos y cuestiones filosóficas en la Escuela de Traductores de Toledo», *Revista Española de Filosofía Medieval* 3 (1996): 35-49. De igual manera, algunos recursos digitales se pueden ver en: «Universidad de Castilla-La Mancha», Escuela de Traductores de Toledo, consultado el 25 de febrero de 2019, <http://escueladetraductores.uclm.es/>.

por la personificación de la fuente de legitimidad del poder, que en la actualidad entendemos por poder constituyente. La posición papal se enfocaría en plantear una línea de sucesión divina en la que la trinidad se relaciona con los hombres por medio de Jesús, quien a su vez transmitió la autoridad de su iglesia a Pedro, primer Papa, y de allí en adelante bajo la continuidad de quienes han cumplido esa función.

A esta secuencia y sucesión de poder divino, o mejor dicho, a esta forma de entenderlo, habría que incorporar las diferentes ramificaciones del cristianismo que se han expandido por todo el mundo. En esta perspectiva, los Papas eran quienes podían legitimar el poder de los territorios del mundo conocido en la Edad Moderna, periodo histórico en la que Marsilio de Padua se desenvuelve. Luchaba contra el Papa Juan XXII respaldando a Luis IV de Baviera, uno de los reinos más importantes de Europa de ese entonces. *El defensor de la paz* quizá sea una de las principales armas que podía disponer el Emperador al brindarle el marco conceptual necesario para que se deslegitime la postura vaticana.

La tesis que abordó Marsilio, y sobre la cual llegaría a sentar las bases teóricas de la modernidad jurídica, parte de una crítica hacia la organización, jerarquía y autoridad de la iglesia cristiana. El debate marsiliano inicia con la negación de las jerarquías eclesiásticas, debido a que la voluntad divina había establecido el ejercicio de un sacerdocio en igualdad de condiciones, y no con estamentos de jerarcas.⁹⁰

⁹⁰ Leo Strauss y Joseph Cropsey (comps.), *Historia de la filosofía política*, trad. Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla, México: Fondo de Cultura Económica, 2016, 268.

En la época de Marsilio existía un sincretismo entre aristotelismo y cristianismo. Los puntos de encuentro serían diversos, pero en especial podemos destacar dos cuestiones: la primera, relativa a su concepción acerca de las bondades de la república como un estilo de vida donde las libertades del hombre habrían de marcar su esencia; y, la segunda, en cuanto al enfoque de la funcionalidad del sacerdocio en la sociedad. En ambos aspectos, pese a recibir enseñanzas sobre Aristóteles⁹¹, Marsilio haría importantes matices con los que marcaría una fundamentación original de sus tesis⁹². El factor que marcaría las diferencias entre la visión aristotélica y marsiliana pasaría por el desconocimiento del cristianismo de parte del Estagirita, del propio Cristo y de las sagradas escrituras. Es decir, de la dimensión teológica y práctica que se edificaría alrededor de dicha religión, considerando que Aristóteles vivió entre el 384 y 322 a.C.

Tanto desde lo histórico como en el campo de la filosofía podemos distinguir un período que empieza con San Agustín y termina con Santo Tomás. A este período lo conocemos como agustinismo político, y debido a sus efectos en la filosofía política y jurídica de Marsilio, vale la pena dedicarle un brevísimo análisis, ya que en cierta forma se podría señalar que su trabajo se centra en contradecir la rigidez

⁹¹ Debido a la formación en filosofía y medicina que le facilitó su maestro Pedro Abano. Bernardo Bayona Aznar, *Marsilio de Padua: ¿La primera teoría laica del Estado?*, Zaragoza: Biblioteca Nueva Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007, 32-33.

⁹² Para algunos autores, el averroísmo también constituía una de las fuentes de pensamiento que incidieron en Marsilio de Padua, tesis que sostiene Francisco Bertelloni, en lo que se refiere a la filosofía y no a una política averroísta. Véase Francisco Bertelloni, «La filosofía explica la revelación sobre el “averroísmo político” en el *Defensor Pacis* de Marsilio de Padua», *Educação e Filosofia Uberlândia* 25, n° 50 (2011): 475-500.

y fundamentos de poder a la Iglesia católica que había otorgado el agustinismo.

Para Agustín de Hipona, la naturaleza humana, incluida la razón, está marcada por el pecado original, lo cual impide que el hombre sea capaz por sus propios medios de hallar la verdad. Ante esta situación interviene el poder de la voluntad divina que permite al hombre, bajo la esfera de lo religioso, llegar a experimentar lo bueno o lo malo, siempre que sea Dios quien determine que algo sea bueno o malo. La razón, existente tanto en el derecho como en el Estado, afronta similar subordinación al cristianismo, dando paso a una sólida teocracia cristiana que se impuso por siglos.

Es conocido que San Agustín abordó referencialmente a Platón, pero no a Aristóteles, debiendo esperar el aristotelismo su encuentro con el tomismo medieval. Mientras tanto, la Iglesia católica se acentuaría como el centro del sistema de creencias de Europa porque San Agustín había logrado desarrollar el postulado de la *plenitud eclesiástica*, a raíz de asimilar a la Iglesia católica como el cuerpo de Cristo y de éste como la representación de un «varón perfecto»⁹³ y que con las ideas marsilianas empezaría a afrontar una primera crisis en cuanto a la revisión de la filosofía de su sustento, especialmente por la confrontación entre güelfos y gibelinos⁹⁴; o sea, entre partidarios de la primacía del Papa sobre los emperadores o viceversa, respectivamente.

⁹³ San Agustín, *La Ciudad de Dios*, México: Porrúa, 2014, 698-699.

⁹⁴ Marsilio de Padua pertenecía a una familia con afinidad a los güelfos e incluso, él mismo lo fue en un primer momento, para luego pasar del lado de los gibelinos, que se entiende en su calidad de consejero de Luis IV de Baviera. La disputa entre El Papa y el emperador bávaro devino por el no reconocimiento del Sumo Pontífice de la elección imperial de Luis IV, por ser partidario de Federico de Austria. Esto generó la oposición

Si el Papa tenía el poder para enfrentar a un emperador se debía a que el cristianismo había consolidado su poder en función de un sólido sistema de jerarquías eclesiales a lo largo de la mayor parte de la geografía europea, lo que le permitía incidir, bajo los argumentos de la religión, en las más importantes decisiones de índole política. La Iglesia católica se visualizaba de una manera para sus altos jefes y era otra para los sacerdotes de base. Ese es uno de los campos sobre los que recaen las críticas marsilianas.

Respecto al sacerdocio, el paduano reivindica, desde sus convicciones cristianas, que el verdadero sacerdocio es el cristiano, pero toma de Aristóteles la idea de que «el sacerdocio forma parte necesaria de la república y hasta parte noble, pero no puede ser la parte gobernante: los sacerdotes no pueden tener el poder de gobernar o de juzgar»⁹⁵. Siguiendo la línea de la república aristotélica, Marsilio explica que la misión de los sacerdotes es la de brindar el conocimiento, bajo el marco de cualquier ley divina, de cómo se desarrolla la vida luego de la muerte. Por lo tanto, su tarea debería asimilarse a la formación que realiza un maestro, en este caso, la enseñanza de la doctrina cristiana que ha de seguirse para afrontar la vida terrenal y cuyo balance determina el estado en la vida eterna. En consecuencia, de ninguna manera los sacerdotes pueden incidir en las prácticas del gobierno ya que, bajo la premisa anterior, los maestros enseñan, y no gobiernan.

intelectual entre los que reivindicaron la facultad divina del papa para dirimir la cuestión y quienes cuestionaron tal autoridad, en estos últimos se encontraba Marsilio de Padua. Véase: Bernardo Bayona Aznar, *Marsilio de Padua, op. cit.*, 36.

⁹⁵ Leo Strauss y Joseph Cropsey, *Historia de la filosofía política, op. cit.*, 269.

Aceptar que los sacerdotes se constituyan en parte gobernante, a causa de la primacía de la ley divina, significa la edificación de una dualidad de poderes a las que implica para los cristianos la obediencia a dos gobiernos, uno de naturaleza divina y otro terrenal, lo que provocaría un consecuente desorden y con ello la república perdería uno de sus principales fines, que es la paz. Por ello, Marsilio se propone en su obra esgrimir una defensa de la paz, estableciendo en su debido lugar el rol del sacerdocio y la negación de las jerarquías eclesiásticas con el propósito de evitar la conformación de un poder que no estaba destinado al gobierno. Es significativo señalar la importancia de la paz como una de las virtudes fundamentales de las ciudades, que ya había sido puesta en relieve por el propio Aristóteles.

La ciudad⁹⁶ se entendía como la máxima comunidad política o comunidad suprema en los términos que Aristóteles la describe al inicio del Libro Primero de la *Política*. Desde la modernidad a nuestros días, diríamos el Estado. Sobre la cuestión del equilibrio en el ejercicio del poder, este clásico primero plantea una especie de rotación de los sujetos en ejercicio del gobierno que se plantea así: «Así pues, y toda vez que por nuestra parte afirmamos ser la misma la virtud del ciudadano, del

⁹⁶ Aristóteles reflexiona acerca de los escenarios antagónicos en los que se desenvuelven los ciudadanos y cómo ha de ser su actitud y virtud ante extremas circunstancias: «La vida toda a su vez se divide en trabajo y ocio, en guerra y paz, y los actos por su parte en unos que son necesarios y útiles (*sic*), y en otros que son bellos. Pues también aquí será necesario aplicar el mismo criterio que con respecto a las partes del alma y sus actividades, o sea que la guerra existe por la paz, el trabajo por el reposo, y los actos necesarios y útiles por causa de los actos nobles. El político, por tanto, ha de legislar atendiendo a todo esto, es decir a las partes del alma y a sus actividades, y teniendo sobre todo en mira los bienes mayores y los fines. Y del mismo modo debe uno conducirse en la elección de vida y actividades consiguientes: el hombre, en efecto, debe ser capaz de llevar una vida laboriosa y de hacer la guerra, pero más aún de vivir en paz y guardar reposo; y practicar los actos necesarios y útiles, pero más aún los bellos y nobles». *Ibid.* 226-227.

gobernante y del hombre mejor, y que la misma persona debe ser primero súbdito y gobernante después, el legislador debe afanarse para ver cómo podrán hacerse buenos los hombres, mediante qué actividades, y cuál deba ser el fin de la vida mejor»⁹⁷.

El paduano, profundiza en una mayor importancia de la paz sobre la fe. Pero esta paz se asocia a la justicia, y para Aristóteles la justicia deriva del orden, de la organización de la ciudad, del orden que exista en la comunidad política; si no hay orden por lo tanto no habrá paz, de ahí parte Marsilio para arribar a la idea que en una comunidad en la que existen dos gobiernos, no hay paz. Esta era una de las principales temáticas de reflexión que venía del mundo antiguo y que se refleja en la eunomía que, según Fioravanti, es la «resolución pacífica de los conflictos, de una convivencia ordenada y duradera, y, en definitiva, el problema de una *forma de gobierno* adecuada a esta finalidad»⁹⁸.

La confrontación filosófica de Marsilio se dirigía contra los fundamentos que daba poder al Vaticano. Para defender la posición gibelina debía superar la reflexión aristotélica de que «los hombres dedicados a la práctica más noble deben gobernar por derecho propio y la confluencia con la enseñanza cristiana acerca de que la actividad del sacerdote es más noble que la del caballero»⁹⁹. Bajo esta creencia no tendría sentido oponerse al *statu quo* vaticano ni reivindicar posición alguna para los emperadores o reyes. Es el momento en que empieza a delinearse el pensamiento marsiliano. Strauss lo señala: «Marsilio evita

⁹⁷ Aristóteles, *Política*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, 226.

⁹⁸ Maurizio Fioravanti, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid: Trotta, 2011, 16.

⁹⁹ Strauss y Cropsey, *Historia de la filosofía política*, *op. cit.*, 272.

esta conclusión dentro de los confines de la filosofía política, enseñando que en cada república, la autoridad política fundamental no es el gobierno o la parte gobernante sino el legislador humano, y que el legislador humano es el pueblo, todo el cuerpo de los ciudadanos»¹⁰⁰. Aquí empieza la andadura de la mayoría de las ideas políticas de la modernidad. En siglo XV, habría de fortalecerse la noción de república a través de Maquiavelo, y posteriormente, el pensamiento marsiliano cobraría vida en el movimiento ilustrado de Francia.

Siguiendo el hilo conductor sobre la noción de soberanía popular que vamos hallando en Marsilio de Padua, falta precisamente descifrar cómo este autor solventa la cuestión de lo *popular* como cualidad de la constitución legislativa y del gobierno de la comunidad política. Para esto, una vez más, recurre a las enseñanzas del cristianismo, especialmente del cristianismo primitivo.

En primer término, destaca que en los inicios de la Iglesia no existían jerarquías, tan solo el nivel sacerdotal, sumado a que no existían monarcas que funden su poder en una delegación papal o en el mismo cristianismo. En segundo lugar, reseña la forma en la que se llegaba a ocupar esa función que era a través de una elección por parte de todos los fieles y que, en tal virtud, en todos recae la existencia de la Iglesia. Incluso, en nuestros días, el significado idiomático de Iglesia¹⁰¹ se asocia a la fórmula primitiva del cristianismo y que Marsilio rescata para reivindicar una especie de participación popular y no de subordinación al

¹⁰⁰ *Ibid.*, 272.

¹⁰¹ Se define como un «conjunto del clero y pueblo de un país donde el cristianismo tiene adeptos. Iglesia latina, griega» «Real Academia Española», definición de iglesia, consultado el 26 de febrero de 2019, <https://dle.rae.es/?id=KvQIZU1>.

clero. Pretende que el pueblo sea más activo en los asuntos de la Iglesia porque también forma parte de ella y no para seguir órdenes clericales.

Al final de *El defensor de la paz*, en la tercera parte del libro, el autor anota unas conclusiones en las que deja para la posteridad los cimientos de una serie de principios jurídicos y políticos que llegan a convertirse en la base de la Constitución y del Estado que sobrevino en especial en el siglo XVII. En el capítulo I de esta tercera parte, recuerda su conflicto contra el Vaticano, en el que había tomado partido a favor del Imperio, atribuyendo a la posición vaticana, la falta de paz entre los reinos europeos. Marsilio empieza sus conclusiones con la fundamentación sobre lo que estaba incurriendo su rival: «En lo que antecede hemos asignado la causa que se da para la discordia e intranquilidad de algunos reinos y comunidades civiles y que se dará para los demás si no se remedia: la idea, el deseo, y el empeño con que el obispo romano y el grupo de sus clérigos tienden a apoderarse de cada uno de los principados y a poseer los bienes temporales hasta lo superfluo»¹⁰².

Cuando justifica por qué denominó a su obra como *El defensor de la paz*, ya no exteriorizando la justificación de su disputa intelectual y de cierta manera hasta personal contra el obispo de Roma, sino más bien llega a presentar de una forma prospectiva, una explicación sobre una forma de constitucionalismo de aquel siglo, aún distante de la configuración del concepto que empleamos en nuestros días, pero que sentaría las bases del camino constituyente de la Constitución medieval, de la modernidad jurídica y política. Lo expresa así:

¹⁰² Marsilio de Padua, *El defensor de la paz*, Madrid: Tecnos, 1989, 533.

«Por él, tanto el príncipe como el súbdito pueden comprender cuáles son los primeros elementos de cualquier ciudadanía, que hay que observar para la conservación de la paz y de la propia libertad. Porque el primer ciudadano o la primera parte del régimen civil, a saber, el príncipe, ya sea un hombre o muchos, comprenderá, por las verdades escritas en este libro, humanas unas, divinas otras, que a él sólo le compete la autoridad de mandar a la multitud sometida colectiva o individualmente, y de castigar a cada uno, si es preciso con las leyes dadas, y de no hacer nada fuera de ellas, sobre todo en lo dificultoso, sin el consentimiento de la multitud sometida, o del legislador, ni provocar a la multitud ni al legislador, porque en la expresa voluntad de éste estriba la voluntad del principado»¹⁰³.

En el capítulo II, reseña lo más importante de su filosofía contenida en *El defensor de la paz*. A continuación, transcribimos dichos criterios acompañados de un breve comentario asociado a conceptos contemporáneos para evidenciar la evolución de su pensamiento:

«5. Ningún mortal puede dispensar de los preceptos y prohibiciones de la ley evangélica. Pero prohibir, dentro de lo que está permitido, obligando a la culpa o a la pena para el estado de la vida presente o futura, sólo lo puede el concilio general o el legislador humano fiel, y ningún otro colegio parcial o persona particular de cualquier condición que sea»¹⁰⁴.

Encontramos dos partes claramente definidas por Marsilio: una teocracia cristiana determinada por la «ley evangélica»¹⁰⁵ y una potestad exclusiva (y a la vez excluyente) del legislador humano. En esta aseveración aparece el derecho natural asociado a lo divino cristiano, propio de la época en la que vivió Marsilio y que ya había sido planteado

¹⁰³ Marsilio de Padua, *El defensor de la paz*, op. cit., 541.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 535.

¹⁰⁵ Lo que en ese entonces era una corriente occidental.

por Aquino. El paduano aplica, en primer término, la enseñanza tomista de la clasificación de la ley¹⁰⁶ en la que prima la ley eterna¹⁰⁷ sobre las demás. En cuanto a la ley positiva, donde la positiva se divide en divina y humana, aunque en un segundo plano le otorga un sentido original a la función de la ley humana, dotándola de un grado de independencia respecto a la ley evangélica si cumple con el presupuesto de «prohibir, dentro de lo que está permitido, obligando a la culpa o a la pena para el estado de la vida presente o futura».

«6. *El legislador es sólo la universalidad de los ciudadanos o la parte más prevalente de ella*»¹⁰⁸.

Podemos concluir que esta es la esencia de su pensamiento. Resume su aportación en un primer intento para que se tome distancia entre el rol de la Iglesia católica, y en general de cualquier clericalismo, frente del Estado. No se trata de una representación más, como la que ya se daba en algunos estamentos en Roma, sino que la representación marsiliana se proyecta como aquella que se fundamenta en la soberanía popular más generalizada a la de tiempos antiguos, porque parte de una premisa con mayor alcance: la igualdad de toda la comunidad de cristianos.

¹⁰⁶ La clasificación de la ley que realizara Aquino conlleva las discusiones que en esta temática se venían haciendo desde la antigüedad, especialmente desde el estoicismo.

¹⁰⁷ De la cual conceptualiza de la siguiente forma: «la ley eterna no es otra cosa que la razón de la sabiduría divina en cuanto a principio directivo de todo acto y de todo movimiento». Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología II*, parte I-II, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989, 723.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 535.

La parte prevalente de la universalidad ciudadana es la idea que nutre la teoría de la representación que conocemos en la actualidad, con críticas a favor o en contra, que bajo la cualificación que se otorgue respecto a si es más o menos democrática, sigue siendo un postulado vigente, en especial en las sociedades occidentales.

Legislar para los hombres, es decir, respecto a asuntos terrenales entiende a la comunidad humana como el espacio natural donde los hombres desenvuelven su vida. Es decir, aparta a Dios¹⁰⁹ de esa *naturaleza* de los asuntos del legislador humano.

«8. *En las leyes humanas, sólo el legislador, u otro con la autoridad de él puede dispensar*»¹¹⁰.

La pauta interpretativa de esta conclusión pasa por esclarecer el alcance de la «dispensa» para luego analizar las razones por las que la configura como una potestad exclusiva del legislador fiel. Durante el tiempo que tomó al cristianismo convertirse en la religión imperante en el mundo antiguo europeo, existieron diversas posiciones teológicas, que, en unos casos, fueron más apegadas a la literalidad de la Biblia que otros, e incluso, algunas todavía se mantienen con similar fuerza para procurar fundamentar y darle sentido no solo al comportamiento de los

¹⁰⁹ Una forma de entender este planteamiento se resume en la idea de que «la fuente del poder terreno ya no es Dios, sino el ser humano, y la naturaleza que tiene. El Estado tiene un valor en sí, porque responde a las necesidades naturales del hombre». Mattias Vollet, «Vestigios protodemocráticos en la edad media tardía: Marsilio de Padua, Nicolás de Cusa», en *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, ed. Rodolfo Arango, Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, 31.

¹¹⁰ *Ibid.*, 535.

fieles, sino un margen de legitimidad a la Iglesia católica y a sus estructuras.

En el periodo que analizamos, la dispensa consistía en el otorgamiento de un privilegio por parte de la Iglesia en cuanto excepcionalidad del cumplimiento de las leyes generales. Un acto jurídico emanado de la autoridad competente por el que el poder papal se sobreponía al poder monárquico, para que el ámbito de aplicación del segundo fuera, excepcionalmente, incumplido ante el otorgamiento de la concesión papal de la dispensa.

La dispensa se convierte en una especie de veto papal, una supralegalidad, que servía como mecanismo declarativo de un derecho. Por lo tanto, la dispensa era una facultad jurídica crucial para imponer la voluntad de la Iglesia sobre el Estado. Su cimiento teológico era el concepto de «gracia» y cuando Marsilio expresa que la dispensa solo corresponde al legislador fiel, despoja a la Iglesia de un importante elemento por el que ejercía su poder. Invierte el rol de los sujetos de la dispensa que trae como consecuencia la intención de un innovador cambio en la relación de poder en favor de los monarcas.

«9. Un principado elegido y cualquiera otro oficio depende solamente de la elección de aquel que tiene autoridad para ella, y de ninguna otra confirmación o aprobación»¹¹¹.

El Vaticano de aquel entonces ejercía una especie de fuerza *supranacional* que pretendía ser el marco de legitimación del poder de

¹¹¹ *Ibid.*, 535.

las monarquías europeas, que para el presente análisis serían un poder *nacional*. Aquella *supranacionalidad* papal podía correr riesgo si llegaba a imponerse el criterio de que no era necesaria su manifestación ante la constitución del gobierno monárquico de la época. Este aspecto tendría impacto en la relación posterior que mantendrían los distintos reinos europeos con los Papas, como el trato favorable que a finales del XV se daría con la Corona española y el arbitrio en apoyo de esta que hiciera Alejandro VI en desventaja de la Corona portuguesa.

Sin la consolidación de este poder jurídico, cuestionado por Marsilio de Padua en el siglo XIV, la conquista europea del Nuevo Mundo no habría seguido el transcurso ya conocido. La figura jurídica de las bulas pontificias, que ya existían de antaño, tendría mayor jerarquía como fuente normativa, de inmediato y obligado su cumplimiento.

«10. La elección de cualquier principado o de otro oficio que se ha de instituir por elección, principalmente del que tiene fuerza coactiva, depende de la sola voluntad expresada por el legislador»¹¹².

Es la proyección de varios de los antecedentes de las democracias contemporáneas. El legislador fiel, asumido como la manifestación de la autoridad y poder de la comunidad, es el titular de dicho poder de la ciudad (de la comunidad política). El principado al que se refiere es el Estado, posteriormente denominado así por Maquiavelo. El poder público se empieza a pensar como expresión de la voluntad general, concepto surgido siglos posteriores. El problema central había sido

¹¹² *Ibid.*, 536.

resuelto sobre quién es el legislador y a partir de esa idea el resto de las instituciones políticas oficiales podrían ser deliberadas. En la actualidad, la mayoría de los países del mundo siguen la línea de la democracia directa como forma de constituir la autoridad pública, tanto en gobiernos locales como en gobiernos a nivel nacional y coexisten con monarquías y teocracias.

«12. A la sola autoridad del gobernante fiel pertenece el designar las personas, su calidad y número, para los oficios de la ciudad, igual que para todo lo demás que comporta el orden civil, según las leyes, y las costumbres aprobadas»¹¹³.

Para Marsilio, la formación del gobierno de la ciudad es otra potestad que recae sobre el legislador humano, por lo que el gobierno *fiel* implica un gobierno de ciudadanos establecido por la elección de los legisladores, que son todos los fieles cristianos. La libertad que tiene el gobernante para nombrar al resto de funcionarios de la ciudad involucra la no injerencia de otro poder que interfiera en dichas designaciones. Nos encontramos frente a dos temas importantes como son la distinción entre gobierno y parlamento y, la conformidad de acuerdo con la ley de las actuaciones de gubernamentales, que siglos después tendrán su perfeccionamiento en el campo de la política.

El primero asocia la idea de una clara diferenciación entre el del legislador y las funciones del gobierno, por lo que bien podríamos aseverar que la clásica división de poderes empieza a esbozarse desde el momento en que Marsilio atribuye al legislador la competencia para

¹¹³ *Ibid.*, 536.

elegir al gobernante¹¹⁴. En este sentido, se reconoce un grado de autonomía a este para que designe los cargos de la ciudad subordinándolo a unas fuentes legales y consuetudinarias. Derivado de esto, la conclusión nos aproxima a relacionar este enfoque con el parlamentarismo como forma de gobierno, que es típica en países europeos, con sus distintas variables.

El segundo, vincula al desempeño del gobierno de acuerdo con el principio de legalidad, es decir, a que los actos de organización y funcionamiento gubernamentales tampoco han de ser una máxima discrecional pues deben ceñirse a los preceptos de la ley.

«13. Ningún gobernante y menos un colegio parcial o persona singular, de cualquier condición que sea, tiene la plenitud del imperio, o de la potestad sobre los actos privados o civiles de otros, sin la determinación del legislador mortal»¹¹⁵.

La incidencia del poder clerical era una realidad hegemónica que no solo tenía presencia en el campo de la política en sentido estricto, de los asuntos del Estado y del gobierno, sino que se trasladaba e imperaba en los asuntos entre las personas, lo individual, su relacionamiento y en

¹¹⁴ Este principio ha evolucionado en algunas variables constitucionales de la actualidad en la que se presenta la necesidad de expresar la confianza del legislador en el gobernante, como en Perú, país en el que el artículo 130 de la Constitución recoge la figura de la cuestión de confianza a la política general del gobierno. Aragón Reyes, al analizar a la monarquía parlamentaria, destaca que «[e]l resultado de esa evolución es el mismo: el Rey ya no es soberano, que lo es el pueblo, el Rey no legisla, sino el Parlamento, el Rey no gobierna, sino el ejecutivo, sólo ha de gozar de la confianza del parlamento». Manuel Aragón Reyes, «Introducción», en *El Gobierno. Problemas constitucionales*, coords. Manuel Aragón Reyes y Ángel Gómez Montoro, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 29.

¹¹⁵ *Ibid.* 536.

el sistema de creencias. La confluencia entre Iglesia y Estado que se vive en este tiempo llega a imponer una regulación que, esencialmente, se dirige hacia las relaciones privadas e individuales, no ajenas a los intereses de la Iglesia, de manera especial sobre las instituciones jurídicas relativas a la propiedad y la familia. Este es otro punto neurálgico que refuta Marsilio, delimitando la capacidad de normar esta clase de actos y relaciones solo como atribución del legislador humano y sacando de esta esfera al clero y sus estructuras. Tanto en esa época, como en siglos venideros un argumento como este sería una indiscutible afectación al poder de la Iglesia católica.

«15. Sólo el gobernante, con la autoridad del legislador, tiene jurisdicción coactiva, tanto real como personal, sobre toda persona singular mortal de cualquier condición que sea y sobre el colegio de laicos o de clérigos»¹¹⁶.

La jurisdicción coactiva cuyo origen se da por la voluntad del legislador humano es la clave de la salida de un pensamiento teocrático de corte agustiniano donde se había consolidado la *plenitud del poder* de la Iglesia católica. La expresa subordinación eclesial a la autoridad del común de los fieles, que eran todos los ciudadanos desde la perspectiva de la *universalidad* expresada por Marsilio, acentuaba la ruptura con la Iglesia, debido a que el paduano señalaba que tanto las personas como sus patrimonios quedaban a merced del poder gobernante civil. La reflexión se puede orientar hacia una negación de cualquier medida de castigo o pena que pueda ser aplicada por estamento alguno de la Iglesia. Es más, las propias estructuras eclesiales deberían estar sometidas a la

¹¹⁶ *Ibid.*, 536.

potestad de la jurisdicción coactiva, que significaría una pérdida de dominio con innegables repercusiones y alteraciones políticas.

«27. Satisfecha la necesidad de los sacerdotes y de los otros ministros del evangelio y de las cosas que pertenecen al culto divino, puede el legislador usar de los bienes eclesiásticos en todo o en parte para las utilidades comunes o públicas, o para la defensa»¹¹⁷.

El poder de la Iglesia estaba muy ligado a la riqueza generada y a la que se podía seguir obteniendo bajo el desempeño de la función de quien se impone, sea por medio de las armas, como con las convicciones y creencias que genera la religión. Marsilio era consciente de ese vínculo entre poder y economía y a través de esta conclusión apunta directamente a menoscabar uno de los pilares de dichos privilegios, la propiedad que tenía sobre bienes de mucho valor.

Por paradójico que pueda resultar, el argumento del paduano es muy cristiano y no se aleja de la reivindicación de algunas órdenes religiosas como la franciscana sobre cómo debería proceder la Iglesia en estos asuntos. La plena disposición de los bienes de la Iglesia a cargo del poder civil, luego de cumplida la condición de satisfacción de las necesidades propias del desempeño clerical, fue una clara amenaza al patrimonio de los altos jerarcas que Marsilio debió enfrentar. Se debería llegar a los tiempos de Martín Lutero para que la Iglesia sienta de manera real, en sus altos dirigentes la afectación económica por la difusión de sus conocidas *95 tesis* en las que cuestiona la venta de indulgencias con el pretexto de una salvación del purgatorio. Marsilio y Lutero, aunque

¹¹⁷ *Ibid.*, 538.

con los matices de su propia época, convergen en su lucha filosófica contra el Papa y dirigen sus argumentos contra una parte del poder del Vaticano que era la forma en la que obtenía sus bienes y demás recursos económicos.

«29. A sólo el legislador fiel pertenece el conceder dispensa a un grupo cualquiera o a un grupo religioso, igual que aprobarlo o instituirlo»¹¹⁸.

Esta conclusión se relaciona con la octava conclusión que ya la examinamos sobre lo que jurídicamente significaba la dispensa, aunque aquí Marsilio se centra en la dispensa de los grupos, como los religiosos, que nos lleva a plantear una segunda parte del análisis, centrada en los destinatarios de esta, no en lo individual, sino en un ámbito grupal. Para este propósito observamos que el paduano atribuye como capacidad del legislador la de *aprobar* o *instituir* a cualquier grupo, sea este religioso o no. Entendiendo que reconstituye los roles en la sociedad de la Iglesia y del gobierno civil a raíz de otorgar el poder humano al legislador, que eran todos los ciudadanos, podemos entender que la segunda parte de esta conclusión se asemeja a una potestad estatal que en nuestros días nos puede parecer normal, como la aprobación por parte de las distintas administraciones públicas, del funcionamiento de diversas organizaciones, como un sindicato, un club deportivo, una asociación de vecinos, o incluso de grupos religiosos. Esta noción no es ajena a la que emplea el Estado en la actualidad que, desde una perspectiva más sociológica, se asimila como la máxima de las organizaciones

¹¹⁸ *Ibid.*, 538.

sociopolíticas, ubicándose en la cima de la jerarquía de la organización social, encargada de conceder la vida jurídica a las demás.

«30. Juzgar con juicio coactivo o a los herejes y a todos los delincuentes, a los que hay que castigar con pena o suplicio, infligir penas personales y exigir las reales y aplicarlas, pertenece sólo a la autoridad del gobernante, según la disposición del legislador humano»¹¹⁹.

Nos encontramos frente a la dimensión jurídica del derecho al debido proceso o a un proceso justo, específicamente a la tipificación de los delitos y las penas en la ley, por lo que el juzgamiento de actos criminales no podía ser otro que el resultado de la aplicación de la ley. Marsilio deja en claro que esta potestad le corresponde al legislador humano. Apartar a la Iglesia de todo poder punitivo era un avance considerable hacia distinguir el papel de los asuntos religiosos y aquellos que le eran propios a la ciudad. Si analizamos el proceder eclesial de siglos siguientes, apreciaríamos esta conclusión de Marsilio de Padua, como la manera de evitar las consecuencias de la inquisición.

Al día que se terminó de escribir *El defensor de la paz* habían transcurrido ciento nueve años y nueve días desde la promulgación de la Carta Magna por la que se zanjaban las disputas entre Juan I de Inglaterra y sus barones y parece que Marsilio no es ajeno a su contenido, que incluye las renovaciones anuales que se habían realizado desde 1215. Nos interesa de manera especial la cláusula 39¹²⁰ de dicho documento

¹¹⁹ *Ibid.*, 538.

¹²⁰ Véase: «National Archives», Magna Carta, consultado el 26 de febrero de 2022, <https://www.archives.gov/exhibits/featured-documents/magna->

1.3 Política y derecho aplicado en la invasión al Nuevo Mundo.

1.3.1. – Nociones de guerra y república: la antesala de 1492.

Las concepciones de ley, justicia, conocimiento, religión, Iglesia, valores, fines, orden social, gobernantes, imperios, titularidad de derechos, entre otras categorías, llegarían a concurrir en un término (que en cierta medida las integra, las relaciona y sobre la que se levanta la modernidad en el derecho): el Estado¹²¹, por ende, el *poder*.

Siendo el Estado el objeto principal de la obra de Nicolás Maquiavelo, y en adelante, de la mayoría de los filósofos, tanto de la política como del derecho, es allí donde se empieza un camino muy largo por la monopolización de la producción de las normas y ejercicio de un poder que pretende ser *legítimo*, sea en cualquiera de las formas de gobierno imperantes, como la monarquía absolutista, hasta el parlamentarismo y presidencialismo de tinte republicano.

Maquiavelo es conocido por *El Príncipe* pese a que una mayor contribución de índole académica se reflejaría en sus *Discursos sobre la*

¹²¹ El término «Estado» no tuvo un común acuerdo en el contexto de su uso en Europa al inicio de la Edad Moderna. La utilización de esta palabra aludía a distintas maneras de comprender expresiones de poder en la sociedad. Skinner las reseña en clave del momento fundacional moderno y a partir de ellas nos presenta una definición: «(...) el término estado comenzó a ser usado con mayor confianza para aludir a un tipo específico de unión o asociación civil, la de una universitas o comunidad de personas que viven bajo la autoridad soberana de un monarca o grupo gobernante reconocido». Quentin Skinner, «Una genealogía del Estado moderno», *Estudios Públicos*, n° 118 (2010): 8.

primera década de Tito Livio, que no tiene la fama del primero pero que trasciende por ser una teoría política en la que, a partir del estudio de la antigua Roma, específicamente a la *república* como forma de gobierno de aquel imperio, la evoca con el fin de interpretar las dinámicas políticas. La aproximación a la república, primero en el ámbito europeo y después en su extrapolación al ámbito colonial de Hispanoamérica, tendrá un análisis en el capítulo II de la tesis doctoral, pero en esta parte de la investigación nos interesa abordar algunas de sus reflexiones acerca de la república como rasgo de la premodernidad y su tránsito a la modernidad.

Para entender estos trabajos del florentino debemos saber que reflejan una fase de su vida en la que estuvo vinculado al servicio público, especialmente en misiones diplomáticas que le dotaron de valiosas experiencias sobre las que escribiría, de manera empírica, sus textos más destacados. Si bien no llegó a estar en primera fila de la política de Florencia, su agudeza se construyó en base a un inusual ascenso y permanencia como secretario de la segunda cancillería¹²², de 1498 a 1512, que tenía una significativa función en el gobierno florentino, al encargarse de los asuntos de comunicación y coordinación de los territorios, además de temas de milicia.

Desempeñó también, en 1498, la función de secretario de los Diez de Libertad y de Paz, que según lo reseña Forte Monge, era una

¹²² Porque este cargo involucraba una serie de apoyos de ciertas élites que respaldaron a Maquiavelo.

«magistratura con competencias en el ámbito militar y de la guerra»¹²³, temática que no le era ajena al haber revisado el funcionamiento de la legión romana, a partir de lo que reflexionaría sobre ejércitos modernos¹²⁴. Este estudio tendría influencia en quienes años después a su muerte sostendrían los argumentos para mantener acciones bélicas contra los indígenas americanos erigiendo todo un derecho de guerra que sería contrastado por Francisco Vitoria, como veremos en adelante.

Maquiavelo parte en sus *Discursos* de un amplio examen de la Roma republicana y de la virtud en Cicerón para describir la relación entre el proceder moral de los dirigentes y sus efectos en la comunidad política:

«Puede llamarse feliz a una república donde aparece un hombre tan sabio que le da un conjunto de leyes, bajo las cuales cabe vivir seguramente sin necesidad de corregirlas. (...) Por el contrario, es desdichada la república que, no sometándose a un legislador hábil, necesita reorganizarse por sí misma, y más infeliz cuanto más distante está de una buena constitución, en cuyo caso se encuentran aquellas cuyas viciosas instituciones las separan del camino recto que las llevaría a la perfección, siendo casi imposible que por accidente alguno la consigan»¹²⁵.

¹²³ Juan Manuel Forte Monge, Estudio introductorio: Maquiavelo, el arte del Estado, en Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (Madrid: Gredos, 2011), XXIII.

¹²⁴ En su proemio a *Del arte de la guerra* expone la importancia que tienen los asuntos militares para el mantenimiento de los cuerpos políticos al manifestar que «[e]l mejor de los regímenes, sin protección militar, correría la misma suerte que aguardaría a las estancias de un soberbio y real palacio que, aun resplandecientes de oro y pedería, carecieran de techo y no tuvieran nada que las resguardase de la lluvia». Maquiavelo, *Del arte de la guerra*, trad. Manuel Carrera Díaz (Madrid: Tecnos, 1995), 6.

¹²⁵ Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid: Gredos, 2011, 259.

El florentino plantea que las repúblicas romanas habían tenido tres clases de gobierno: «monarquía, aristocracia y democracia»¹²⁶. Analiza a cada una de ellas con el fin de explicar su ineficacia en la acción de gobernar la Antigua Roma. Llama la atención su cuestionamiento frontal a la monarquía, dada su posición hegemónica en Europa, que, al igual que Marsilio de Padua, lleva a que sus obras reciban una condena intelectual, fomentada no solo por la Iglesia, sino también por las instituciones monárquicas que vieron en su labor la deslegitimación de su existencia, ante la referencia que el florentino realizaba mediante los ejemplos de la decadencia romana.

«Entonces se conoció la diferencia entre lo bueno y honrado, y lo malo y vicioso, viendo que, cuando uno dañaba a su bienhechor, producíanse en los hombres dos sentimientos, el odio y la compasión, censurando al ingrato y honrando al bueno. Como estas ofensas podían repetirse, a fin de evitar dicho mal, acudieron a hacer leyes y ordenar castigos para quienes las infringieran, naciendo el conocimiento de la justicia, y con él que en la elección de jefe no se escogiera ya al más fuerte, sino al más justo y sensato.

Cuando, después, la monarquía de electiva se convirtió en hereditaria, inmediatamente comenzaron los herederos a degenerar de sus antepasados y, prescindiendo de las obras virtuosas, creían que los príncipes sólo estaban obligados a superar a los demás en lujo, lascivia y toda clase de placeres. Comenzó, pues, el odio contra los monarcas, empezaron éstos a temerlo y, pasando pronto del temor a la ofensa, surgió la tiranía»¹²⁷.

La república que Maquiavelo se empieza a delinear como un sinónimo de Estado. Se piensa como un primer paso hacia normalizar la participación de los ciudadanos, que es planteado por él como una conveniencia pública, antes que un derecho¹²⁸. Empieza a proyectar el escenario donde se toman las decisiones del poder. Incluso, se atribuye

¹²⁶ Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., 259-260.

¹²⁷ *Ibid.*, 260.

¹²⁸ Cfr. María Luisa Soriano González, «De la República de Maquiavelo a la República de Giannotti», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 4 (2009): 187.

al florentino el término de *razón de Estado* al supuesto «conjunto de aquellas medidas políticas que descubiertas por la razón humana hacen posible la conservación del todo político»¹²⁹ (*sic*).

Puede ser que esta apreciación le haya permitido eludir los ilimitados dogmas del derecho natural cristiano de su época y acercarse al pragmatismo de la dinámica política de nuestro tiempo, donde muchas acciones de agregación de intereses dependen de los discursos y programas de las organizaciones políticas, más allá de lo que dicten las convicciones religiosas de las personas, aunque en ocasiones, éstas se convierten en discursos políticos.

Maquiavelo pretende llegar a una innovación para su época¹³⁰ sobre el gobierno mixto que siglos después sería tomada en cuenta, por ejemplo, en la monarquía hispánica, por autores como Domingo de Soto o Francisco Suárez¹³¹ o, con ciertas modificaciones, los intelectuales ilustrados precursores de la emancipación americana; nos referimos a las bondades de un gobierno donde estuvieran incluidos todos los estamentos de la sociedad premoderna. Equivale a una disimulada estrategia para posicionar la igualdad a través de mecanismos para que las decisiones del poder cuenten con el pronunciamiento popular¹³², que solo tendría la oportunidad de participar en una democracia. Acerca de

¹²⁹ José Antonio Fernández-Santamaría, *Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco (1595-1640)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, 36.

¹³⁰ Que conlleva la tradicional calificación de maquiavélico a la mezcla de ingenio y supuesta maldad.

¹³¹ Véase Joan Pau Rubiés, «La idea del gobierno mixto y su significado en la crisis de la Monarquía Hispánica», *Historia Social*, nº 24 (1996): 67.

¹³² Como en el Parlamento, en Inglaterra; los Estados Generales, en Francia o las Cortes, en España.

las bondades del gobierno mixto, escribió: «[d]igo, pues, que todas estas formas de gobierno son perjudiciales; las tres que calificamos de buenas, por su escasa duración, y las otras tres, por la malignidad de su índole. Un legislador prudente que conozca estos defectos, huirá de ellas, estableciendo un régimen mixto que de todas participe, el cual será más firme y estable; porque en una constitución donde coexistan la monarquía, la aristocracia y la democracia, cada uno de estos poderes vigila y contrarresta los abusos de los otros»¹³³.

En *El Príncipe*, precisamente cuando habla de los principados eclesiásticos, pese a que no profundiza en ellos, por estimar que son asuntos que corresponden a Dios, sí efectúa una reflexión cuya conclusión alerta a cualquier gobernante de su tiempo que lo manifiesta desde una inquietud que despeja al final de su análisis:

«Empero, alguien preguntarme cómo ha llegado en lo temporal a adquirir la Iglesia tanto poder, cuando antes de Alejandro los potentados de Italia, y no sólo quienes a sí mismos se llamaban potentados, sino cualquier barón o señor de mínimo rango, en lo temporal la estimaban en poco, mientras hoy un rey de Francia tiembla ante ella, pues lo ha podido expulsar de Italia y hundir a los venecianos (aunque conocida la cosa, no considero superfluo rememorarla en buena parte).

(...) Jamás se mantendrán en calma dichas facciones mientras cuenten con cardenales, ya que alimentan, en Roma como fuera de ella, las facciones y los barones se ven obligados a defenderlos: es así como, de las ambiciones de los preladados, nacen las discordias y los altercados entre los barones (...)»¹³⁴.

La vida de Maquiavelo y su herencia para la política y el derecho coinciden con uno de los hechos más importantes y definitorios en el tránsito hacia la modernidad: el encuentro entre Europa y América,

¹³³ *Ibid.*, 262.

¹³⁴ Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, Madrid: Gredos, 2011, 38-39.

ocurrido el 12 de octubre de 1492. Aquel, sería un año importante para la actual España, con resonancia en toda Europa, especialmente por los siguientes hechos históricos:

- El triunfo definitivo, el 2 de enero, de los Reyes Católicos contra los musulmanes.
- La expulsión de los judíos sefardíes, el 31 de marzo, que se haría efectiva en el mes de agosto.
- La elección como Papa, el 11 de agosto, del cardenal valenciano Rodrigo de Borja, el Papa Alejandro VI.
- La llegada de Cristóbal Colón, el 12 de octubre, a lo que se denominaría Nuevo Mundo.

Le entrega de Granada, por parte del último Emir, pondría fin a la larga travesía que pasaría la Península ibérica –y con ella el resto de Europa- para vencer a los musulmanes que habían invadido y permanecido allí desde el año 711. Otra cuestión trascendental de 1492 fue la expulsión de los judíos a través del conocido Edicto de Granada¹³⁵. En este mandato, los Reyes Católicos dispusieron el 31 de marzo, que en

¹³⁵ Por ende, Nos, en concejo e parecer de algunos prelados, e grandes e caballeros, e de otras personas de ciencia e de conciencia, aviendo avido sobrello mucha deliberación, acordamos de mandar salir a todos los judíos de nuestros reinos, que jamás tornen; e sobrello mandamos dar esta carta por la cual mandamos. . . que fasta el fin del mes de julio que viene salgan todos con sus fijos, de cualquier edad que sean, e non osen tornar. . . bajo pena de muerte. E mandamos que nadie de nuestros reinos sea osado de recibir, acoger o defender pública o secretamente a judío nin judía pasado el término de julio. . . so pena de confiscación de todos sus bienes. Y porque los judíos puedan actuar como más les convenga en este plazo, les ponemos bajo nuestra protección, para que puedan vender, enagenar o trocar sus bienes. Les autorizamos a sacar sus bienes por tierra y mar, en tanto non seya oro nin plata, nin moneda nin las otras cosas vedadas. Otrrossí mandamos a nuestros alcaldes, corregidores. . . que cumplan y hagan cumplir este nuestro mandamiento. Y porque nadie pueda alegar ignorancia mandamos que esta Carta sea pregonada por plazas e mercados».

el plazo de cuatro meses los judíos, debían salir de los territorios de sus reinos. Esta medida contra los judíos tenía precedentes, tanto en los territorios de Castilla y Aragón, como en otras ciudades europeas, con el establecimiento obligatorio de barrios especiales para los judíos que se conocían como juderías y la imposición de señales para poder identificarlos.

Las razones principales son de índole religiosa, propio de esta época, pero lo importante de ello es cómo se manifiesta en esta acción la expresa preminencia de una cultura sobre otra, algo a lo que los pobladores ibéricos no vivieron en similar magnitud en los más de setecientos años de presencia musulmana. Algo parecido al proceder con los judíos sería replicado por los españoles con los nativos de América y que, más adelante, se profundizará en la controversia entre Bartolomé de Las Casas frente a Juan Ginés de Sepúlveda.

El 11 de agosto de 1492, llegaría al poder de la Iglesia católica el cardenal Rodrigo de Borja, adoptando el nombre de Alejandro VI. Su presencia en Roma sería crucial para que la Corona de Castilla y Aragón pudiera legitimar como de su propiedad las tierras encontradas en octubre de 1492. De igual manera, para tener una mejor posición frente a Portugal en el reparto del Nuevo Mundo ya que sus bulas papales¹³⁶ fueron fundamento de la parte castellana, en el Tratado de Tordesillas, de 7 de junio de 1494, suscrito por ambas metrópolis.

¹³⁶ La bula *Inter caetera* de 1493; la bula *Eximiae devotionis* de 1493; la bula *Dudum siquidem* de 1493 y la bula *Aeterni regis* de 1481.

Como podemos notar, en este momento de la investigación, estamos por primera vez ante la necesidad de empezar a analizar en dos continentes nuestro objeto de estudio. Al tema que ahora se va a indagar le ha precedido aquello que subyace a un sistema jurídico, en cualquier tiempo y lugar del mundo: las ideas imperantes, sea por legitimidad, fuerza o interés. El constitucionalismo es una categoría forjada en Europa y hasta ahora hemos analizado las condiciones previas sobre las que posteriormente se trasladó, o quizá podríamos decir, en la que se trasplantó en el Nuevo Mundo. Una idea acerca de la implantación y tráfico de las instituciones jurídicas es la que nos presenta Daniel Bonilla cuando señala: «El comercio, los procesos de colonización y emancipación, los proyectos evangelizadores del Cristianismo, los esfuerzos de integración regional y la globalización, por ejemplo, han sido factores poderosos para el encuentro de los diferentes sistemas y tradiciones jurídicas que han existido en la historia de la humanidad»¹³⁷.

Este autor nos reseña tres modelos que son plenamente distinguibles en trasplantes jurídicos¹³⁸: pragmático, contextual y

¹³⁷ Daniel Bonilla, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2009, 11

¹³⁸ Actualmente, se presentan una serie de ejemplos sobre trasplantes jurídicos que responden a estos modelos teóricos. Señalamos algunos: la reorientación de los sistemas penales nacionales en América Latina a partir de las directrices u orientaciones del sistema acusatorio de los Estados Unidos, en los que la Fiscalía o Ministerio Público, según sea el caso, juegan el rol clave en la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal; las instituciones de derecho comunitario andino dieron lugar a que la acción por incumplimiento que se tramita en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina haya sido tomada e implementada en la vigente Constitución de Ecuador como un mecanismo garantista en el marco de las acciones jurisdiccionales; las medidas económicas que en el plano nacional deben aplicar los países que reciben créditos de organismos financieros internacionales como el Fondo Monetario Internacional; en Latinoamérica, especialmente en algunos países de Suramérica, tanto el derecho civil como el derecho administrativo, tienen una arraigada tradición del derecho francés producido por Napoleón Bonaparte, entre otros.

valorativo. La practicidad del primer modelo pasa por la capacidad que el trasplante exponga en la solución de un problema bajo el fundamento de la experiencia que se ha tenido en otras zonas, por lo que la importación de una figura jurídica se produce bajo la amplia expectativa del resultado de trasplante, por lo que podemos afirmar que el modelo pragmático se basa en los fines de la colocación.

Por su parte, el modelo valorativo se ocupa de las razones axiológicas del trasplante, valores que en el espectro de tiempo que se apliquen o estudien no obligatoriamente implican una acción correcta, sino solo descriptiva, generalmente de los valores que se tienen por quién exporta la institución jurídica, sus intereses y principios imperativos. Por ejemplo, podemos señalar toda la empresa jurídica que significó la traslación del cristianismo desde Europa a *Abya Yala*¹³⁹, que no solo era teológica, sino que dado el Estado confesional de los siglos XV al XVIII la religión representaba el derecho.

La titularidad de derechos o la condición de sujeto de derechos en la conquista española dependía del grado en la que podía obtener un grado de reconocimiento y posicionamiento en la esfera de la Iglesia católica, comenzando por la obtención de un nombre a través del bautismo, el acceso a la educación en centros de enseñanza en los que el clero tenía el monopolio de la instrucción y donde había diferencias raciales practicadas por la Iglesia o incluso la ciudadanía estaba

¹³⁹ Es el término con que el pueblo kuna (actuales Panamá y Colombia) identificaba la dimensión geográfica y ancestral de lo que hoy se conoce como continente americano. Tiene una generalizada aceptación en los pueblos indígenas. Vale acotar que el propio Cristóbal Colón, hasta su muerte en 1506, no tuvo conocimiento que en 1492, en realidad, había llegado a un continente.

condicionada a tener unos determinados valores propios de ser católico y de tener unos ingresos económicos mínimos. Esta noción sirvió en tiempos de la conquista para sobreponer lo occidental sobre los pueblos originarios, la axiología válida fue la de Europa mediante la fuerza y bajo su sistema de creencias. Nos encontramos con el modelo contextual, cuya relación entre derecho y sociedad definen el marco del trasplante. La sociedad presenta una serie de cambios constantes que se proyectan en el derecho que la rige. Precisamente en los diferentes contextos sociales, económicos, culturales, políticos y hasta ambientales, es que podemos pensar en que los trasplantes afrontan riesgos dado que las realidades son diferentes tanto en el exportador como en el importador de figuras jurídicas.

En cuanto a la tradición o estado de la cultura jurídica europea, aún debemos exponer sus rasgos más relevantes, comenzando por su identificación como *ius commune* (derecho común) identificado por la literatura jurídica como *mos italicus*. El derecho común, no es más que un proceso de unificación de criterios regulatorios a partir de la decisión de casos concretos de los cuales surgen costumbres y doctrinas que se entienden como generales. Sus causas se remontan a la desagregación de reinos, provocada por la desintegración del Imperio Romano de Occidente en el año 476, de aquí que el *ius commune* intenta trasladarse como válido y aplicable en cualquier tiempo. El principal exponente de esta corriente es Bartolo de Sassoferrato¹⁴⁰ cuya actividad posglosadora

¹⁴⁰ Para tener una mayor visión sobre Bartolo de Sassoferrato, en el marco de una transición medieval y moderna del Derecho, véase: Alberto Leonart y Amselem, «Surgimiento de los Estados modernos y su impacto en el Derecho del Mar. Contribución doctrinal de Bártoolo de Sassoferrato», *Revista de Política Internacional* 156 (1978): 135-160.

sería fundamental para dar inicio al recorrido de la reconfiguración de las fuentes del derecho. Sus rasgos más relevantes, a criterio de Hespanha, son:

- «i) *unifica* las diversas fuentes del derecho (derecho justiniano, derecho canónico y derechos locales);
- ii) constituye un objeto *único* (o común) de todo el discurso jurídico europeo;
- iii) «trata» ese objeto según métodos y estilos de raciocinio *comunes*;
- iv) estos métodos y estilos fueron forjados por una enseñanza del derecho que era *idéntica* para toda Europa, y
- v) fueron a su vez divulgados por una literatura escrita en lengua que en aquel momento era *universal*, el latín»¹⁴¹.

La actividad jurídica que dio paso a este derecho fue la interpretación docta que en base a opiniones o criterios de quienes con *prudencia* daban soluciones que otorgaba el *ius*, es decir, gracias a la actividad de la *iuris prudentes*. Grossi amplía la comprensión de del derecho común al manifestar que «la *interpretatio* es una declaración, pero es también integración, corrección, modificación del texto, que se enfrenta a dos objetos, formalmente, el texto, materialmente, los hechos; que ella es la mediadora entre éstos y aquel»¹⁴². Esta labor se daría a la par que los Estudios Generales se fueron convirtiendo en las actuales universidades de Europa, especialmente en aquellas en las que se empleaba el latín, tal como se hacía antes en la Roma occidental, cuyo uso generalizado en el que hacer intelectual, del cual se llevaría a lenguas romances locales, redundaría en la uniformidad de conceptos y preceptos jurídicos que se implantarían en el continente europeo.

¹⁴¹ António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europea*, op. cit., 73.

¹⁴² Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Claudia Álvarez, Madrid: Marcial Pons, 1996, 225.

Un siguiente paso en esta evolución jurídica es el llamado «*mos gallicus*» que, como explica Carpintero¹⁴³, conlleva el hecho que sus seguidores asuman el momento específico que tuvo el derecho de Roma, respaldándose en la filología y en la historia para dar paso al surgimiento de un derecho propio y ya no dependiente de las soluciones de Roma de la Antigüedad.

La doctrina, costumbre y jurisprudencia interactuaban como guía de solución práctica puesto que la ley, como la conocemos en nuestro tiempo, gracias al positivismo jurídico, aún no se entiende como expresión de una voluntad general, dada la titularidad monárquica de la soberanía, pero, sin embargo, hallamos un antecedente de lo que *a posteriori* surgiría como concepto de ley. Con el tiempo, el trabajo de los jurisconsultos europeos va relegando al derecho romano por una primacía del derecho canónico y por los ordenamientos locales, como el caso de Castilla y León con Aragón, una vez consolidados ambos reinos por la alianza matrimonial de sus soberanos.

Históricamente, nos encontramos con la presencia castellana en las *Indias* por lo que el análisis jurídico ahora incluirá el factor de un nuevo objeto de regulación desde la óptica europea. El derecho que va creándose a partir de los primeros pasos de la conquista exhibe constantes lagunas que hace recobrar (por la visión imperial de los conquistadores) a los principios, interpretación y aplicación del derecho romano que, a manera de un derecho de *civiles*, terminaría por tener una amplísima influencia en la realidad del derecho indiano y en el estudio

¹⁴³ Francisco Carpintero, «Mos italicus», «mos gallicus» y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, en *Ius Commune*, ed. Helmut Coing, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1977, 109.

del derecho, cuya enseñanza aún persiste en las universidades latinoamericanas y orienta al entendimiento de instituciones de derecho público y privado.

Tanto el derecho romano como el *ius commune* tienen recepción en el campo de la práctica judicial en las *Indias*¹⁴⁴, el primero más como orientador doctrinal o subsidiario, mientras que el segundo arriba en las colonias de la América española como un derecho propio que había que seguirse y aplicarse. Sin perjuicio de profundizar sobre otros aspectos del derecho indiano en el siguiente capítulo, a manera de un tratamiento de teoría del derecho, quisiéramos desarrollar los enfoques que acerca de la *ley* se aplicaban en el derecho creado en las *Indias*. La ley «[d]entro del ámbito hispano la voz abarcaba -de modo amplio- a toda norma jurídica dada, en forma escrita, por el rey u otra autoridad. En sentido estricto era aquella disposición de carácter general y utilidad común promulgada por el rey en las Cortes»¹⁴⁵.

En la práctica, existían preceptos que podían ser normativos o resolutivos de carácter más particular. A partir de la casuística concreta las autoridades peninsulares y coloniales emitían disposiciones que intentaban vincular más allá de las partes involucradas. Es decir, de una situación particular, en ocasiones, se pretendía llegar a una norma de alcance general.

¹⁴⁴ Javier Barrientos Grandón, «“*Mos italicus*” y *práxis judicial indiana*», *Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos* 5-6 (1996-1997): 359-430. En el que se aprecia la recepción del *ius commune* o *mos italicus*, así como el tratamiento del Derecho Romano en la aplicación del derecho en las colonias hispanas en América.

¹⁴⁵ Víctor Tau Anzoátegui, *La ley en América hispana* (Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992), 33.

Las principales leyes, de alcance general fueron las *pragmáticas* y los *mandamientos de gobierno y justicia*, estos últimos, a su vez, se dividían en provisiones, reales cédulas y reales órdenes, todas estas normas emitidas en la península, directamente por el rey. Por su parte, la institucionalidad del Consejo de Indias emitía *cédulas* que llegaron a ser asumidas con el carácter de fuerza de ley, expresión que desde aquel tiempo servía para asimilar una norma, que no siendo exactamente las que tienen denominación ni jerarquía de la ley, llegan a tener sus mismos efectos¹⁴⁶. Las normas que eran emitidas por la institucionalidad que se encontraba en las propias *Indias*, las que permiten que se vaya constituyendo la producción de un derecho propio, como habíamos dicho en líneas anteriores. Tales normas fueron las *provisiones*, las *ordenanzas* y los *autos*¹⁴⁷.

El sistema de fuentes del derecho indiano, además de las *leyes* que lo conformaban, estaba altamente influenciado por la doctrina jurídica romana y teológica de su tiempo, así como por la costumbre, su interpretación, traslado desde Castilla o de aquellas que se venían realizando en las Indias, según sea el caso. De tal forma que «se produjo un movimiento tendiente a denominar como ley a un conjunto mayor de normas, dotándolas de una fuerza jurídica superior. Esta exaltación del vocablo conduce a caracterizar el Derecho castellano-indiano como un “derecho legal”, sin que esto signifique la exclusión de otras fuentes, algunas de las cuales -como la costumbre y la doctrina de los autores-

¹⁴⁶ Víctor Tau Anzoátegui, *La ley en América hispana*, 33-34.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 34-36, donde encontramos mayor detalle acerca de las clases de leyes indianas y sus ámbitos de aplicación.

ocuparon un lugar mucho más significativo del que habitualmente se les ha reconocido»¹⁴⁸.

1.3.2. – Dominio por ocupación: figura jurídica de la apropiación.

Este es un enfoque teórico y crítico contextualizado en tiempos contemporáneos con el cual retomaremos la revisión del derecho y con ello de los elementos primigenios que servirían de puente para que el constitucionalismo conste en el flujo de instituciones jurídicas exportadas a América.

En una idea inicial con la que nos podemos acercar a la noción con la que el derecho del conquistador se hizo presente en América, diríamos que «[l]as normas jurídicas son relatos elaborados siguiendo estrategias retóricas, cuyo fin es dar una apariencia de verdad absoluta. El derecho es una narración que intenta suprimir la distinción que existe entre realidad y ficción»¹⁴⁹. Jurídicamente, la apropiación territorial por parte de los españoles empezó por la apariencia de verdad absoluta de la inexistencia como persona de los indígenas, fórmula mixta entre lo jurídico y lo teológico con la que fue posible legalizar y legitimar la conquista, desde el derecho europeo de aquel entonces.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 37.

¹⁴⁹ Raúl Marrero-Fente, «Imperialismo, colonialismo y derecho: una crítica postcolonial de la razón jurídica en la conquista de América», en *Estudios transatlánticos postcoloniales, II Mito, archivo, disciplina: cartografías culturales*, Barcelona: Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, 2011, 155.

Desde el 12 de octubre de 1492, españoles e indígenas tuvieron contacto, aunque, claro está, limitado a las impresiones de la extrañeza que ambas partes provocaron en el otro ante la innegable diferencia de rasgos físicos y de la imposibilidad de comunicación en una misma lengua, y fue en ese mismo instante en que entra en marcha un derecho que desplaza a los seres humanos habitantes de las tierras a las que había llegado Colón, de su dominio y de su propio ser. La declaración colombina de la posesión de la isla no es solo una formalidad sino la puesta en marcha de un andamiaje jurídico que ya tenía alguna data y que estudiaremos a continuación por ser el primer derecho y ejercicio de gobierno o gobernación que llegó a América.

Si comenzamos a revisar el derecho de los reinos que iniciaron la invasión europea veremos que sus fuentes tenían la huella de un origen triple: el derecho romano, el derecho de Castilla y el derecho canónico. El legado de las instituciones jurídicas del derecho romano tenía vigencia en la mayoría de los reinos en los cuales se había desagregado el Imperio, ex provincias romanas, por ello, los Reinos de Castilla y Aragón, como los otros que le eran territorialmente próximos, como el de Portugal, conservaban un importante bagaje jurídico de Roma. Habían experimentado el surgimiento de cuerpos normativos y principios con origen en sus propios territorios, sea como producto de una menor presencia imperial romana o como resultado del intercambio por la presencia musulmana¹⁵⁰. El «*descubrimiento*» de América tuvo la forma

¹⁵⁰ Ejemplos de la producción de este derecho son el *Liber Iudiciorum* o Fuero Juzgo. Al respecto, el derecho castellano, al momento de su implantación en las *Indias* ya era el resultado de una serie de combinaciones de instituciones jurídicas de distintas geografías y culturas. Uno de los hitos histórico-jurídicos de la legislación española es el *Liber Iudiciorum*, conocido como Fuero Juzgo. No es propósito de la tesis profundizar acerca de esta recopilación normativa, pero resultó importante para la

jurídica de dominio por ocupación que se logró crear gracias al arbitrio interesado del derecho canónico. Para que esto fuera posible tenía que necesariamente darse el *encubrimiento* del propietario, que era el indígena.

Los años inmediatos a la llegada de Colón, prácticamente todo el siglo XVI, a ambos lados del Atlántico, se destinó a una intensa producción filosófica que, desde la teología, buscaría dar sustento a negar toda condición humana de los indígenas, o al menos a ponerla en duda. Aquí se encuentran teología y derecho, en una especie de sociedad con pretensiones económicas. Lo mismo ocurrió con africanos y su descendencia, que sería distribuida como esclavitud por todo el mundo, en especial en el hemisferio Norte.

Por esta época se venían presentando vaivenes de un conflicto religioso que sería uno de los orígenes del desarrollo del derecho canónico, nos referimos a la disputa entre cristianos y musulmanes y a las guerras que por esta razón se venían realizando hace siglos, con una paulatina victoria de la cristiandad europea. Antonio García y García nos hace notar que «[la] caída de Constantinopla en poder de los turcos en 1453 intensificó el síndrome del Islam en Europa y muy especialmente en la Santa Sede»¹⁵¹. Portugal y España competían en avances en materia náutica y las bulas se intensificaban como mecanismos jurídicos que consolidaban la autoridad del Papa en la confrontación religiosa. La guerra religiosa tendría el carácter de justa si se daban tres condiciones:

investigación el entender su aporte en la historia del derecho español y de América Latina.

¹⁵¹ Antonio García y García, *En el entorno del Derecho Común*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, 1999, 231.

justa causa, autoridad competente que la proclama y rectitud de intención o no inferir más daño del necesario para restablecer el justo orden¹⁵².

Este acervo jurídico canónico, que estaba presente en el belicismo de las Coronas cristianas de Portugal y Castilla sería aplicado en la conquista contra los indígenas americanos, que, como veremos adelante, enfrentaron una guerra en toda regla, que se fundamentaba en la difusión de la fe, siempre de la mano de la herencia jurídica de Roma.

El amplio progreso de las instituciones jurídicas del derecho romano nos muestra que el *dominio*¹⁵³ tuvo dos manifestaciones de adquisición de las cosas: originaria y derivada. Los *originarios* surgen de una relación directa del sujeto con la cosa, independiente de su vínculo con terceros. Los *derivados* parten de una relación con el antiguo propietario¹⁵⁴. El dominio implicaba la práctica de un señorío que no tenía límite alguno y por lo tanto todo lo accesorio pasaba por la misma posibilidad de absoluta decisión dentro de la demarcación territorial principal. El dominio de las tierras de ubicación itálica se caracterizaba porque el señorío territorial se ejercía con inmunidad, es decir, con una capacidad de decisión privativa de un señor. No tienen inmunidad los campos de las provincias, cuyo dueño es, en teoría, el Estado.

Es así como, «[d]esde Augusto, el príncipe es propietario de los campos de las provincias imperiales (llamados “tributarios”), y el *pueblo*

¹⁵² Antonio García y García, *En el entorno del Derecho Común*, op. cit., 231-232.

¹⁵³ El dominio o propiedad es la potestad más amplia sobre una cosa. Sus implicancias no pueden enumerarse (“puede hacerse esto, y esto y esto”): el principio es la amplitud. Véase: Ricardo Rabinovich-Berkman, *Derecho Romano para Latinoamérica*, Quito: Cevallos, 2006, 256.

¹⁵⁴ Rabinovich-Berkman, *Derecho Romano para Latinoamérica*, op. cit., 258

romano de los de las provincias senatoriales (“estipendiarios”)¹⁵⁵. Cabe señalar que tanto en la administración territorial que Roma aplicó en su imperio, como en la que España posteriormente replicaría en su momento imperial a los pueblos de América, la provincia era el espacio en el que se gobernaba de forma *pro-vincere*, para el vencido. Esta organización territorial del poder es la que permite afirmar que la periferia americana se llevó a cabo desde la periferia europea.

La ocupación es uno de los modos de adquirir el dominio originario. En este sentido, «[l]a *occupatio* podría definirse, como la aprehensión de una cosa que no pertenece a nadie (*res nullius*) con la intención de retenerla para sí como propia»¹⁵⁶. El presupuesto de la ocupación es la inexistencia del dueño de una cosa por lo que no existe perjuicio al momento en que se produce la apropiación de algo. Respecto a los animales, por ejemplo, podían presentarse variables sobre lo que se podía poseer por ocupación, como aquello que se encontraba en estado natural y que mediante la acción de la caza o de la pesca se podía llegar a dominar. De igual manera, hemos de considerar que el dominio también venía siendo objeto de diversos tratamientos por parte del derecho natural. A inicios del siglo XVI, Francisco de Vitoria sostenía que «el dominio hace relación a un status de superioridad sobre personas o sobre las cosas»¹⁵⁷.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 258.

¹⁵⁶ Fermín Camacho, «Occupatio Apis», *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, nº 5 (1990): 50.

¹⁵⁷ José Justo Megías Quirós, *Propiedad y Derecho Natural en la Historia. Una relación inestable*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 1994, 180.

Si hacemos un paralelismo a como se entiende esta institución jurídica en la actualidad, para intentar trasladarlo hacia el pasado, podremos observar que presupuesto de la ocupación, aún en la actualidad sigue siendo la inexistencia del dominio sobre los bienes que se ocupan. Es decir, la inexistencia de un sujeto que tenga la propiedad de las cosas objeto de la ocupación. Así lo contempla el artículo 610 del Código Civil español, que establece: «Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas». Del lado latinoamericano referimos el caso ecuatoriano y lo que determina su artículo 622 del Código Civil, que dice: «Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por derecho internacional». Para ocupar algo, antes y ahora, lo ocupado no ha de pertenecer a persona alguna, manteniéndose la idea de fondo al inicio de la conquista: ocultar o negar la existencia del verdadero propietario.

En la relación histórico-jurídica acerca de la presencia de elementos del derecho romano en la fundamentación de la conquista española (por lo tanto, una de las fuentes del derecho indiano) hallamos una especial forma de ocupación en el contexto de la legalidad del descubrimiento. Nos referimos a la invención. Como señala Rabinovich-Berkman: «[e]sta palabra, en latín, significa “hallazgo, descubrimiento” (“in-venir” es “venir hacia algo”, parecido a nuestro “en-contrar”). En la invención, la toma de posesión era menos material, importaba menos la apropiación física (el tomar la cosa) que anímica. Cobraba especial relevancia la intención. Así, a los objetos que se descubrían a la orilla del

mar (como piedras preciosas), que no formaban parte de un predio, para adquirirlos bastaba su descubrimiento, no era necesario asirlos»¹⁵⁸.

Bajo esta definición podríamos plantear desde una crítica de la historia y de la filosofía eurocéntricas, que América no fue descubierta, sino inventada, porque para el conocimiento premoderno europeo, al Oeste de Europa solo había Atlántico. El invento, desde los intereses del poder político y económico, consiste en reproducir la idea que América fue descubierta, es decir, fue develada por quien encontrándose arriba *des-cubre* lo que se encuentra bajo su mirada¹⁵⁹. Esta idea, conveniente a la historia contada desde la centralidad europea, es la que se desarrolla en la filosofía de la modernidad, que empezó desde el 12 de octubre de 1492.

La justificación de la opresión mediante prácticas de guerra, obras, destrucción y construcción de la infraestructura propia del sistema de creencias de la época (como templos indígenas en el primer caso e iglesias católicas en el segundo) y discursos teológicos, serían las tareas a cumplir por la filosofía, la edificación de un ideal de referencia para el Nuevo Mundo que empiece a configurar la alienación con el *des-cubierto* para asegurar el funcionamiento de una manera de producción feudal y protocapitalista.

¹⁵⁸ Rabinovich-Berkman, *Derecho Romano para Latinoamérica*, 259.

¹⁵⁹ Para profundizar sobre los conceptos mencionados en el párrafo véase: Enrique Dussel, «¿Descubrimiento o invasión de América?», *Concilium. Revista Internacional de Teología* separata n° 220 (1988): 481-488.

1.4.- Reinterpretación teológica y del derecho natural en Francisco de Vitoria.

En el mismo lapso de la vida¹⁶⁰, acciones reformadoras y pensamiento de Lutero, surgió con importancia histórica para la filosofía, la figura de Francisco de Vitoria y de toda la Escuela de Salamanca que destacó en las áreas de la teología, derecho y economía¹⁶¹. Vitoria, como todo filósofo de su tiempo y de la edad media, tendría como punto de partida a Tomás de Aquino a través de la *Summa Theologiae* por la que llegaría a tratar la aplicación del aporte aristotélico y a conocer el *nominalismo* que promulgaba una oposición a la creencia de características universales en los rasgos de las cosas.

Sobre la Escuela de Salamanca vale adelantar algunas reflexiones que son relevantes de cara a comprender al movimiento que surgió de las enseñanzas y textos del autor que vamos a tratar. De las aulas de la Universidad de Salamanca egresarían las personalidades más destacadas de la época que tuvieron que ver con la expansión geopolítica hispana, facilitando las soluciones teológicas y jurídicas a las inquietudes derivadas del mayor conocimiento del mar, títulos, guerra, entre otras cuestiones.

La universidad proporcionó, tanto a la Corona como a la Iglesia, las personalidades más doctas que fueron actores principales en las

¹⁶⁰ Lutero y Vitoria coinciden además en que ambos nacieron en el año 1483 (año generalmente aceptado respecto a Vitoria) y murieron en 1546.

¹⁶¹ Como lo concerniente a cuestiones monetarias, precio y comercio. Al respecto, véase: Anton Alexandrovich Afanasyev, «La Escuela de Salamanca del siglo XVI: algunas contribuciones a la ciencia económica», *Empresa y Humanismo* 19, nº 1 (2016): 8.

instituciones castellanas e indianas como consejeros o letrados, siendo claves para la apertura hacia la modernidad. Otros campos del conocimiento se vieron influenciados por esta Escuela, como es el caso de la economía¹⁶². La movilidad de sus profesores por otras universidades europeas y la recepción de alumnos de otras naciones generó la difusión por toda Europa del pensamiento salmantino.

Entre los nombres más conocidos de ese momento de la historia que interesan en esta investigación, estudiantes universitarios de Salamanca, encontramos a Francisco de Vitoria, Bartolomé de Las Casas y hasta el propio Hernán Cortés. Los elementos que caracterizan a la Escuela de Salamanca, como una Escuela de Teología, en términos del historiador de la teología, Juan Belda Plans, son:

«(...) 1) *Filiación salmantina y vitoriana*; es decir, teólogos que desarrollan su actividad científica en la Universidad de Salamanca, a partir del magisterio de Francisco de Vitoria y bajo su influencia (directa o indirecta), formando varias generaciones sucesivas a lo largo del siglo XVI y primeros años del XVII. 2) *Ideales y objetivos comunes*, consistentes en un proyecto de renovación de la Teología adecuándola a los nuevos tiempos; o también un espíritu y métodos comunes, es decir cierto aire de familia (como se ha denominado a veces), que les lleva a aunar lo positivo y lo especulativo en un mismo método de los *lugares teológicos* de argumentación. 3) *Tradición doctrinal común*; esto es, la adopción de la *Suma Teológica* de Santo Tomás como guía principal de los estudios y enseñanza teológica universitaria; esto

¹⁶² José Luis Cendejas Bueno, «Ciencia económica y pensamiento económico de la Escuela de Salamanca», *Relecciones: Revista interdisciplinar de filosofía y humanidades*, n° 7 (2020): 93-111 y Carlos Gómez Restrepo, «Los desarrollos teóricos de la Escuela Austriaca de Economía inspirados en la Escuela de Salamanca, validez en el estudio de problemas contemporáneos», *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, vol. 7, n° 1 (2010): 123-155. Son trabajos recientes acerca de los vínculos entre la Escuela de Salamanca, la economía y una de sus escuelas más relevantes, como la Austriaca.

da lugar a un legado doctrinal manuscrito de comentarios a la *Suma* que se transmite de unos a otros y que se va enriqueciendo progresivamente»¹⁶³.

Si tuviéramos que clarificar, qué fue en sí misma la Escuela de Salamanca, a manera de definición se podría conceptualizarla en términos de Belda Plans: «(...) es un movimiento estrictamente teológico del siglo XVI, que se propone como objetivo primordial la renovación y modernización de la Teología, integrado por un grupo amplio de tres generaciones de teólogos, catedráticos y profesores de la Facultad de Teología de Salamanca, todos los cuales consideran a Francisco de Vitoria como el artífice principal del movimiento y siguen los cauces de renovación teológica abiertos por él, hasta principios del siglo XVII»¹⁶⁴. La clave que permite distinguirse a la Escuela de Salamanca como tal, es la reinterpretación de la teología, aproximándola a cuestiones de la realidad de su tiempo.

Volviendo a Vitoria, no es menos importante señalar que él fue contemporáneo de Bartolomé de Las Casas y de Juan Ginés de Sepúlveda con intereses similares en cuanto a las diferentes problemáticas de la época como, por ejemplo, el tratamiento moral y jurídico a los habitantes del Nuevo Mundo. Los textos relevantes de Vitoria para esta investigación son *Sobre el poder civil*; *Sobre los indios* y *Sobre el derecho de la guerra*, los cuales son documentos no muy extensos preparados por él para sus *relecciones* en la Universidad de Salamanca. Nuestro autor se identifica plenamente con el derecho natural y lo sobrepone al derecho positivo, como lo afirma en la Primera Parte

¹⁶³ Juan Belda Plans, «Hacia una historia crítica de la “Escuela de Salamanca”», *Scripta Theologica*, vol. 31, n° 2 (1999): 379-380.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 380.

de *Sobre el poder civil*: «6. Por lo dicho fácilmente pueden entenderse la causa eficiente de esta potestad civil. Pues, si hemos demostrado que el poder público se constituye por derecho natural reconoce por autor sólo a Dios, queda claro que el poder público tiene su origen en Dios y que no se contiene en la condición humana ni en ningún derecho positivo»¹⁶⁵.

Vitoria es un iusnaturalista católico y como tal sigue esa condición cuando se trata de pensar el poder bajo la misma lógica de la ley eterna, inmutable, que es Dios. Apreciamos elementos de voluntarismo divino de tipo agustino, propio de las fuentes del tomismo: «1. Todo poder público o privado por el que se administra la república secular no sólo es justo y legítimo, sino que tiene a Dios por autor, de tal suerte que no puede ser abrogada ni suprimida ni siquiera por el consenso de todo el mundo»¹⁶⁶. Y en una máxima de planteamiento iusnaturalista que procura señalar un mismo punto de partida de las potestades públicas y privadas, a propósito que es tiempo de la formulación de la república de Maquiavelo, asociado al concepto moderno de Estado, Vitoria señala dentro de la obra comentada:

«5. Queda claro, por consiguiente, que el origen de las ciudades y de las repúblicas no es una invención de los hombres, y que no hay que considerarlo algo artificial, sino como algo que brota de la naturaleza que sugirió este modo de vida a los mortales para su defensa y conservación. De este mismo capítulo se infiere enseguida que los poderes públicos tienen ese mismo fin y esa misma necesidad. Pues, si las comunidades y sociedades de los hombres son necesarias para la salvaguarda de los mortales, ninguna sociedad puede tener consistencia sin una fuerza o poder que la gobierne y la proteja. En efecto, la utilidad y finalidad del poder público y de la sociedad o comunidad son una misma cosa. Pues, si todos fueran iguales y ninguno estuviera sometido a la potestad de otro y dejándose llevar cada uno de su propia opinión y su albedrío a cosas diversas,

¹⁶⁵ Francisco de Vitoria, *Sobre el poder civil; Sobre los indios; Sobre el derecho a la guerra*, Madrid: Tecnos, 1998, 14.

¹⁶⁶ Vitoria, *Sobre el poder civil*, *op. cit.*, 7.

necesariamente se disgregaría la república, y se aniquilaría la ciudad si no hubiera alguien que se preocupase de mirar por el bien común»¹⁶⁷.

En la segunda parte, apreciamos que Vitoria, pese a su declarada sujeción al derecho natural, se acerca a una teoría de la norma jurídica y, por tanto, a un encuentro con el derecho positivo. Se trata de una interpretación del alcance de las leyes civiles, en relación con las normas divinas en la que no existe contradicción para que ambas vinculen obligatoriamente a los hombres. Unas leyes afectan a la culpa dentro de los ámbitos de lo civil, y las otras en el campo de la conciencia. El argumento de Vitoria, articulado desde la teología tomista, pone de relieve que derecho y religión no se contraponen porque actúan concertándose, aunque expresen diferencias, como el origen de ambas clases de leyes.

En el fondo, subyace la no aceptación de una postura *universal* respecto a la inaplicabilidad de la ley humana ante la superioridad de la ley evangélica, por lo que expresamente Vitoria señala que ambas leyes convienen al tratar las conclusiones décimo sexta y décimo séptima de la segunda parte de *Sobre el poder civil* y es una de las manifestaciones más importantes para esta época, de la mencionada confluencia entre derecho natural y derecho positivo a la que alude este capítulo.

En la misma línea de reflexión de las potestades públicas y privadas, Vitoria ahora reflexiona de una manera distinta sobre la situación de los habitantes del Nuevo Mundo, convirtiéndose en uno de los primeros filósofos que trata esta cuestión cuyo alcance llegaría a tener

¹⁶⁷ *Ibid.*, 13.

una dimensión mundial e histórica, por lo que se lo considera como uno de los fundadores del derecho internacional y de los derechos humanos¹⁶⁸. Actualizó, conforme a la nueva realidad, lo que se conocía como derecho de gentes, que sirve como punto de partida para estudiar los diferentes problemas jurídicos que se presentaban desde la presencia castellana en territorios de ultramar.

Entender a los indígenas como gentes, al igual que se hacía con los extranjeros en tiempos de Roma, pudo ser uno de sus presupuestos jurídicos. Estas aportaciones las escribe en *Sobre los indios*, una de sus reelecciones en la que desagrega una justificación de la presencia y poder de los españoles sobre los indios; el dominio de la monarquía sobre los indígenas en cuanto a los aspectos civiles; y, el dominio de los reyes y de la Iglesia sobre los indios en materia espiritual.

Se debe tener presente que el fondo de la obra de Vitoria es humanista en todos los sentidos, que analiza la problemática indígena dada su reivindicación de la *dignidad*, pese a que en algunas partes de este texto pueda parecernos lo contrario por la denominación de *bárbaros* que llega a manifestar de los indios. Sin embargo, hemos de enmarcarlo en el entendimiento de la sociedad europea, lo cual explica la articulación de su lenguaje en dirección de la influencia de los valores europeos del siglo XVI.

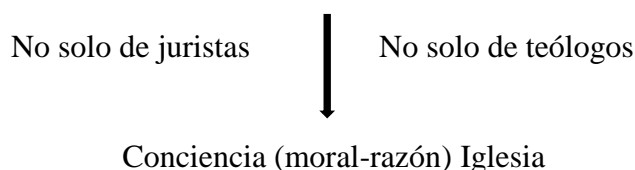
¹⁶⁸ Se lo aprecia así por su visión que abarca escenarios dentro y fuera del Estado moderno. Amezúa describe esta contribución de Vitoria como «[l]a noción renovada de derecho de gentes va a parecer útil para situarse en el terreno movedizo que está entre el particularismo de los estados y el universalismo necesario de algunas reglas». Luis-Carlos Amezúa Amezúa, «Aportaciones de los clásicos iusnaturalistas hispanos al ideario liberal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 12 (2008): 52-53.

En cuanto a la filosofía de Vitoria, junto a otros exponentes de la defensa de los indios como Vasco de Quiroga y Bartolomé de Las Casas, representa una línea crítica que acerca al derecho natural a una moral fundada en la situación del *otro*. Los fundamentos del razonamiento de Vitoria consideran al *ser* indiano, por primera vez, en el contexto de la concepción del orbe. Esto, de alguna manera, es una crítica a la centralidad europea que, al reconocer a los indios como sujetos de algunos derechos, como el de dominio, plantea el reto de la coexistencia de unos marcos jurídicos que no deben entenderse como superiores unos a otros; por eso, seguimos la línea de la fundación del origen del derecho internacional y de los derechos humanos en Vitoria.

Para adentrarse a estudiar la presencia de los españoles en el Nuevo Mundo y el sometimiento de los indios, Vitoria elude confrontar el hecho mismo de la presencia hispana, es decir, evita estratégicamente los aspectos visiblemente políticos, sentenciando aquello como algo consumado y que, por tanto, no tiene sentido ponerlo en duda. Luego, recurre a unas conclusiones en las que alega que en algunos casos siempre es necesario consultar a los entendidos en algunas instrucciones para poder determinar la licitud o ilicitud del proceder, considerando la dimensión de la ley, la clasificación de la ley natural (lo divino) y de lo civil (lo humano). Señala que existen algunas complejidades de naturaleza jurídica como las compraventas, contratos y negocios que merecen del pronunciamiento de los entendidos, pero a la vez determina que estas materias no solo implican la visión de un jurista, sino también de un teólogo.

Vitoria entrelaza teología y derecho con el arbitrio de la conciencia, que vendría a ser el resultado de una moral con una alta asimilación de la razón, una fórmula que parece adelantarse a Kant en más de dos siglos. Presenta, a manera de justificación, que se han oído una serie de injusticias hacia los indios por parte de los españoles, por eso, podemos atribuir a Vitoria como precursor de una pretendida ética en el proceso de exploración y expansión del poder español, ya que *Sobre los indios* fue escrita por él en el año de 1532, a solo cuarenta años de la presencia hispana en la actual América.

Los problemas que Vitoria se proponía analizar acerca de la dignidad, seguían el siguiente esquema:



A raíz de ello enseña una serie de deliberaciones teológicas y jurídicas que podríamos resumir en una: los indios, por el hecho de serlo, no pueden perder el dominio sobre sus bienes. Interpretamos una serie de argumentos que se resume:

- Los indios, al momento de la llegada de los españoles tenían una posesión pacífica de sus bienes, tanto en el ámbito de lo público, como en lo privado. La ocupación, desde los enfoques jurídicos de la época, como causal de dominio, no podía ser alegada por los españoles para hacerse de los bienes de los indígenas del Nuevo Mundo.

- El Emperador o los Reyes no lo son de todo el *orbe* porque en el mundo no existe un solo imperio o reino civil, sino solo uno de naturaleza divina¹⁶⁹. Esta afirmación de Vitoria pudo traer consecuencias más allá de la controversia de un discurso o seminario en la Universidad de Salamanca, que para entonces era uno de los centros más importantes del mundo. Su corolario al respecto es el siguiente: «por derecho humano el Emperador no es señor del orbe porque lo sería sólo por la autoridad de la ley, y no existe tal ley; y aunque la hubiera sería ineficaz, puesto que la ley supone la jurisdicción; ahora bien, si antes de la ley el Emperador no tenía jurisdicción sobre todo el orbe, la ley no pudo obligar a lo que no eran súbditos. Ni tampoco el Emperador tuvo el dominio por legítima sucesión, ni por donación, ni por permutación o compra, ni por guerra justa, ni por elección u otro cualquier título legal, como es evidente. Luego nunca el Emperador fue señor de todo el orbe»¹⁷⁰.

- En tanto que Dios es el creador de todo lo que existe en el universo y que el hombre es creado a la imagen y semejanza de Dios, los indios no tendrían por qué estar al margen de esa imagen. Dos temas podemos anotar sobre esta explicación: a) la estética como factor de desigualdad puesto que estaba implícito a la negación del dominio de los indígenas, la negación de la similitud de imagen y semejanza de Dios entre los indígenas y los españoles, por lo tanto, si no se parecen estéticamente conlleva una natural desigualdad ontológica¹⁷¹ b) Dios

¹⁶⁹ *Ibid.*, 95.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 95.

¹⁷¹ Enrique Dussel, «Siete hipótesis para una estética de la liberación», *Praxis* 77 (2018): 1-37. Estas siete hipótesis podrían servirnos para contextualizar a Vitoria en su línea de defensa de los indígenas. Nos interesa la primera: «Hipótesis primera. *La intención llamada aïsthesis (αἴσθησις) y el mundo estético. La ontología estética*». Aquí, Dussel expone que el punto de partida de la estética es la aïsthesis y de esta señala que «es una facultad compleja que implica momentos o aspectos de los otros campos,

como una razón constituyente de la igualdad que además de ser causa natural, lo es de derecho humano.

- Los pecados mortales de los que acusaban los españoles a los indígenas no son causa de pérdida del dominio civil.

- La maldad, atribuida a los indígenas, tampoco es causa de exclusión o de extinción del dominio.

- Jurídicamente, los indígenas no pueden ser asimilados de la misma manera que los niños, herejes, infieles o dementes para que pierdan el dominio sobre los bienes que disfrutaban tanto en lo público como en lo privado. Los niños pueden ser dueños; los herejes, pese a cualquiera que sea la causa de la herejía, que al fin no es de naturaleza civil, pueden realizar prácticas de legalidad sobre sus bienes; la condición de infidelidad religiosa no podría ser alegada para privar del dominio a los indígenas por cuanto se asocia al conocimiento de Dios, que hasta la llegada de los españoles no se había dado y aun así, Vitoria acepta que no debían o podían creer inmediatamente; y sobre la demencia se deja claro que los habitantes del Nuevo Mundo tenían toda una sociedad estructurada y en funcionamiento, con instituciones sociales perfectamente identificadas que hacía notar que no eran seres dementes.

pero que los redefine desde una posición o actitud propia y distinta, como apertura estética al mundo» y esto lleva a un reconocimiento de la existencia de los objetos del entorno como reales. Por eso, una parte de la colonialidad se asienta sobre la idea de plantear y exacerbar la duda de la inexistencia del alma en los indígenas, para llevar consigo la falaz conclusión de no ser hijos (a imagen y semejanza) de Dios. Esa inquietud que aparentemente es teológica, es esencialmente estética.

- El Papa no tiene poder civil sobre los indígenas puesto que la naturaleza del poder del Papa es de índole espiritual y tampoco la tiene sobre a quienes se cree como infieles religiosos. Los indígenas no son súbditos del Papa.

- No se puede aceptar la autoridad del Papa sobre los indígenas en los territorios del Nuevo Mundo porque de la misma manera se habría de aceptar la autoridad de los Obispos en el resto de los territorios, como, por ejemplo, podríamos pensar en la misma Europa, lo cual llevaría a una bicefalía en el desempeño del poder, que de seguro los emperadores y reyes no estaban dispuestos a aceptar.

- La blasfemia, como causa de imposición o dominio del Papa tampoco podía alegarse; era claro que antes de la presencia de Cristo tampoco se conocía de la fe cristiana.

La última relección de Francisco de Vitoria concerniente a esta investigación es *Sobre el derecho de la guerra de los españoles sobre los bárbaros*. En esta exposición Vitoria manifiesta: *a)* la licitud cristiana para hacer la guerra, *b)* la autoridad para declarar y hacer la guerra, *c)* las causas de una guerra justa y *d)* qué se puede hacer en la guerra y hasta dónde es lícito llegar en la guerra.

En el análisis sobre la primera cuestión señala algunas referencias bíblicas acerca de hechos bélicos que tienen *per se* una justificación en las mismas escrituras. Vitoria llega a la conclusión de que existen dos clases de guerras: la defensiva y la ofensiva. La primera se refiere a la respuesta ante la agresión, es decir, fuerza ante la fuerza. La guerra

ofensiva¹⁷² es la que se libra ante el cometimiento de una *injuria*. Vitoria nos ofrece una conclusión acerca de su licitud: «se prueba también la licitud de la guerra ofensiva porque incluso la guerra defensiva no puede hacerse convenientemente si no se castiga la ofensa que hicieron o intentaron hacer los enemigos. De lo contrario se harían cada vez más atrevidos y volverían a cometerla si no se les disuadiera con el miedo o el castigo»¹⁷³. Una guerra ofensiva debe ser una guerra justa, idea que va delineando a partir de presentar los objetivos que ha de tener la guerra: paz y seguridad. El orbe debe beneficiarse de estas condiciones, razón en la que se aprecia la posición internacionalista de Vitoria. Posteriormente, trata lo concerniente a la autoridad para declarar y hacer la guerra apuntando que cualquiera puede ser capaz de ejercer su defensa, así como cualquiera puede hacer la guerra; pero diferencia cuando la acción bélica proviene de una persona privada o cuando la ejecuta la república, de lo cual encontramos aspectos sustanciales para la teoría del Estado y la producción jurídica del derecho público. Es decir, se debe distinguir los actos que provienen de los individuos y aquellos que emanan del poder público.

El primer argumento sustenta el límite de la guerra en cuanto al proceder en el campo de lo privado: «[e]n efecto, una persona privada tiene derecho a defenderse y a defender sus bienes, como se ha dicho; pero no tiene derecho a vengar una ofensa, y ni siquiera a reclamar lo

¹⁷² Reflexiones acerca de la guerra, como en los tiempos de la expansión colonial en América de las potencias ibéricas, no son temáticas anticuadas si no que su vigencia es tan notoria que desde la Segunda Guerra Mundial ha estado presente en la política de algunos países triunfadores de la misma. De tal manera que el concepto de guerra *preventiva* aparece constantemente en Estados Unidos, especialmente desde los atentados del 11 de septiembre de 2001.

¹⁷³ Vitoria, *Sobre el poder civil*, *op. cit.*, 165.

que le ha sido robado, si ha transcurrido cierto tiempo; la defensa debe hacerla mientras dura el peligro, que es lo que los juristas denominan *in continenti*. Por eso, una vez pasada la necesidad de defenderse, deja de estar permitida la guerra»¹⁷⁴. Deja sentado su criterio respecto a una legítima defensa y su criterio de lo razonable para ejercerla, pasando a establecer la valoración que atribuye a la defensa que ejecuta lo público.

Sobre las acciones bélicas que lleve adelante la república, considera que: «[e]n cambio, la república tiene autoridad no sólo para defenderse sino también para castigar las injurias cometidas contra ella y contra sus súbditos y para exigir reparación por ellas. Esto se prueba porque, como enseña Aristóteles, la república debe bastarse a sí mismo. Ahora bien, no podría garantizar suficientemente el bien público y su estabilidad si no pudiera castigar las ofensas y escarmentar a sus enemigos. Así los malos se harían, como antes se ha dicho, más audaces y estarían más dispuestos a cometer agravios contra ella, si pudieran hacerlo impunemente. Es necesario, por consiguiente, para la conveniente administración de los asuntos humanos que se le conceda esta autoridad a la república»¹⁷⁵.

Esta relección destaca por su conceptualización de la república, tema que estaba en vigencia por Maquiavelo que daban paso al nacimiento del *Estado* moderno y de la *república*, que, tomada del mundo antiguo, se perfilaba como la forma de gobierno que había de darse al Estado. Vitoria señala que una «república es una *comunidad perfecta*»¹⁷⁶ y al dilucidar esta acepción indica que es una «*comunidad*

¹⁷⁴ *Ibid.*, 166.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 167.

¹⁷⁶ *Ibid.*, 170

completa»¹⁷⁷. Es decir, que no le falta nada, la república se basta con sus *propias* regulaciones y autoridades para afrontar y resolver sus problemas. Bajo una mirada de extensión a otras categorías de la política y del derecho constitucional, en la interpretación de las ideas de Vitoria, logramos una aproximación al concepto de soberanía por la implícita autonomía y autosuficiencia que reivindica para la autoridad política, entendidos como una comunidad política.

En la tercera cuestión de la relección nos presenta las causas o razones para una guerra justa. Vitoria presenta secuencialmente las razones por las que una guerra no sería justa, enunciando las posibles causas que determinarían una guerra injusta:

- La diferencia de religión. Con ello, defiende, aunque sea indirecta o pasivamente, la diversidad de creencias religiosas, que lo convierte en uno de los primeros en sentar las bases para la coexistencia de visiones teológicas y así, un pluralismo integral, dado el peso de la religión en esos años y aún más si recordamos que él era un religioso y teólogo católico.
- La expansión de los dominios. No sería aceptable tal causa porque de esta manera se daría paso a una reacción que devendría en guerra defensiva por la otra parte, ilegitimándose el primer agresor.
- Gloria o interés personal. El interés del gobernante solo puede ser el de la república, que equivalente al bien común o general. La causa no sería justa si se destina una empresa militar con los fondos públicos.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 170.

Dado su origen de la misma forma ha de ser planteado el objetivo o fin, un beneficio común, por lo que se excluye la obtención de un beneficio personal.

Descartando estas razones, ahora Vitoria señala la única causa que para él es aceptable para cualificar como justa a una guerra, es la comisión de una injuria. Se basa en los autores más importantes de la teología cristiana, San Agustín y Santo Tomás, contextualizando el origen de una guerra ofensiva cuya razón válida es sufrir un daño u ofensa que la entendemos siempre configurada en lo material, puesto que Vitoria excluye las razones instituidas en la diferencia. Inmediatamente, descarta que la situación con los indígenas sea medida por esta causa toda vez que no se evidencia injuria alguna. Ahora, Vitoria pasa al estudio de la inquietud sobre ¿qué está permitido en una guerra? de la que expresa algunas respuestas elaboradas siempre desde una óptica humanista:

- La defensa del bien público, razón de ser de la república.
- Recuperar lo perdido.
- Resarcir los daños.
- Acciones necesarias para conseguir la paz y seguridad, como desmontar las estructuras militares de la contraparte.
- Castigar los daños.

De la guerra emana una justicia que, según Vitoria, en el caso de la guerra de los españoles contra los indios, debían considerarse estas reflexiones acerca de la justicia: *a)* que la sola opinión del príncipe no se estime como causa justa *b)* que la guerra tenga unas causas, que no

provenga de un acto irracional *c)* lo equivalente a la objeción de conciencia, si se entiende que se produce una injusticia con la acción de guerra, se esté o no en un error *d)* los consejeros del príncipe (el gobernante) siempre han de hacer todo lo posible para evitar una guerra *e)* al estar los indios en posesión de sus tierras se presenta una duda acerca de la guerra emprendida por parte de los españoles, al no existir argumento de ley alguna para afectar a un poseedor conforme a las leyes, entonces, no se puede afectar a la posesión de los indios bajo la existencia de dudas.

La cuarta y última cuestión de esta selección trata la pregunta de ¿hasta dónde es lícito llegar una guerra justa? Para ello, el primer tema que despeja Vitoria es sobre el trato a los *inocentes*, que concebimos como los más vulnerables de una sociedad: niños, ancianos, etc. Parte de la premisa general que no es lícito dar muerte a los inocentes y señala algunas situaciones excepcionales en las que la licitud, en el marco de la guerra, no se cuestionaría. Intenta, bajo una forma de ejercicio ético, propio de su época, establecer unos principios que se han de considerar para quienes han resultado vencedores, como la prohibición de dar muerte desproporcionalmente a los culpables y no saquear las ciudades. Reconoce la imposición de tributos a los vencidos.

Esta selección, que atañe a la relación de los españoles con los indígenas y sobre la pretendida guerra hacia los habitantes del Nuevo Mundo, culmina con la promulgación de tres reglas cuyo contenido resumimos:

Regla	Contenido
Primera	Procurar siempre evitar la guerra entre todas las naciones dado que todos somos seres humanos que tenemos un mismo origen por lo que todos somos iguales. La guerra siempre será un último recurso en caso de necesidad.
Segunda	La guerra sólo ha de darse por una causa justa, jamás con la intención de destruir a nación alguna y por los propósitos de la defensa y de mantener la paz y la seguridad.
Tercera	Moderación en el triunfo una vez terminada la guerra puesto que quien triunfa ha de saber sobrellevarse como líder no sólo de su propia nación sino como responsable de la nación vencida a la que ha de procurar el menor daño y perjuicio posible.

Fuente: Resumen en base al texto de Vitoria, Ibid., 170-175

A manera de síntesis de las enseñanzas de este filósofo y jurista español, sin el que no sería posible vislumbrar la implantación de las ideas en lo inmediato a la llegada de los españoles al Nuevo Mundo (ni su contradicción, como lo hizo Vitoria) cabría decir que fue pionero en proponer una visión integral sobre la innegable e ineludible expansión global e imperial hacia la que se encaminaban los Reinos de Castilla y Aragón, por lo que en respuesta, desarrolló toda una corriente capaz de dar respuesta a los problemas que proyectó sobre la dignidad del ser humano en el orbe, en franca comunión con el cristianismo de la alteridad, reclamado y practicado en los mismos años de Vitoria, por Bartolomé de Las Casas.

Vitoria otorga contundencia argumentativa, desde un amplio manejo de las escrituras y de la teología clásica cristiana, desde el razonamiento aristotélico (antes que desde la filosofía de Aristóteles) a una defensa de la igualdad de los indios, que estaba siendo puesta en duda con la negación (o inquietudes) de su humanidad por su indisposición religiosa y supuesta inferioridad cultural. Vitoria refuta

esto desde *Sobre el poder civil*, pasando a estudiar las características de la naturaleza *Sobre los indios*, de la que deriva su innegable dignidad, hasta su extraordinaria contribución a la paz del orbe que hará en *Sobre el derecho de la guerra de los españoles sobre los bárbaros*.

El movimiento de la Reforma escindiría, progresivamente, en algunas y luego en muchas iglesias a la Iglesia Católica, provocando el surgimiento de una nueva visión axiológica dentro del cristianismo, que había sido una de sus principales reivindicaciones, siempre desde innovadoras interpretaciones teológicas. Variaciones protestantes, como las que se presentaron en Inglaterra, serían las que en la centuria siguiente se trasladarían a las colonias en el Norte de América, actual Estados Unidos, como los puritanos, que eran de inclinación calvinista. De estos *nuevos valores* surgidos desde el protestantismo se presenta el acontecimiento histórico e histórico-constitucional relevante y referencial para nuestra temática: la suscripción del Pacto de *Myflower*¹⁷⁸, en el navío del mismo nombre, por el grupo de migrantes de origen inglés conocido como los padres peregrinos, en las costas de Massachusetts, el 9 de noviembre de 1620.

A partir de este momento de la historia constitucional, que coincide con el progreso en Europa sobre las concepciones del Estado moderno, y a su vez, en los Estados Unidos con el nacimiento de una sociedad cuya convivencia se funda y desarrolla con principios democráticos, parece germinar una bifurcación de lo que en años venideros será el constitucionalismo de ambos lados del Atlántico. De

¹⁷⁸ Véase: «Britannica», Mayflower Compact, consultado el 1 de junio de 2022, <https://www.britannica.com/topic/Mayflower-Compact>.

tal manera que la recepción del constitucionalismo en América, segunda parte de la hipótesis de esta investigación, tomará caminos distintos en cuanto a que en Estados Unidos se empezó a forjar el camino de la Constitución mucho antes que en América Latina, con una clara intención *constituyente* de una sociedad regida por principios morales de una ética cristiana y por reglas; mientras que Latinoamérica, antes que construir su propio constitucionalismo, tuvo que *descubrirlo* desde la importación de las ideas de Europa. Ambas Américas, la del Norte y la del Sur (incluido México y Centroamérica) confluyeron en que llegaron a un momento en que tuvieron que asumir la ruptura con sus respectivas metrópolis por medio de la guerra abierta y declarada por la independencia. Esta investigación, como ya se ha delimitado en su formulación, profundizará el arribo del constitucionalismo en América Latina, sin que ello excluya el tratamiento de la perspectiva constitucional de los Estados Unidos.

El Pacto de *Myflower* es un antecedente directo del constitucionalismo de los Estados Unidos, por cuanto el pensamiento político y constitucional de dicha nación, continuaría con sus líneas generales y aportaría a la historia de su constitucionalismo, lo siguiente:

- Una titularidad del poder por parte del cuerpo político civil que no se asocia con enfoque escolástico con Dios, pese a que lo invoca.

- La necesidad de establecer un orden jurídico, que debía contener presencia de justicia e igualdad. Antecedente de la visión norteamericana de la Constitución como norma jurídica, fundada en principios, a diferencia de la visión de Europa continental de la Constitución como programa político.

- La determinación de fines del cuerpo político civil vinculados con el bienestar general de la colonia.
- Configura o procura establecer los principios y valores para la formación y desempeño de un gobierno de la colonia.

Fioravanti, cuando analiza el surgimiento del Estado moderno en Europa, determina como factor inicial la exploración del *concepto de gobierno*: «En una primera aproximación, se puede decir que el Estado moderno europeo comienza a existir a partir del siglo XIII, cuando se hace cada vez más evidente y visible cierta tendencia a la organización de los gobiernos de los múltiples territorios presentes en Europa. La noción de la que hablamos puede precisarse en el *gobierno del territorio*»¹⁷⁹.

Europa, en el devenir histórico del tránsito hacia lo moderno, que lo podemos vincular con la formación del liberalismo, atravesó por algunos acontecimientos necesarios para su génesis. Rawls describe este proceso: «Los tres principales orígenes históricos del liberalismo son: la Reforma y las guerras de religión de los siglos XVI y XVII, que culminaron en la aceptación (a regañadientes, en un primer momento) del principio de tolerancia y la libertad de conciencia; la domesticación paulatina del poder regio a partir del ascenso de las clases medias y de la instauración de regímenes constitucionales de monarquía limitada, y la integración de las clases trabajadoras en el ámbito de la democracia y el

¹⁷⁹ Maurizio Fioravanti, *El Estado moderno en Europa* (Madrid: Trota, 2004); 14.

gobierno de la mayoría»¹⁸⁰. Este último concepto constitucional, el de *gobierno*, y su evolución en Europa desde los tiempos de la Carta Magna, nos interesa como uno de los factores que Rawls expone como origen del liberalismo¹⁸¹, que trasciende para la comprobación del encuentro entre derecho natural y derecho positivo.

Resulta importante detenernos a analizar esta base histórica sobre el liberalismo porque en su descripción se puede hallar otros posibles puntos de encuentro entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, que es parte de la hipótesis de esta investigación. La Reforma, representada desde el debut de la libertad de conciencia que dice Rawls, ve la luz con las *Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum*¹⁸² de Martín Lutero, documento del que inicialmente se podría pensar que tiene un contenido exclusivamente teológico; sin embargo, tiene relevancia para el campo de la política y el derecho.

¹⁸⁰ John Rawls, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, trad. Albino Santos Mosquera, Bogotá: Paidós-Planeta, 2017, 39.

¹⁸¹ *Ibid.*, 39.

¹⁸² «Iglesia Luterana», 95 tesis de Martín Lutero, consultado el 15 de junio de 2022, <https://www.iglesialuterana.cl/doctrina-luterana/martin-lutero/95-tesis/>. Fueron difundidas el 31 de octubre de 1517. En su propósito crítico, Lutero destina las siguientes tres tesis contra el patrimonio del Papa que considera como inmoral ante la recaudación de las indulgencias: «56. Los tesoros de la iglesia, de donde el Papa distribuye las indulgencias, no son ni suficientemente mencionados ni conocidos entre el pueblo de Dios. (...) 83. Del mismo modo: ¿Por qué subsisten las misas y aniversarios por los difuntos y por qué el Papa no devuelve o permite retirar las fundaciones instituidas en beneficio de ellos, puesto que ya no es justo orar por los redimidos? (...) 86. Del mismo modo: ¿Por qué el Papa, cuya fortuna es hoy más abundante que la de los más opulentos ricos, no construye tan sólo una basílica de San Pedro de su propio dinero, en lugar de hacerlo con el de los pobres creyentes? Por último, Lutero plantea, o intenta hacerlo, un ligero matiz a sus ataques al Papa, por supuesto, que no sería tan efectivo como para contentar a El Vaticano, que a la larga terminara excomulgando».

Las 95 tesis contienen un reclamo de ética cristiana que Lutero demanda al Papa contra la venta de indulgencias, un mecanismo de perdón de los pecados por medio del cual las almas podían dejar el estado del purgatorio para alcanzar la salvación y que servía como ingreso para la financiación de la construcción de la Basílica de San Pedro. Lutero, que era profesor de teología, minó la autoridad religiosa y política del Papa León X, al refutar la ineficacia de la recaudación de la venta de indulgencias como medio para obtener el perdón de Dios, que en realidad era un perdón del Papa.

Tres de las tesis tienen una sutil referencia a la igualdad en un alcance general, claro está entendiendo que aún imperaba un iusnaturalismo cristiano-medieval, y que la igualdad social no aparecería sino dos siglos después. Estas tesis son: «18. Y no parece probado, sea por la razón o por las Escrituras, que estas almas estén excluidas del estado de mérito o del crecimiento en la caridad»¹⁸³; «36. Cualquier cristiano verdaderamente arrepentido tiene derecho a la remisión plenaria de pena y culpa, aun sin carta de indulgencias»; «37. Cualquier cristiano verdadero, sea que esté vivo o muerto, tiene participación en todos los bienes de Cristo y de la Iglesia; esta participación le ha sido concedida por Dios, aun sin cartas de indulgencias».

Una igualdad como derecho de cristianos para cuestionar un trato diferente de algunos asuntos de dogmas teológicos, así es como empieza la reivindicación de la igualdad que originó el movimiento de la Reforma. Esa desigualdad, que afectaba a algunas almas durante la muerte, se transformó con el tiempo en lucha por la igualdad entre vivos.

¹⁸³ *Ibid.*, <https://www.iglesialuterana.cl/doctrina-luterana/martin-lutero/95-tesis/>.

Capítulo II

Modernidad y América Latina en perspectiva jurídico-histórica.

«La verdadera historia del derecho colonial en América es la historia de la desigualdad asimétrica entre opresión y resistencia»¹⁸⁴.

2.1.- Modernidad: ontología de las instituciones jurídicas.

Una reflexión de la actualidad, con la intención de descifrar e interpretar la naturaleza del derecho en América Latina y el Caribe, no se podría realizar al margen de la formación del *ser* del sujeto social sobre el que recae el ejercicio de producción de la normatividad, o lo que hemos denominado la ontología de las instituciones jurídicas. Esta actividad nos lleva de forma ineludible a los años de la exploración de los territorios del Nuevo Mundo, en el que se conjugaban en permanente contradicción los intereses hispanos en busca de riquezas por *encomienda*, la violencia para lograrla y la resistencia de la legítima defensa de lo ancestral, de lo propio.

Habíamos señalado en el capítulo anterior que en la Europa de los siglos XI y XII, la tarea de traducción, como la de Toledo, había sido un factor que hizo posible el acceso al conocimiento de otras regiones más avanzadas, debiendo ahora mencionar que una situación parecida, la de los *intérpretes* entre castellano y lenguas nativas sería, además de otros factores¹⁸⁵, determinante para que se acentúe la conquista española.

¹⁸⁴ Raúl A. Marrero-Fente, «Imperialismo, colonialismo y derecho», *op. cit.*, 156.

¹⁸⁵ Véase Alexis Diomedi, «La guerra biológica en la conquista del nuevo mundo. Una revisión histórica y sistemática de la literatura», *Revista chilena de infectología* 20, n° 1 (2003): 19-25. Como lo que en la actualidad se denomina *guerra biológica*. Al

Sevilla era el centro de la actividad del gobierno real de Fernando e Isabel, donde llegaron las primeras personas provenientes del nuevo continente, de acuerdo con Taladoire¹⁸⁶ al explorar la presencia amerindia en Europa, especialmente en España, a partir de marzo de 1493, cuando Colón retornó de su primera travesía.

Taladoire señala que los españoles, y luego el resto de los europeos, no solo debían mostrar evidencias de sus *descubrimientos*, sino que se enfrentaban a la imperiosa necesidad de contar con intérpretes para planificar nuevas exploraciones y tener un canal de diálogo y comunicación con los nativos del Nuevo Mundo. Presenta un caso emblemático: el del indígena Diego Colón, nombrado así por Cristóbal Colón por el nombre de su hijo. Este indígena permaneció en Sevilla hasta el segundo viaje del Almirante.

Las primeras expediciones a los territorios de las islas caribeñas y al continente estarían marcadas por la incertidumbre castellana ante lo desconocido, confrontando al deseo de fortuna o a cualquier otra razón que haya motivado el embarque en la península. Parte de lo inédito, tanto en las exploraciones como en los asentamientos, fue la cuestión de la comunicación, la distancia marcada por la diferencia de las lenguas de ambas partes, que imposibilitaba una comparación porque en cada nuevo

ejecutar las avanzadas españolas algunas acciones con el suficiente conocimiento del daño que se producía en los indígenas el tener contacto con estandartes impregnados con vestimentas de enfermos de viruela y sarampión. También entregaban a los nativos, a manera de obsequios, la ropa de españoles que habían padecido esas u otras enfermedades de las que habían notado tenían efectos negativos en su salud.

¹⁸⁶ Véase Éric Taladoire, *De América a Europa, cuando los indígenas descubrieron el Viejo Mundo (1493-1892)* (México: Fondo de Cultura Económica, 2017), 28-37. De alguna manera, Taladoire nos ofrece una forma inversa del objeto de estudio del título de esta investigación y presenta los hechos que permiten comprender el flujo y presencia de los indígenas americanos en Europa durante la conquista.

encuentro, españoles e indígenas, debían experimentar la realidad de algo jamás imaginado.

De los primeros años de la exploración y consolidación hispana en la zona geográfica más próxima a los primeros viajes, resalta uno de los acontecimientos de la conquista con mayor repercusión histórica, tanto para España como para América: la conquista de la tierra mexicana¹⁸⁷. La trascendencia de la invasión a estos territorios, para los intereses de esta investigación, no solo trasciende en la historia por lo que significó la dimensión de los pueblos originarios y cultura del oprimido, o el beneficio económico de la Corona y de los propios exploradores, sino por la significación de una de sus causas que hizo posibles tamaños resultados, nos referimos a las traducciones de la indígena Malinalli o Malintzin¹⁸⁸. Vale precisar, que a la par de Malinalli, el español Jerónimo de Aguilar tendría un relevante papel para Hernán Cortés. Al ser capturado en 1511 por indígenas mayas, junto con Gonzalo Guerrero¹⁸⁹, aprendió durante años la lengua maya, que pondría al servicio de Cortés cuando lo rescató en 1519. La pareja formada por Malinalli y de Aguilar permitía, en primer término, el flujo de interpretación entre la lengua *náhuatl* al maya, dado el manejo de ambas lenguas en el caso de ella, y de maya a castellano, en el caso de él. Posteriormente, Malinalli

¹⁸⁷ Así se denominaba la civilización que predominaba la mayor parte de la zona mesoamericana al tiempo de la llegada e invasión española.

¹⁸⁸ Conocida en la historia mexicana y latinoamericana como Malinche. Fue entregada a Cortés por caciques indígenas como una ofrenda de buena voluntad y una invitación para que se integren a su sociedad. Véase Christian Duverger, «Cortés. La espada y la pluma», en *Hernán Cortés en el siglo XXI, V centenario de la llegada de Cortés a México*, ed. y coord., por José Ángel Calero Carretero y Tomás García Muñoz (Medellín-Trujillo: Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, 2020), 50-52.

¹⁸⁹ Personaje poco tratado a nivel histórico que habría sido uno de los primeros casos de un español que prefirió quedarse con los pueblos originarios, lo cual se entendería ante un posible arraigo social adquirido durante los años que pasó con los indígenas.

aprendería el castellano, lo que daría un mayor peso a su presencia en el bando de Cortés, hasta el punto de intervenir, no sólo como traductora, sino también como su emisaria, elevando su relevancia política y simbólica. A diferencia de lo que se puede creer como un mito latinoamericano en contra de la mujer que sucumbe a la presencia y amor por el extranjero, Malinalli pudo asumir como verdadero el contenido de los mensajes que transmitía desde y hacia el bando castellano visualizando la trascendencia de su función, que, con el enfoque de quien hace de intérprete, sirve al puente comunicativo que se ha tendido para unir a dos partes que se encuentran en direcciones opuestas. Echeverría lo describe de la siguiente manera:

«Ser -como lo fue la Malintzin durante esos meses- la única intérprete posible en una relación de interlocución entre dos partes; ser así aquella que concentraba de manera excluyente la función equiparadora de dos códigos heterogéneos, traía consigo al menos dos cosas. En primer lugar, asumir un poder: el de administrar no sólo el intercambio de unas informaciones que ambas partes consideraban valiosas, sino la posibilidad del hecho mismo de la comunicación ente ellas. Pero implicaba también, en segundo lugar, tener un acceso privilegiado -abierto por la importancia y la excepcionalidad del diálogo entablado- al centro del hecho comunicativo, a la estructura del código lingüístico, al núcleo en el que se definen las posibilidades y los límites de la comunicación humana como instancia posibilitante del sentido del mundo de la vida»¹⁹⁰.

La posibilidad de entablar un diálogo entre españoles e indígenas hizo posible configurar otros mecanismos de guerra previos al combate físico, como alianzas temporales marcadas por el engaño y la manipulación, destinadas a la constante traición ibérica porque al final no interesaba más que la consecución del lucro aún sobre la total destrucción del *otro*, de aquel que no era un *yo*. Asumir como cierto lo

¹⁹⁰ Bolívar Echeverría, *La modernidad de lo barroco*, México: Era, 1998, 21.

dicho por los españoles para configurar alianzas, que luego terminarían mal para el aliado local, no es muestra de extrema ingenuidad del vencido, sino la demostración de la visión de hacer posible un trato en función de la igualdad con la que se asumía al aliado *blanco*, al *otro* que sí es como un *yo*.

Uno de los cimientos de la modernidad se produce por el tránsito de la ontología de la sustancia por la del sujeto, cambio que implica la distinción de ambos conceptos, que de antaño venían siendo empleados como lo mismo, al menos en cuanto se refiere al ser humano. En la sustancia se presenta una indistinción entre sujeto y objeto de tal manera que sustancia podía ser un sujeto. A partir del hecho definitorio de la modernidad eurocéntrica, es decir, del cruce europeo del Atlántico, el sujeto cobra significado con la transformación en un *yo europeo* que se empieza a conocer a partir de la exacerbación de los intereses de riqueza. Para tal fin había de darse una centralidad integral, desde las relaciones personales, la fundación de ciudades, hasta alcanzar la geopolítica. Boaventura de Sousa Santos enmarca esta cuestión como una tesis o problema de la identidad en los inicios de la modernidad:

«La preocupación por la identidad no es, obviamente, nueva. Hasta podemos decir que la modernidad nace de ella. El primer nombre moderno de la identidad es la subjetividad. El colapso de la cosmovisión teocrática medieval trajo consigo la cuestión de la autoría intelectual del mundo y el individuo constituyó la primera respuesta. El humanismo renacentista es el primer afloramiento paradigmático de la individualidad como subjetividad. Se trata de un paradigma emergente donde se cruzan tensionalmente múltiples líneas de construcción de la subjetividad moderna»¹⁹¹.

¹⁹¹ Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas, Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 2012, 163.

Esto nos lleva a la reflexión que la conquista española no puede ser vista desde la limitada óptica de la cuestión de la fuerza militar, sino también por la formación de una modernidad caracterizada por la definición de una identidad del sujeto europeo, que por medio de la violencia se erige como centro y el invadido como periferia. Josef Estermann, prosigue en esta misma línea cuando señala: «Las concepciones de ‘autonomía’, ‘espontaneidad’, ‘soberanía’, ‘individualidad’, ‘personalidad’, ‘responsabilidad’ y ‘autenticidad’ expresan, de una u otra manera, este ‘mito fundacional’ de la modernidad occidental (...)»¹⁹².

Nos interesa retrotraer, aunque con los sustentos filosóficos de nuestro tiempo, la reconstrucción de la posición propia, de la visión del *otro* que no se siente otro, que no se auto percibe como tal, que es un *yo* en su espacio natural y ancestral. Ante la realidad física de hallar a personas desconocidas en apariencia ¿cómo descifrar la imagen del otro desde el lado indígena?:

«Los indígenas no podían percibir en el Otro una otredad o alteridad independiente. Una “soledad histórica”, la falta de una “experiencia del Otro”, según la explicación materialista de Octavio Paz, había mantenido incuestionadas en las culturas americanas aquella profunda resistencia oriental a imaginar la posibilidad de un mundo de la vida que no fuera el suyo. La otredad que ellos veían en los españoles les parecía una variante de la mismidad o identidad de su propio Yo colectivo, y por tanto un fenómeno perfectamente reducible a ella (en la amplitud de cuya definición los rasgos de la terrenalidad, la semi-divinidad y la divinidad pertenecen a un *continuum*). Tal vez la principal desventaja que ellos tuvieron, en términos bélicos, frente a los europeos consistió justamente en una incapacidad que venía del rechazo a ver al Otro como tal: la incapacidad de llegar al odio como voluntad de nulificación o

¹⁹² Josef Estermann, *Filosofía andina, sabiduría indígena para un nuevo mundo*, Quito: Abya Yala, 2015, 230.

negación absoluta del Otro en tanto que es alguien con quien no se tiene nada que ver»¹⁹³.

Ahora, pasamos a presentar (desde la advertencia de una mirada crítica, periférica y latinoamericana¹⁹⁴) la concepción del enfoque europeo del encuentro con el indígena del Nuevo Mundo. Este es el momento originario de la desigualdad pasada y presente en América Latina, así como de la geopolítica, porque en la lógica eurocéntrica del descubrimiento también encontramos el instante fundacional de la periferia mundial:

«Los europeos, en cambio, aunque percibían la otredad del Otro como tal, lo hacían sólo bajo uno de sus dos modos contrapuestos: el del peligro o la amenaza para la propia integridad. El segundo modo, el del reto o la promesa de plenitud, lo tenían traumáticamente reprimido. La otredad sólo era tal para ellos en tanto que negación absoluta de su identidad. La “Europa profunda” de los conquistadores y los colonizadores, la que emergía a pesar del humanismo de los proyectos evangelizadores y de las buenas intenciones de la Corona, respetaba el universalismo abstracto de la iglesia católica, pero sólo como condición del buen funcionamiento de la circulación mercantil de los bienes; más allá de este límite, lo usaba como simple pretexto para la destrucción del Otro»¹⁹⁵.

Esta forma en la que los españoles de aquel entonces (en cierta manera cabe decir Europa) miran por primera vez a los demás que no son europeos (siendo ellos al mismo tiempo una periferia¹⁹⁶) determinaría las condiciones históricas en las que *Abya Yala* se configuró en periferia, con los elementos inéditos de la confluencia entre

¹⁹³ Echeverría, *La modernidad de lo barroco*, *op. cit.*, 24.

¹⁹⁴ Como resulta evidente, esta tesis se nutre de un enfoque histórico que disiente de la tradicional enseñanza del *descubrimiento* y se fundamenta, en lo filosófico, a los contenidos de la Filosofía de la Liberación como Filosofía Latinoamericana.

¹⁹⁵ Echeverría, *La modernidad de lo barroco*, *op. cit.*, 24.

¹⁹⁶ Como ya hemos mencionado en el mismo año 1492 habían logrado la expulsión de los musulmanes y la reconquista de la península ibérica.

Modernidad, colonialismo y capitalismo. Las dos primeras categorías tienen especial relevancia en esta investigación y a manera de comprobación o verificación histórica revisamos más adelante las acciones y escritos de Bartolomé de Las Casas, el desarrollo y contenido jurídico moderno y colonial del derecho indiano y acontecimientos, previos a la independencia, tendientes a poner fin al estado colonial.

No es que lo económico sea irrelevante en esta temática, pero la literatura en materia de implantación del capitalismo, como modo de producción económica, se ha ocupado con especial atención de dicha cuestión, que, en lo principal, no es objeto de la tesis, pero sí tiene que ver como una de las aristas de la dimensión global del problema que venimos abordando.¹⁹⁷ Se trata precisamente de explorar otra clase de orígenes de la desigualdad en América Latina para llegar a la comprensión del marco en el que se asienta el derecho y especialmente para esta investigación, el marco sobre el que se funda el constitucionalismo en la región.

Consideramos que la ontología del derecho de América Latina está determinada, en mayor o menor medida, según sea el campo de regulación o disciplina, por la colonialidad de su *ser*. Como señala Benigno Mantilla: «Con todo, puede hablarse de una tradición ontológica y metafísica, que en parte es conservación del pasado y en

¹⁹⁷ El estudio de los orígenes de la desigualdad económica ha tenido y tiene grandes exponentes en el campo de la economía, uno de los más destacados es sin duda el de Amartya Sen, quien sostiene «que la naturaleza histórica de la noción de desigualdad debe tenerse presente antes de iniciar un análisis de la desigualdad económica tal como la consideran los economistas»: Amartya Sen, *La desigualdad económica*, traducción de Eduardo L. Suárez Galindo, México: Fondo de Cultura Económica, 2016, 18.

parte superación del mismo»¹⁹⁸. Desde su formación republicana la región afronta lo que pretende regular como nuevo, desde los mismos elementos que intenta derogar. La prescripción jurídica del futuro es, en el fondo, la misma del pasado. La colonia de tres siglos sobrevive a la república de dos siglos. En parte, esto explica por qué los problemas que el derecho intenta solucionar hoy son, en parte, los mismos problemas de ayer. Las críticas se visualizan similares en diferentes épocas. Santos lo entiende como una modernidad ampliada haciendo énfasis en rasgos estéticos debido a la importancia que damos a las apariencias y a las dicotomías que presenta la sociedad¹⁹⁹.

El proceso de recepción de lo normativo europeo no puede desligarse de la *realidad* que se forjó en el continente a partir de las praxis sociales que trajo la presencia hispana, portuguesa, francesa, inglesa y neerlandesa entre los siglos XVI, XVII y XVIII. El derecho como objeto, como ente, tiene una estructura y una modificación de esa estructura, desde el ámbito del conocimiento, es «lo que permite distinguir su enfoque óptico, en el primer caso, y ontológico, en el segundo»²⁰⁰. Si pensáramos en una clasificación de entes que podría aplicarse en ontología jurídica, las presentaríamos como «entidades factuales e ideales, estas últimas elaboradas especialmente en semánticas»²⁰¹. Ordinariamente, podríamos asemejar a las instituciones jurídicas en el campo de las entidades ideales, sin embargo, la especial y

¹⁹⁸ Benigno Mantilla, *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Temis, 1996, 59.

¹⁹⁹ Véase José Antonio Santos, «El hombre tecnológico como fetiche de la modernidad ampliada. Acuerdos y desacuerdos con la posmodernidad como resistencia de Jesús Ballesteros», *Dikaion* 26, n° 1 (2017): 19.

²⁰⁰ *Ibid.*, 60.

²⁰¹ Rafael Hernández Marín, *Compendio de Filosofía del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012, 33-44.

única condición de América Latina, como espacio que dio inicio a la Modernidad y la concepción de un orbe con unas disputas geopolíticas, genera que no podamos apartar tal condición factual al momento de plantear una ontología jurídica y el pasado colonial.

Los elementos de colonialidad que constan impresos en el derecho actualmente tienen una hoja de ruta que sobrepasa a la narración de hechos históricos e histórico-jurídicos y se adentra en la configuración integral de la cultura latinoamericana, en especial, a su cultura jurídica. Dicha colonialidad se aproxima más devenir del proyecto cultural de la modernidad antes que a la formación de algún modo económico de producción, por eso Santos afirma, con razón, «que la modernidad occidental y el capitalismo son dos procesos históricos diferentes»²⁰².

La colonialidad es, por lo tanto, un rasgo del derecho en la región. Tiene relación con otras dos categorías: colonialismo y colonización. Ambas otorgan pautas para comprender la colonialidad jurídica que se configuró en el encuentro con las potencias europeas. Ambos conceptos son planteados por Josef Estermann: «Mientras que “colonización” es el proceso (imperialista) de ocupación y determinación exterior de territorios, pueblos, economías y culturas por parte de un poder conquistador que usa medidas militares, políticas, económicas, culturales, religiosas y étnicas, “colonialismo” se refiere a la ideología concomitante que justifica y hasta legitima el orden asimétrico y hegemónico establecido por el poder colonial»²⁰³.

²⁰² Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid: Trotta/ILSA, 2009, 29.

²⁰³ Estermann, *Filosofía andina, op. cit.*, 17.

El colonialismo supone la primera fase de toda experiencia de colonialidad, pese a que no toda acción colonial termina en colonialidad. Hemos de entender que son características de la génesis colonial: el empleo de una violencia total, la aplicación irracional de la fuerza física sin derecho, ética o moral que la legitime, porque la agresión se fundamenta en una especie de *justificación natural* de la superioridad, de la venganza y hasta de lo ineludible. Implica la aniquilación del *otro* o su en-cubrimiento, desconocerlo, negar su existencia o ponerla en duda, su *ser* pasa a ser desplazado, o por lo menos, en el mejor de los casos, es tratado como alguien que es naturalmente un subalterno.

Es imposición política porque hay *imperium* de una organización sobre otra, de un Estado sobre otro. El derecho es una herramienta más para la guerra, está a su servicio. Diseña los mecanismos institucionales y formales que facilitan la transformación de intereses (políticos y económicos) a los títulos habilitantes para proceder a la opresión. El dominio por ocupación; las patentes de corso o encomiendas, son ejemplos de esta función del derecho.

Por su parte, la colonización es siempre un proceso en el que se acentúa, en un tiempo determinado, la presencia de la fuerza del conquistador. En la colonización se van anexando colonias²⁰⁴ a través de los mecanismos de expansión con los que cuenta la metrópolis. Se presentan la centralidad y la periferia como una lógica transversal, en lo individual y en lo colectivo. El *otro*, que ha sido en-cubierto, pasa ser llamado como *des-cubierto* con el fin de plasmar la superioridad de quien

²⁰⁴ Término que en lengua española no puede vincularse al nombre de Colón, el cual es una simple coincidencia al castellanizar su apellido italiano (Colombo) o versión de este en latín (Columbus).

levanta el velo que pesa sobre el sujeto cubierto, empezando recién a vivir, como sucede con los niños al nacer que deben ser tutelados por sus padres. De igual forma se entendía con los indígenas que eran tratados como incapaces y requerían la tutela eclesial.

El monopolio religioso de la Iglesia constituye el conocimiento fuente y universal, todo es posible de ser entendido dentro de la teología católica, nada fuera de ella, incluso bajo las más severas consecuencias. La escolástica, que exagera al máximo el principio de autoridad, es el núcleo irradiador de la teología cristiana y de todo saber.

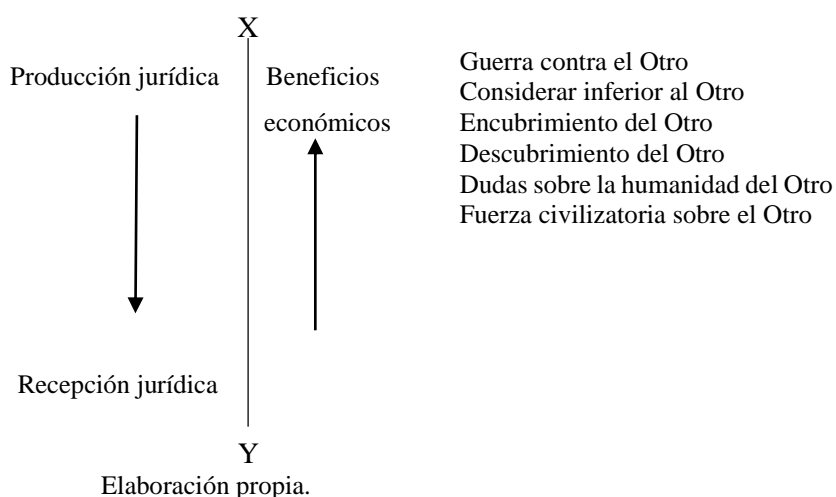
La economía se organiza por el clásico antagonismo de clase como producto de la asimilación filosófica de centro-periferia, conquistador-conquistado, descubridor-descubierto, aparece la oposición de clase, tanto de formas precapitalistas como las del capitalismo. El derecho en la colonización se centra en la producción de lo nuevo, ya asumido como propiedad del colonizador. El dominio por ocupación se ha ido generalizando y da paso a la fundación de las ciudades como acto político, jurídico y constituyente. Crea los registros y catastros de los nuevos propietarios, donde claro está, los desplazados son reubicados, o mejor dicho reducidos a espacios geográficamente periféricos para facilitar su control, registro y explotación.

La colonialidad, en cambio, es la consolidación sistémica del pasado colonial. Puede haberse logrado la independencia política, desaparecido la relación formal de la metrópolis con sus colonias; pero la colonialidad está presente por haberse convertido en parte de la cultura nacional y regional, presenta una cultura subalterna, sea de las metrópolis

actuales o de sus sucesores dentro del Estado nacional. El orden establecido se mantiene en el tiempo gracias a la conversión y adaptación histórica de la fuerza pública. Ha pasado de cuidar los intereses de la antigua potencia, ser vencida o simplemente cambiar de bando en la independencia nacional, a servir a la élite que gobierna en el Estado nacional.

La separación de la Iglesia con el Estado determina que el control del sistema de creencias ya no requiera mayoritariamente de la religión para plantear dispositivos de influencia u orientación de las opiniones. Hay neocolonizadores y neocolonizados, el uso del prefijo empleado solo diferencia el tiempo del cual se aborde la cuestión. El derecho mantiene la desigualdad que requiere mantener la colonialidad.

El colonizador o conquistador, convertido de alguna manera en las élites nacionales, actualizan las formas, pero estas siguen dirigiéndose al mismo fin: mantener las diferencias que determinan los antagonismos de la política, economía y sociedad.



Si seguimos entonces en las vicisitudes acerca de la Modernidad como categoría, revelamos el punto de partida del derecho en América Latina. Tomaremos como uno de los puntos de referencia histórica, la tesis de Enrique Dussel acerca de la Modernidad como hecho histórico, que transcribimos:

«No es posible imitar, aplicar o desarrollar la Modernidad existente en otras culturas, ya que no es factible replicarla por ser un hecho irrepetible de la historia mundial. Por ello, habrá que dialogar sobre el sentido de un espíritu de la Modernidad, si se tiene en cuenta que la Modernidad no es meramente un concepto, sino un hecho histórico singular, irrepetible, y no puede sustantivarse como esencia que podría resurgir o renovadamente volver a originarse en futuras modernidades alternativas a partir de otras tradiciones culturales (como la árabe-islámica, la latinoamericana, la bantú africana, la indostánica, etc.). Por ello, habrá que dialogar acerca de la posibilidad de pensar radicalmente la Modernidad, subsumiendo sus avances tecnológicos y científicos que sean acordes con las estructuras éticas, ontológicas y políticas de las culturas del Sur, para así converger, sin disolverse, en una nueva humanidad, en una nueva Edad histórica, cultural y civilizatoriamente transmoderna (es decir, no ya moderna, sino como otra Edad de la historia mundial de las culturas)»²⁰⁵.

El *ser* del derecho, el fenómeno de lo normativo, sea de orden público o privado, que coadyuva a la reproducción de la desigualdad social y material que prima en América Latina y que asegura la desigualdad de las relaciones de producción, se desarrolló a partir de una condición histórica sin precedentes (sin el *recorsi* de Vico²⁰⁶); de un texto que no puede reproducir contextos, sino que solo produjo uno, el de la Modernidad: fuerza estructurante de una permanente y cíclica herencia de colonialidad jurídica que necesita siempre marcar distancias entre la dignidad de las personas, fundándose en una matriz que combina

²⁰⁵ Enrique Dussel, *Siete ensayos de filosofía de la liberación, hacia una fundamentación del giro decolonial* Madrid: Trotta, 2020, 25.

²⁰⁶ Véase Francisco Puy «Sobre la antinomia universalidad-relativismo», *Anuario de Filosofía del Derecho* 11 (1994): 82.

voluntad divina de raíz cristiana, en discursos de un anhelado porvenir, un falso *ethos* y en la violenta banalización del cuerpo y de la vida.

La Modernidad es el hecho histórico-filosófico y cultural que aún perdura en la producción del derecho. Incide en que tenga rezagos de colonialidad porque en el fondo (aunque se cuiden las formas) trata de mantener la desigualdad, incluso moviliza argumentos y sensibilidades religiosas que aún son muy de acentuadas en la población y cultura latinoamericana. La ética jurídica se practica en contra de los fines que persigue y la violencia total con la que esta modernidad se inauguró sigue presente en los círculos privados y públicos de América Latina.

2.2.- Crítica a la desigualdad: el pensamiento lascasiano.

García Gallo concibe de una manera muy clara el problema central de la conquista española. Dice que el «[p]roblema fundamental en la colonización española es el de la condición del indio, ya que aquella toma como principal fin su conversión y civilización»²⁰⁷.

El tratamiento jurídico de los indígenas y, por ende, el tipo de relaciones que habrían de tener los españoles con los habitantes de los pueblos originarios, representó (y aún en el presente) una de las principales discusiones para el derecho y las ciencias sociales. En nuestros días no porque se tengan dudas formales o materiales de su igualdad, cuanto por los retos que significa resarcir la historia de

²⁰⁷ Alfonso García Gallo, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, 276.

maltrato, pobreza y exclusión que aún se aprecia en los indígenas de América Latina, cuya génesis fue el 12 de octubre de 1492.

García Gallo plantea, a manera de justificación, la falta de conocimientos sobre antropología y psicología (de los españoles) en aquel tiempo, para no comprender «la *dificultad de los indios para adaptarse a las formas de vida españolas*»²⁰⁸ (sin cuestionar la posibilidad de adaptación española, como extranjeros, a la vida indígena) y que en virtud de ello se diera paso a considerar «*fácilmente aquella dificultad a incapacidad mental*»²⁰⁹. Tal explicación intenta eludir la crítica moral que pueda formularse a los abusos cometidos contra los indígenas. Incluso, porque en su propio tiempo los españoles, bajo los cánones jurídicamente vinculantes del cristianismo contaban con el pronunciamiento de la Bula *Subliminis* o *Sublimis Deus* emitida por el Papa Paulo III en 1537²¹⁰. No resulta extraño entonces, el enfoque jurídico que se diera a los indígenas como *miserables (menores, inferiores)* que responde a una antigua consideración de origen romano por la que se alega la *rusticidad* de unas personas en comparación con el parámetro de lo *civilizado*. De este enfoque se derivaría el trato permanente como *legalmente incapaces* que se dio a los indígenas, asimilándolos a un niño o a un demente, por lo que debían ser tutelados

²⁰⁸ Alfonso García Gallo, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, op. cit., 277.

²⁰⁹ *Ibid.*, 277.

²¹⁰ De la Torre Rangel reseña que, entre el 29 de mayo y el 2 de junio de 1537, se emitieron por Paulo III otros documentos, además de la bula mencionada, el *Pastorale Officium* en el que nombra al arzobispo de Toledo como su ejecutor y la bula *Altitudo divino consili* (La Profundidad del Plan Divino) en la que se admite al bautismo y al matrimonio a los indios, que será objeto de regulación por la Iglesia en las *Indias*. Véase Jesús Antonio de la Torre Rangel, «La Sublimis Deus: producto del pensamiento novohispano y documento básico de la tradición iberoamericana de derechos humanos», *Pensamiento Novohispano* 14 (2013): 117.

y protegidos por la Iglesia, ya que tenían el mandato papal y real de enseñar y difundir la religión cristiana, tutelaje del que surgiría el *oficio de protector de indios*.

Con estos preceptos de desigualdad, el constitucionalismo habría de diseñar las futuras e independientes repúblicas latinoamericanas, como en el caso de la Constitución de Ecuador, de 1830, que en el artículo 68 disponía, respecto a su población indígena, lo siguiente: «Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable». Esta misma situación, en cambio, había sido prohibida por la Constitución de Venezuela de 1811²¹¹.

Este trato hacia los pueblos originarios, desde el inicio de la conquista y durante el constitucionalismo de las nuevas repúblicas es el primero de los rasgos de desigualdad en América y en especial en América Latina, aquí se materializa el ejercicio del poder y el derecho, instaurados en la enseñanza aristotélica de la justificación que tiene una civilización sobre otra a la que se considera inferior.

La legislación que se desarrolla tanto en la colonia como después en las repúblicas independientes partieron siempre de la noción del *indio miserable*. Cabe advertir que esta interpretación, en su origen en el mundo indiano, fue siempre en sentido intencionalmente negativo; sirvió

²¹¹ Véase Bartolomé Clavero, «Constitucionalismo original latinoamericano», en *Lecciones de Filosofía del Derecho. Cartografía comparada de la crítica jurídica europea*, dir. Yuri Tornero Cruzatt y Ángel Gaspar Chirinos, Lima: IDEMSA, 2018, 256-257.

también como argumento de quienes tenían como propósito facilitar a los nativos la protección de algunas órdenes religiosas, como franciscanos o dominicos.

Así lo explica Caroline Cunill al exponer las tesis jurídicas de Bartolomé de Las Casas acerca de lo *miserable* como una categoría jurídica que permitiese intervenir a la Iglesia con mayor efectividad en cuanto a los alcances de las autoridades civiles, sin embargo, tal enfoque no sería aceptado por las autoridades españolas,²¹² no en su totalidad, por cuanto afectaba a la provisión de mano de obra barata o de esclavitud.

2.2.1. – Bartolomé de Las Casas y el contexto histórico-filosófico de su obra.

La filosofía lascasiana es una de las más estudiadas en la historia de las ideas por ser la primera que se presenta en la Modernidad o mejor dicho, se produce como consecuencia inmediata del inicio de la Modernidad cuyo punto originario fue la invasión en *Abya Yala*. Hay otra novedad que podemos apreciar en clave filosófica e histórica: no solo América pasaría a ser periferia, sino que Castilla y Aragón, reinos unificados por el matrimonio de sus soberanos, tampoco alcanzarían la centralidad europea, idea hegeliana que se plantearía en siglos posteriores.

²¹² Véase Carolina Cunill, «El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI», *Cuadernos de intercambio* 8, n° 9 (2011), 229-248.

Como habíamos expresado, la periferia americana se construyó desde la periferia europea, la colonialidad americana se llevó a cabo por la colonialidad hispana ante la presencia musulmana desde el año 711 y que como ya se dijo, culminaría el mismo año que empezó la travesía trasatlántica, 1492. Esto nos lleva a advertir un enfoque crítico con la historia de América Latina y el Caribe, porque la temática que ahora nos proponemos estudiar se construye precisamente como la primera filosofía crítica contra la opresión y cuyo primer protagonista es, por paradójico que parezca, un español en defensa de los indígenas: Bartolomé de Las Casas.

Casi siempre podemos afirmar que el pensamiento de una persona se forja a partir de las experiencias de su vida y con Bartolomé de Las Casas no hay duda de tal premisa. Defendió a los indígenas porque conoció a los indígenas, los trató, se interesó en sus lenguas y culturas, comprendió y repudió las formas de opresión a las que fueron sometidos desde la presencia hispana. Su obra, en cuanto a pensamiento, se construyó a partir de la práctica del apostolado que decidió vivir, por lo que sus denuncias y la posición que adoptó ante controversias incómodas para su tiempo no son el resultado de la reproducción de enseñanzas transmitidas por terceros, sino que desempeñó un papel activo en el momento de la historia que contribuyó a reescribir.

Para aceptar el peso de la experiencia de Bartolomé de Las Casas se tiene que repasar su vida. Nació en Sevilla en 1484. Se estima que en su niñez pudo conocer a Cristóbal Colón, aproximadamente a la edad de nueve años, luego que el Almirante retornase a Europa al culminar su primer viaje a las *Indias*. Podríamos plantear que es posible que de Las

Casas haya tomado algún grado de contacto directo con los actores de la invasión de *Abya Yala* y las novedades que se presentaron en el Viejo Mundo al saber de la existencia de territorios y de sus habitantes.

El futuro obispo de Chiapas llegaría al Nuevo Mundo, en el año 1502, a la Isla Española (territorio insular donde en la actualidad se asientan La República Dominicana y Haití), dedicándose a gestionar las tierras entregadas por Colón a su padre y desempeñando actividades de aprovisionamiento para los expedicionarios españoles, labor por la que recibirá indígenas como pago. Por aquella época, de Las Casas contaba aproximadamente con dieciocho años de edad. Para 1506 estuvo de regreso en Sevilla y luego fue ordenado sacerdote, siendo generalmente aceptado que dicha ordenación sucedió en Roma en 1507, mientras que, para otros, tal evento ocurrió en Puerto Rico, no antes de 1512.

En 1508 regresó a la Isla La Española y continuó siendo un encomendero. En 1510 la isla recibiría la llegada de los frailes dominicos que desencadenaría, en 1511, enfrentamientos entre los religiosos y los conquistadores, por el trato a los habitantes originarios, que se provoca uno de los hechos que más incidiría en forjar el pensamiento de la liberación²¹³ de Bartolomé de Las Casas, el sermón de la misa del 21 de diciembre de 1511 que celebró el dominico Antón de Montesinos en la Iglesia de la orden en Santo Domingo, Isla La Española. Fue una proclama suscrita, de manera colectiva, por todos los miembros de la orden que estaban bajo la dirección de Fray Pedro de Córdova. Para su presentación Montesinos fue seleccionado, dada su destacada oratoria.

²¹³ Del cristianismo liberador o de la teología de la liberación como se conoce ya en el siglo XX.

Entre los asistentes a esa misa estuvieron de Las Casas y Diego Colón, hijo de Cristóbal Colón. Fue una franca y abierta denuncia en territorio del Nuevo Mundo. La reacción de las autoridades coloniales y de los encomenderos no se haría esperar, de tal manera que se exigió a Montesinos que se retractase a la semana siguiente, que al no ocurrir pasó a ser denunciado directamente en la península, provocando que el religioso deba presentarse en España a explicar la razón de sus dichos y con ello devino la promulgación de Las Reales Ordenanzas dadas para el buen Regimiento y Tratamiento de los Indios, el 27 de diciembre de 1512, conocidas como Leyes de Burgos. Estas serían las primeras normas jurídicas que expresamente se dieron para la relación entre españoles e indígenas²¹⁴ y, pese a que formalizaban el vasallaje, serían las ordenanzas precursoras de otras tantas que estarían por venir para reconocer derechos a los pueblos originarios, antecedentes de los derechos humanos del presente.

Sin embargo, de Las Casas no cambió su privilegiada posición social y económica y entre 1512 y 1514 desempeñó la función de capellán de los españoles, que, al mando de Diego Velázquez, estaban asentados en Cuba. En esta época, en una ocasión en la que se confesó con un dominico, este sacerdote le negó la absolución por ser beneficiario de indígenas bajo encomienda, hecho que habría sido trascendental para empezar a plantearse un cambio. Es así, que experimenta lo que sus historiadores han denominado como «primera

²¹⁴ Las Ordenanzas trataban de diferentes cuestiones fundamentales para los intereses castellanos: establecimiento del imperio (soberanía), adoctrinamiento religioso (de acuerdo con lo acordado en bulas papales), explotación laboral, tributos, convivencia con los indígenas, entre otras. Véase Rafel Sánchez Domingo, «Las Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista», *Revista jurídica de Castilla y León* 28 (2012): 28-38.

conversión»²¹⁵ durante la misa que celebró el 15 de agosto de 1514 en la que basándose en una cita bíblica²¹⁶ empezaría su ardua labor de defensa de la dignidad de los indígenas a lo largo de cincuenta y dos años y solo terminaría, con el fin de su vida y con un texto dirigido al recién electo Papa Pío V.

Experimentó una «segunda conversión»²¹⁷ que se describe entre los años 1522 y 1526, lapso en el que se forma y consolida en él la doctrina que predicaría y practicaría el resto de su vida. Evidencia de haber asumido una crítica (como primera filosofía crítica) a las ideas que imponía la expansión colonizadora es la obra titulada *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión* en la que el obispo despliega problemáticas y plantea recomendaciones para abordar la cuestión de la relación y trato con los indígenas, especialmente centrado en las acciones de los españoles del clero al momento de implantar la religión cristiana:

²¹⁵ Véase Alejandro Rosillo, *La tradición hispanoamericana de derechos humanos. La defensa de los pueblos indígenas en la obra y la praxis de Bartolomé de Las Casas, Alonso de la Veracruz y Vasco de Quiroga* (Corte Constitucional de Ecuador: Quito, 2012), 63.

²¹⁶ Nos referimos al contenido de Eclesiástico 34, 18-22, que dice: 18 Ofrecer en sacrificio el fruto de la injusticia es presentar una ofrenda defectuosa, y los dones de los impíos no son aceptados. 19 El Altísimo no acepta las ofrendas de los impíos, y no es por el número de víctimas que perdona los pecados. 20 Como inmolar a un hijo ante los ojos de su padre, es presentar una víctima con bienes quitados a los pobres. 21 Un mendrugo de pan es la vida de los indigentes: el que los priva de él es un sanguinario. 22 Mata a su prójimo el que lo priva del sustento, derrama sangre el que retiene el salario del jornalero.

²¹⁷ Alejandro Rosillo, *La tradición hispanoamericana de derechos humanos, op. cit.*, 64.

- Presentación del problema (la difusión del cristianismo) como una contradicción entre la difusión del evangelio y la guerra contra los indígenas.
- Reconocimiento del daño ocasionado los pueblos originarios.
- Censura contra los negacionistas del daño provocado a los pueblos indígenas.
- Censura contra quienes justifiquen y apoyen la guerra contra nativos por causas religiosas.
- Reconocimiento de la igualdad de los indígenas.
- Necesidad de un activismo de la Iglesia en favor de los indígenas.
- Obligar a los religiosos a aprender lenguas nativas y a predicar en dichas lenguas.
- Censura contra el enriquecimiento de los clérigos con recursos de los pueblos del Nuevo Mundo.
- Restitución a los indígenas de los recursos que les fueron despojados.

La *Brevísima relación* quizá es la obra más conocida de Bartolomé de Las Casas, debido al relato descriptivo de un nivel de crueldad humana no conocida hasta ese entonces, o que, al menos, nadie

quería contar respecto a los primeros años de la invasión española. La empezó a redactar en 1542 y publicó en 1552, una vez que contaba con todo el bagaje de su experiencia, intelectual y de práctica, en asuntos indianos. Su contenido se enfoca en:

- Repasar la historia de la presencia española en el Nuevo Mundo, exponiendo una historia, a partir de ese entonces, del continente americano, en la que presenta nombres de importantes caciques locales, abriendo la posibilidad de profundizar en una historiografía americana. Como los que reseña que encabezaban en los cinco reinos que existían en la isla denominada por los conquistadores como Isla Española (actual territorio que comparten Haití y República Dominicana): Guarionex (reino Maguá); Guacanagarí (reino del Marién); Caonabó (reino Maguana); Behechio (reino Xaguará); y, Higuana (reino Higuey)²¹⁸.

- Presentar, sistemáticamente, los relatos acerca de la masacre cometida por los conquistadores españoles en contra de los indígenas, ofreciendo descripciones de la forma de tortura y de dar muerte que se practicaba. La *Brevísima relación* es a todas luces una denuncia en el campo de los derechos humanos²¹⁹.

²¹⁸ Véase Bartolomé de Las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (Madrid: Cátedra, 2013), 83-87.

²¹⁹ *Ibid.*, 92-93. «Como lo expone sobre la persecución y muerte del cacique Hatuey y acerca de los hechos que se conocen como matanza de Caonao sucedida en 1513, en Cuba: Una vez, saliendo a recibir con mantenimientos y regalos diez leguas de un gran pueblo, y llegados allí, nos dieron gran cantidad de pescado y pan y comida, con todo lo que más pudieron. Súbitamente se les revistió el diablo a los cristianos, y meten a cuchillo en mi presencia (sin motivo ni causa que tuviesen) más de tres mil ánimas que estaban sentados delante de nosotros, hombres y mujeres y niños. Allí vide tan grandes crueldades que nunca los vivos tal vieron ni pensaron ver». Para profundizar acerca de esta matanza, en la que Bartolomé de Las Casas estuvo presente, véase Raúl Marrero-Fente, «La matanza de Caonao en La Carta de relación de Diego Velázquez una retórica de exculpación», *Telar*, n° 27 (2021): 113-130.

- Ofrecer descripciones geográficas y datos de la población, que denota su conocimiento del espacio continental y su comprensión espacial de los problemas que estaba denunciando ante la Corona.

2.2.2. – Síntesis de las «Treinta proposiciones muy jurídicas».

Las *Proposiciones*, como comúnmente se conoce a esta obra, es uno de los breves tratados lascasianos escritos con la clara intencionalidad de responder, desde fundamentos jurídicos de la época, a otro de sus enfrentamientos intelectuales con Juan Ginés de Sepúlveda debido a que este indispuso a Bartolomé de Las Casas ante las autoridades del Consejo de Indias por su *Confesionario*²²⁰ en el que supuestamente el obispo dominico se atrevía a poner en duda la propia autoridad real. Las *Proposiciones* son, en buena medida, un conjunto de postulados sobre una especie de derecho lascasiano. La obra confronta la justificación planteada por Sepúlveda a la dominación y guerra de los españoles contra los *indios* que este intentaba zanjar alegando *justos títulos* de la conquista desde una visión aristotélica. Para Sepúlveda, como señala Castilla Urbano, «la guerra justa tiene un sentido moral que se manifiesta en su plenitud cuando se relaciona con el orden establecido en la naturaleza por Dios»²²¹ idea de la que apreciamos que, en el fondo,

²²⁰ Así es como se titula una de sus obras que estaba dirigida a los dominicos que debían viajar al Nuevo Mundo como misioneros y evangelizadores. Se trata de doce reglas en las que dicta un procedimiento a los religiosos para que ejecuten acciones con efectos jurídicos ante el conocimiento de daños contra las poblaciones indígenas y sus propiedades. Véase Bartolomé de Las Casas, *Tratados II*, México: Fondo de Cultura Económica, 2018, 853-913.

²²¹ Francisco Castilla Urbano, *El pensamiento de Juan Ginés de Sepúlveda. Vida activa, humanismo y guerra en el Renacimiento*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, 106-107.

a la oposición entre Las Casas y Sepúlveda, subyace, en realidad, visiones distintas acerca de éticas contradictorias sobre como difundir y mantener el orden natural dictado por Dios.

Si para Sepúlveda la guerra tenía razón de ser debido al estado superior de civilización de los españoles que los legitimaba para obrar mediante la fuerza luego difundir la fe católica, para Las Casas la tarea evangelizadora no podía admitir a la guerra como práctica de enseñanza del cristianismo.

Fundamentalmente, el pensamiento sobre los *indios* que expresa Sepúlveda, y que las *Treinta proposiciones muy jurídicas* procuran contradecir, es el que se presenta a continuación:

«Por el contrario, me parecería cosa muy absurda, pues nada hay más contrario á la justicia distributiva que dar iguales derechos á cosas desiguales, y á los que son superiores en dignidad, en virtud y en méritos igualarlos con los inferiores, ya en ventajas personales, ya en honor, ya en comunidad de derecho. (...) Tanta diferencia, pues, como la que hay entre pueblos libres y pueblos que por naturaleza son esclavos, otra tanta debe mediar entre el gobierno que se aplique á los españoles y el que se aplique á estos bárbaros: para los unos conviene el imperio regio, para los otros el *heril*»²²².

En cambio, para de Las Casas las diferencias entre españoles e indígenas, a criterio de Fernández-Santamaría, no podía admitir que a los segundos se proceda a «castigarlos (con la guerra) por su ignorancia sino, por el contrario, ayudarles a evolucionar más rápidamente hasta que lleguen a compartir los valores morales y culturales del resto de la

²²² Juan Ginés de Sepúlveda, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, México: Fondo de Cultura Económica, 1987, 171-179.

humanidad occidental»²²³. Como vemos, para el obispo de Chiapas el objetivo de la tarea de difusión de la fe habría de tener como objetivo lograr la igualdad entre europeos y nativos para disminuir la desigualdad del estado cultural de europeos y nativos.

Está claro que precede a las *Proposiciones* el temor a que un miembro de la Iglesia pueda expresar postura alguna sobre la idea de *nulidad* de la presencia hispana en el Nuevo Mundo, que podía ser objeto de inquisición, acabando con la vida de quien tuviese ideas contrarias al fundamento de la autoridad real. Pese a ello, había un conocimiento, una retórica, un margen de interpretación que podía ser superior, incluso a las razones jurídicas, como lo era el peso de la teología. La teología en la que se mueve de Las Casas es próxima a una ética que procura proteger a los pueblos originarios y hasta restaurar sus bienes que son dispuestos por la vía de la fuerza. Como lo vimos en Vitoria, de Las Casas emplea metodológicamente una estrategia de escritura que reinterpreta teológicamente el cristianismo, en tanto conjunto de postulados de ética y moral cristiana que denuncia el sufrimiento del oprimido.

Las *Proposiciones* tienen la habilidad de eludir conflictos con la Corona, y se centran en determinar la juridicidad de las acciones en defensa de los indígenas. Intenta justificar la no inferioridad, ni teológica ni jurídica de los pueblos originarios. Una de las características que este texto nos presenta es el problema de la existencia de gobiernos claramente estructurados y definidos en las tierras que se iban explorando en el Nuevo Mundo, incluso de Las Casas les da un tratamiento para su conservación, claro está, bajo el dominio castellano,

²²³ José Antonio Fernández-Santamaría, *Juan Ginés de Sepúlveda: la guerra en el pensamiento político del Renacimiento*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 126.

sumado a sus expresiones de comedimiento, que cultivó como respeto a las diferencias.

En la primera proposición, que guarda relación con la tercera, no se opone a la fuente de legitimidad de la autoridad que imponía el cristianismo. Afirma que el Papa tiene autoridad «sobre todos los hombres del mundo, fieles o infieles»²²⁴. De esta manera, trata de dar respuesta a quienes eran partidarios, con tintes aristotélicos, de hacer la guerra a los indígenas por desconocer a la «verdadera religión» a quienes se les estaba haciendo extensiva la figura de *ignorantia juris non excusat*.

En la segunda proposición universaliza la obligación de difusión del evangelio con «suma diligencia» planteando como presupuesto que «todo el mundo» son *fieles*, con ello los naturales de las Indias tendrían la posibilidad para acceder a la comunidad de la Iglesia. Esto era fundamental si tenemos presente que en aquel tiempo no ser parte de la oficialidad religiosa generaba una absoluta exclusión de la comunidad misma, es decir, de la propia sociedad. La ciudadanía dependía de ser o no cristiano, requisito que se mantuvo generalizadamente en América Latina hasta el siglo XIX.

En esta construcción argumentativa, que sigue una secuencia en el texto que consideramos, prosigue en la cuarta proposición con una forma de ubicar a los reyes en función de los propósitos de la Iglesia. Es decir, sitúa a los monarcas, consiguientemente a sus subalternos, como a las autoridades coloniales en el Nuevo Mundo, redefiniendo a su favor

²²⁴ Bartolomé de Las Casas, *Tratados I*, México: Fondo de Cultura Económica, 2018, 467.

la relación entre Iglesia y Estado, tradicional disputa política de siglos venideros, tanto en Europa como en América Latina bajo la influencia del liberalismo.

Por eso, en la quinta proposición refiere una figura jurídica teológica como es la «necesidad de precepto». Consiste en un conjunto de disposiciones eclesiásticas con fuerza de una ley que contribuyen al propósito cristiano de la salvación y cumplir con los fines de la Iglesia. De Las Casas entendía que la difusión de la fe debía estar delimitada a la no intromisión por parte de «ningún rey o príncipe cristiano», como así lo expone en la sexta proposición.

La séptima proposición introduce otro asunto de fondo de la conquista, que se asemeja a la gestión de los problemas territoriales de nuestro tiempo. En 1552²²⁵ (en que se ultimaron las *Proposiciones*) aún no terminaban de consolidarse las fundaciones de las ciudades de la actual Suramérica y en ese proceso de génesis de urbes se presentaban conflictos entre españoles y de estos con los nativos en cuanto a la división territorial de los indígenas, aunque de seguro por su experiencia con los propios exploradores y encomenderos, sabía del riesgo que esta atribución podría traer, por eso señala en la octava proposición que el Papa no podía otorgar «división, comisión o concesión para conceder gracias ni aumentar con honra e más títulos e riquezas los estados de los príncipes cristianos»²²⁶ lo cual al final intenta reafirmar al concluir

²²⁵ Este es un año muy importante para la producción intelectual y difusión de las ideas de Bartolomé de Las Casas. Dada su estancia en Sevilla se encarga de la publicación de sus nueve tratados.

²²⁶ Bartolomé de Las Casas, *Tratados I, op. cit.*, 471.

«que más es la dicha división y encomienda para el bien y utilidad de los infieles, que no de los príncipes cristianos»²²⁷.

La proposición novena empieza a plantear una cuestión jurídica con la que de Las Casas marca la diferencia en su época: la presencia hispana en el Nuevo Mundo no podía causar daño y perjuicio a quienes gobernaban esas tierras. La fundamentación jurídica de la *ocupación*, que ya fue discutida, no podía encontrar oposición por parte de un español que disienta sobre dichas bases, que además eran teológicas, es decir, divinas. Las razones jurídicas de la invasión eran, en realidad, razones de fuerza. Tanto para él como para cualquiera que analice la invasión europea desde lo militar, indiscutiblemente se llegaría a la conclusión que el uso de algunas tecnologías de la guerra favoreció la imposición castellana.

Las *Proposiciones* empiezan a contrastar esas razones con lo que podríamos denominar una «ética desde la resistencia» para intentar cuestionar su validez. Los discursos de validez sobre las normas, hoy en día, ocupan un importante trabajo de la filosofía del derecho, de la que de Las Casas es un precursor desde la óptica del oprimido.

La pauta jurídica y política que nos deja, como una puerta abierta para que otros transiten, está en la coexistencia de reinos que delinea en la novena proposición. No presenta oposición a la donación de territorios que el Papa pueda otorgar a los «reyes cristianos» y pese a que considera que el «premio principal» para las Coronas «por los servicios que prestan

²²⁷ *Ibid.*, 472.

a Dios y bien a su madre la universal Iglesia»²²⁸ no debe consistir en «cosas mundanas» y terrenas, termina aceptándolas, sienta como principio ético que tal recompensa debía darse «sin daño y perjuicio notable del derecho ajeno de los reyes y príncipes e singulares personas de los infieles»²²⁹.

En la siguiente proposición, la décima, el obispo dominico identifica abiertamente la existencia de reinos de los nativos de sus y gobiernos reconociéndoles características que son similares a los de cualquier otro y contextualiza su reconocimiento en el marco del derecho natural y el derecho de gentes (o derecho internacional de la actualidad)

Aunque poco se ha estudiado y se ha dicho al respecto, aquí existen importantes rasgos que validan esta investigación porque este breve tratado traslada a la realidad indiana, hoy americana, similares características que dan forma a la *constitución* de los reinos, como cuando se señalan las características de señoría, dignidad y preeminencia real. Cuando decimos que los traslada nos referimos a que los compara para situarlos como semejantes, aunque la disputa de la época precisamente pasaba por la negación de todo elemento de similitud entre las formas de gobierno, como consecuencia de la propugnada diferencia o desigualdad entre los individuos dado el desconocimiento de la fe cristiana, por el interés económico que significaba sostener la existencia de dicha desigualdad.

²²⁸ *Ibid.*, 473.

²²⁹ *Ibid.*, 473.

De Las Casas plantea, en razón de su argumento sobre la existencia de reinos, reyes y príncipes nativos como producto de la voluntad divina, que estos no pueden ser privados de lo que les pertenece, ni en todo ni en parte, ni de hecho, ni de derecho. Esta es una de las más relevantes reivindicaciones de igualdad con una clara repercusión en la política y derecho colonial. La relación entre teología y derecho tendía a que la primera sea un factor de legitimidad sobre el segundo, por eso recurre constantemente a una nueva hermenéutica bíblica, para llegar a planteamientos jurídicos afines a esas reinterpretaciones.

Para verificar este análisis reproducimos la décima proposición:

«Entre los infieles que tienen reinos apartados que nunca oyeron nuevas de Cristo ni rescibieron la fe, hay verdaderos señores reyes y príncipes, y el señorío y dignidad y priminencia real le compete de derecho natural y de derecho de las gentes, en cuanto el tal señorío se endereza al regimiento y gobernación de los reinos, confirmado por el derecho divino evangélico. Lo mismo a las personas singulares el señorío de las cosas inferiores, y, por tanto, en el advenimiento de Jesucristo, de los tales señoríos, honras, preminencias reales y lo demás no fueron privados en universal ni en particular *ipso facto nec ipso iure*»²³⁰.

Para de Las Casas, no asumir la igualdad de los reinos y monarcas, para continuar con malos tratos que venía denunciando, significa una contraposición entre derecho y religión. Argumenta desde los valores y regulaciones de la fe, que quien cometiese daños contra los naturales de las Indias comete una conducta aborrecida por Cristo, y contrario a la religión cristiana. Por su parte, señala que el desconocimiento de la religión cristiana católica, no podía, conforme a las proposiciones décimo segunda y décimo tercera, ser causal para la aplicación de sanciones que atente contra los bienes de los naturales de las Indias.

²³⁰ *Ibid.*, 473-474.

La condición religiosa de *infidel* y sus prácticas, entendidas como «pecado de idolatría», no se deberían considerar meritorios de criterios punitivos en sentido retroactivo si tomamos como punto de referencia el bautismo, ni tenerse en cuenta la negación de este. Indiscutiblemente, nos hallamos frente a un principio que protege, o intenta hacerlo, las creencias de los pueblos originarios a pesar de que de Las Casas era un sacerdote católico, por lo que su texto es la primera doctrina que tiende al reconocimiento y tutela de la libertad de culto y de una relación intercultural.

El tratado en cuestión avanza con el recordatorio de la legitimación vaticana a los Reyes Católicos, en cuanto a que el propósito del «descubrimiento», era la «conversión y salvación de los vecinos naturales y moradores que en ellos vivían»²³¹. Podemos apreciar entonces en la proposición décimo cuarta, que al circunscribir estos criterios que fueron los preceptos papales y no señalar otros de índole económica o de superioridad cultural, religiosa o racial, nuestro autor trata de excluirlos como un factor en los que se pudiese fundar la explotación o guerra contra los indígenas.

La proposición décimo quinta es, sin duda, la señal o mensaje que de Las Casas debía transmitir para no caer en desgracia ni antipatía de la Corona y para dejar claro la legalidad y legitimidad sobre las acciones de recuperación de los territorios de la península de manos musulmanas; así como el *dominio* jurídico de los Reyes Católicos y sus sucesores sobre las Indias, en 1492. Esta proposición es la exposición del pragmatismo

²³¹ *Ibid.*, 477.

con que el dominico debía actuar para poder seguir en su principal objetivo, que era la defensa de los *indios*.

El planteamiento parece repetirse, a simple vista, en la proposición décimo sexta, pero a nuestro criterio parece que sutilmente genera una advertencia sobre una reversión apostólica acerca de la entrega de cualquier territorio a rey cristiano que no cumpla con los propósitos de la Iglesia. Claro está, el quehacer de la Iglesia que de Las Casas había concebido era uno muy diferente al que se experimentaba en los círculos de poder eclesiástico, su visión era mucho más próxima a una *ética cristiana*. Para continuar en gracia de la monarquía de Castilla, señala una especie de exclusividad sobre las Indias, que jurídicamente entenderíamos en el ámbito de la propiedad, que a su vez es excluyente de cualquier otra presencia real, obviamente, europea. De las Casas cierra estas nociones específicas manifestando en la proposición décima séptima las figuras jurídicas de la concesión y donación pontificias como único fundamento jurídico de la autoridad y señorío de Castilla sobre las Indias.

Con la habilidad que de Las Casas había demostrado hasta ese entonces para sortear los problemas que generaba su forma de pensar, pasa a redactar la proposición décimo octava en la que deja en claro un replanteamiento acerca de la coexistencia de los poderes del conquistador y el existente en las colonias. No reconocía soberanía a estas últimas una por lo ya expresado, pero sí un grado de autonomía de los «reyes y señores naturales». Hasta los tiempos de las Guerras de Independencia, sería incomprendido por el poder real, aún en tiempos de mayor elaboración intelectual sobre los mecanismos emancipatorios de

criollos y mestizos a principios del siglo XIX, sobre los que profundizaremos en el capítulo III.

De Las Casas extiende la proposición décimo novena como un asunto ético y de índole jurídica, como era la conversión al cristianismo de corte católico que debía ser una de libre voluntad y no la consecuencia de un acto punible por parte de Castilla sobre las Indias. Tal como ocurre en nuestro tiempo, si un proceder humano no es punible, entonces es el resultado de una libertad íntegra para decidir si se ejecuta o no dicha acción. Esta valoración jurídica del proceso de expansión religiosa era muy importante para de Las Casas a efectos de tener una real y sincera vinculación de los indígenas al cristianismo. Estamos frente a una pedagogía lascasiana que se erige a partir de la no imposición de la religión a naturales de un territorio parte del orbe. Avanza con su anhelada intención de contar con religiosos y predicadores idóneos para la difusión evangélica y en la proposición vigésima rememora como obligación a los reyes, la debida precaución de cuidar dicho perfil al enviar a los representantes eclesiásticos. La única fuerza que se acepta para la conversión es la fuerza de la razón, no se admite más que ello, así lo deja plasmado en la proposición vigésimo primera.

Si la conquista, como hemos visto, se basaba formalmente en la difusión de la religión cristiana, la enseñanza reinterpretada acerca del Dios de los europeos era un asunto capital para de Las Casas, porque ese era el vínculo que debía legitimarse siempre en la invasión al Nuevo Mundo, aunque en el fondo las pretensiones de riqueza material hayan sido siempre los motores de la conquista. La dimensión del pensar y accionar lascasianos trasciende a su tiempo, precisamente porque

reescribió el origen de la presencia europea en la actual América, dando paso a la primera crítica de la naciente Modernidad.

La proposición vigésimo segunda es, por tanto, una reelaboración del cristianismo y del rol protector que debía tener en favor de los indígenas que estaban sufriendo los más crueles padecimientos. El cristianismo lascasiano es un sistema de garantías para la vida e integridad de los nativos, porque también eran hijos de Dios, aunque antes no hayan tenido la oportunidad de conocerlo. Esta es otra vía por la que el obispo de Chiapas planteaba la igualdad.

En las proposiciones vigésimo tercera, vigésimo cuarta, vigésimo quinta y vigésimo sexta, Bartolomé de Las Casas se centra en deshacer frontalmente el argumento de la guerra a los indígenas como causa justa que venía planteando Juan Ginés de Sepúlveda y que de facto venían efectuando los encomenderos y exploradores españoles. En años posteriores a las conocidas controversias de Valladolid de 1557, según el hispanista francés Dumont, se publicaría en Salamanca su *Epistolario*, en el que conforme al texto que citaremos, Sepúlveda formularía una especie de modulación de los términos en los que había expresado anteriormente el argumento de la legalidad por el que se formulaban los justos títulos de hacer la guerra a los indios. Así diría:

«Cierto es, ¡qué duda cabe! Que no es en modo alguno legítimo despojar de sus bienes, así como reducir a esclavitud a los bárbaros del Nuevo Mundo que llamamos Indios. [...] Yo no mantengo que los bárbaros deban ser reducidos a la esclavitud, sino solamente que deben ser sometidos a nuestro mandato. No mantengo que debemos privarles de sus bienes, sino únicamente someterlos, sin cometer contra ellos actos de injusticia alguna. No mantengo que debemos abusar de nuestro dominio, sino más bien que este sea noble, cortés y útil para todos. En tu carta me dices que consideras justo que los más fuertes y poderosos

impongan su autoridad a los más débiles. Supongo lo dirás con la siguiente restricción: mientras el motivo para hacer la guerra, e imponer por ende la autoridad, sea justo»²³².

En este sentido, es necesaria una reflexión sobre la noción de inferioridad que las ideas barrocas europeas en general suponían de los nativos, sea por los primeros resultados de la guerra que estaban practicando, sea por los intereses y oportunidades económicas que iban encontrando en el transcurso de la invasión. Los conquistadores asumían una superioridad natural sobre los pueblos originarios. Si bien, la acepción sobre *cultura* como la conocemos en la actualidad, es resultado de una consolidación de la Ilustración, su antecedente, en el barroco colonial era el de *civilización* que implica, para su momento histórico que estamos estudiando, un grado de adecuación conforme a la *civitas*. La idea de lo *civilizado* a mediados del siglo XVI, que tenían los partidarios de la guerra contra los indígenas, era la forma de vida que se había instaurado en sus ciudades con el pasar de los siglos. Eran espacios urbanos donde radicaban las cortes reales y la administración, dejando a sus periferias, donde se labraba y *cultivaba* la tierra como lugares de segunda, en función de estratificación social.

Para profundizar al respecto, una vez más recurrimos al trabajo de Bolívar Echeverría quien explica sobre la idea de cultura en la modernidad: «El discurso moderno reconoce en calidad de “espíritu” a la traducción mitificada de algo que se percibe en la experiencia radical o constitutiva del núcleo civilizatorio de la modernidad, la experiencia de que lo Otro, vencido por el hombre, se encuentra en proceso de ceder

²³² Jean Dumont, *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*, Madrid: Encuentro, 2009, 207.

a éste su potencia y de incrementar en él aquello que es el principal instrumento de su propia derrota: la capacidad de la técnica racional de incrementar explosivamente la productividad del proceso de trabajo»²³³.

Los indígenas no tenían las formas de vida que los conquistadores conocían en sus urbes. Eran radicalmente diferentes tanto en sus costumbres, su vestimenta, su comida, como en su tratamiento del cuerpo, su sexualidad, o religión y sacrificios, por lo que esta diferencia era, *a priori* una razón indiscutible de inferioridad que los españoles creían que debía ser superada, corregida, eliminada, borrada, sustituida, entre otras formas de *encubrir* luego de haberlas *descubierto*. De Las Casas contribuye a una visión diferente sobre el trato que esperaba se brinde desde la posición hispana a los pueblos originarios, no buscaba encubrirlos, mucho menos destruir sus costumbres, sino entenderlas y que puedan coexistir unos con otros.

Al final de las *Proposiciones*, Bartolomé de Las Casas reserva en las proposiciones vigésimo octava y vigésimo novena su crítica a la *encomienda*²³⁴ como la representación de la destrucción de las Indias, dicho término aplicado a la degradación integral de los nativos. Lo

²³³ Bolívar Echeverría, *Definición de cultura*, México: Fondo de Cultura Económica, 2010, 27.

²³⁴ La encomienda, que surge en contexto medieval, tiene especial presencia en las zonas reconquistadas por Castilla en la península ibérica en el marco de repliegue musulmán. Servía como mecanismo de reposición del poder y cultura castellana. Esta figura fue rediseñada en los primeros tiempos de la conquista de *Abya Yala* como sistema de recompensa para quienes asumían a su cuenta y riesgo la exploración y colonización de las tierras que se iban anexando al poder colonial hispano. Otorgaba derechos sobre el trabajo de los indígenas y tributos que estos debían pagar a los encomenderos. Por su parte, a manera de premio por su labor, los subordinados recibían los beneficios de la religión y con algo más de suerte, dependiendo de cada encomendero, la enseñanza de la lengua.

proposición vigésimo octava expresa una condena moral de esta institución:

«Ninguna otra pestilencia pudo el diablo inventar para destruir todo aquel orbe, consumir y matar todas aquellas gentes dél y despoblar como ha despoblado tan grandes y tan poblados reinos, y ésta sola bastaba para despoblar el mundo, como la invención del repartimiento y encomiendas de aquellas gentes, que repartieron y las encomendaron a los españoles, como si se las encomendaran a todos los diablos, o como hatajos de ganados entregados a hambrientos lobos»²³⁵.

Presenta a la encomienda como una praxis sin fundamento jurídico, como causa por la que los nativos no consentían a la religión. Manifiesta que los indígenas se resistían a la aceptación del cristianismo al ser la creencia de sus opresores, siendo los propios encomenderos desinteresados en que los oprimidos puedan acceder a las enseñanzas de un conocimiento superior como el de la religión o al trato con religiosos, como algunos dominicos y franciscanos, que no compartían las formas inhumanas de la esclavitud de la encomienda, que había sido expresamente prohibida por Isabel la Católica en los albores de la conquista.

La última proposición, la trigésima, es un resumen del argumento desarrollado en las anteriores: las *Indias* pertenecen a los Reyes de Castilla en la forma y matices que se han expuesto. Aun así, esa condición de dominio no otorga derecho alguno a la destrucción humana de las personas que antiguamente han poblado estas tierras, dado que es injusto y carece de todo valor jurídico las acciones en su contra. Derechos innatos al ser humano indistintamente del lugar o poder

²³⁵ Bartolomé de Las Casas, *Brevísima relación*, *op. cit.*, 491.

político que se oponga, es la idea fundamental sobre la que se erigen los derechos humanos y es el gran aporte de Bartolomé de Las Casas, quien desde el contacto con el *otro* entendió el valor de la igualdad y libertad de las diferencias.

A continuación, ofrecemos una corta recopilación que describe y resume los acontecimientos y textos más relevantes de la vida de Bartolomé de Las Casas:

Año	Descripción de acontecimientos en la vida o en las obras de Bartolomé de Las Casas
1516	«Abusos y remedios».
1517	Licenciado en Derecho, en Valladolid.
1520-1522	Experimento de pacificación.
1522	Ingreso a la Orden de Predicadores en Santo Domingo, La Española. Empieza la obra «Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión».
1527	«Historia de las Indias».
1528	El Corregimiento. Ciudad de indios libres bajo la Corona.
1530	Ley Antiesclavitud.
1534-1535	Cartas al Consejo de Indias.
1537	«Dieciséis remedios para las plagas de la encomienda y la esclavitud que están destruyendo a las Indias».
1540	Comparecencia ante Carlos V. Denuncias contra el Consejo de Indias.
1542-1543	Leyes Nuevas. Abolición de la esclavitud en las encomiendas.
1542-1552	«Brevísima relación de la destrucción de las Indias».
1544	Nombramiento como Obispo de Chiapas.
1548-1552	«Treinta proposiciones muy jurídicas».
1550	Polémica con Juan Ginés de Sepúlveda. Juntas de Valladolid.
1553	«Apologética historia sumaria».
1560	«Tratado de las doce dudas» y «Tratado de <i>Regia Potestate</i> » que se publicó en 1571 como obra póstuma.
1566	«Petición a su Santidad Pío V». Muere el 18 de julio, en Madrid.

Fuente: Elaboración propia.

2.3.- Derecho Indiano como proto-republicanismo en el Nuevo Mundo.

Las Indias, primera denominación que los españoles y europeos asignarían al continente, desde el *conocimiento* geográfico de donde creían estar, tuvo una especial configuración filosófica-jurídica que, a su vez, sería trasladada a los habitantes originarios mediante la fuerza de la imposición. «Los pilares sobre los que se levantó el poderío hispánico fueron la fe en dios y la fidelidad al rey»²³⁶.

La combinación estos dos sujetos en clave filosófica y teológica, significa un cúmulo de ideas en el campo del pensamiento hispano de finales del siglo XV. El continente con el que se habían encontrado, sería, en adelante, no solo el escenario despótico de la degradación y destrucción del ser humano fundada en la desigualdad, sino también, y relevante para de esta investigación, el campo de aplicación de las fuentes de un derecho europeo antiguo, romano y castellano, más el surgimiento de unas regulaciones propias que crearon al tener contacto con la realidad de las *Indias*, todo esto es lo que hoy conocemos como derecho indiano.

El derecho indiano tendría como base filosófica a la escolástica desde finales del siglo XV hasta el período de las guerras de independencia americana. Para aquel entonces la escolástica significaba el predominio del derecho natural de índole cristiana, es decir, la escolástica española que delineó el derecho indiano era la conjunción

²³⁶ Otto Carlos Stoetzer, *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, 5.

entre cristianismo y derecho natural, caracterizándose por elementos de un racionalismo aristotélico y de su reinterpretación, primero en San Agustín²³⁷ y luego en Santo Tomás. La voluntad de Dios convertida en autoridad real y con reconocimiento papal, sería la fórmula escolásticamente hispana para a partir de ello producir la legislación propia que tendrían las Indias.

El derecho natural medieval que se conocía en tiempos de la conquista, ya venía aceptando la reconciliación entre la razón humana y la voluntad divina, de cuya relación devenían los actos humanos dentro de la eterna razón divina. El hombre puede actuar con su propia razón debido a ser una creación de Dios, por lo que puede dirigir su obrar en función de su capacidad para distinguir su proceder, conforme a la voluntad de Dios. En cambio, la creación de derecho positivo, debía circunscribirse en la direccionalidad que marque el derecho natural, por lo que, cualquier norma escrita por el hombre debe responder a los planteamientos que dicte el derecho natural, que para 1492 y centurias sucesivas, como ya lo hemos dicho, es un derecho natural cristiano. Esta reflexión estará presente en toda la producción del derecho indiano y su principal centro de generación de ideas, en especial hacia las hermenéuticas iusnaturalistas, a favor y en contra de la conquista, sería

²³⁷ Aproximándose a través de su interpretación de Platón al afirmar que: «por eso elogian a Platón, porque, abrazando y uniendo lo uno en lo otro, puso en su perfección a la Filosofía, la que distribuye en tres partes. La primera es moral, la cual principalmente consiste en la acción; la segunda es la natural, que se ocupa en la contemplación; la tercera es la racional, que distingue lo verdadero de lo falso, la cual, aunque sea necesaria para la una y para la otra, esto es para la acción y contemplación, sin embargo, a la contemplación es a quien principalmente toca averiguar y descubrir la verdad». San Agustín, *La Ciudad de Dios*, México: Porrúa, 2014, 202.

la Universidad de Salamanca²³⁸. Un centro de estudios que marcaría la orientación intelectual de los asuntos más álgidos de ese entonces, como se planteó brevemente en el capítulo anterior.

De las primeras cuestiones que debemos analizar del derecho indiano son las formas por medio de las cuales se generó el vínculo de derecho entre la monarquía ibérica y los nuevos territorios. Cuando nos referimos a la monarquía española, hemos de entender que, en aquel entonces, la alianza matrimonial de Isabel y Fernando, los Reyes Católicos, determinaba la alianza entre el Reino de Castilla y León con el Reino de Aragón, respectivamente. Aragón tenía una importante presencia y poder regional en la zona mediterránea, mientras que Castilla y León logró una mejor posición geopolítica, de la época, con el fin de la reconquista de la península y la llegada de Cristóbal Colón a las Indias. Las tierras de ultramar no pasaron a ser una extensión del Reino de Castilla y León, sino que se consideraron como parte del patrimonio personal de la monarca de Castilla y León y con el tiempo, de la Corona de España, incluso fueron parte de la herencia en el testamento de Isabel La Católica²³⁹. La propiedad personal sobre las Indias, y no del reino, tiene una importante repercusión jurídica: ¿qué derecho es aplicable a estos nuevos territorios? ¿el del reino o la voluntad del rey? Al quedar excluida la legislación real de Castilla y León, con toda la estructura de

²³⁸ Para profundizar acerca de la relevancia de la Universidad de Salamanca en relación al derecho indiano y gobierno colonial en América véase García Gallo, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, op. cit., 65-85.

²³⁹ Blanca Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, «Una visión sobre el testamento y el Codicilo de Isabel La Católica», *Icade. Revista de la Facultad de Derecho* 63, nº 1 (2004): 113-152. Se trata de un estudio acerca del contenido y alcances del testamento de Isabel de Castilla, a propósito de la conmemoración, en el año 2004, de los quinientos años de la muerte de la reina castellana.

gobierno y justicia²⁴⁰ que la aplique, queda, por lo tanto, la libre discrecionalidad que el Rey, como único titular de este patrimonio, para que expida las normas que a su criterio estime para organizar el gobierno en las Indias. Queda así establecida la no pertenencia al Reino de las Indias; sin embargo, fueron objeto a lo largo del tiempo de una organización administrativa, de justicia y religiosa (con la excepción de las élites clericales) a imagen y semejanza de las instituciones del Estado castellano, primero con un Ministro de Colonias en 1493²⁴¹, luego con la Casa de Contratación en 1503 y, finalmente, con el Real y Supremo Consejo de Indias en 1524, esta última institución como instancia consultiva, establecida bajo similar denominación, existía en la península para tratar los asuntos de Castilla y León.

La Recopilación de las Leyes de Indias tendría por fin ser el conjunto regulatorio en el espacio colonial. A continuación, presentamos el detalle de su estructura con el fin de exhibir las materias que abarcaba esta legislación:

²⁴⁰ La de este reino y la de Aragón abarcaban: Real y Supremo Consejo de Castilla, Supremo y Real Consejo de Aragón, Supremo Consejo de Italia, Consejo de Flandes, Consejo de Estado, Consejo de la Cámara de Castilla, Supremo Consejo de Guerra, Real Consejo de las órdenes y Supremo Consejo de la Santa Inquisición. Una ampliación acerca de esta organización véase Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo X La administración del Estado*, Madrid: Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales/Boletín Oficial del Estado, 2017, 145-146.

²⁴¹ Juan Rodríguez de Fonseca, a quien se puede considerar como el primer funcionario hispano con competencia en la materia.

Libro de la recopilación de las Leyes de Indias	Descripción del contenido de los Libros de la Recopilación de las Leyes de Indias
Libro Primero	Religión y normas de organización de la Iglesia Católica
Libro Segundo	Organización y administración del gobierno colonial
Libro Tercero	Organización militar y normas sobre la guerra
Libro Cuarto	Régimen jurídico de las exploraciones y descubrimientos
Libro Quinto	Organización territorial y judicial
Libro Sexto	De los indios, su trabajo y tributos
Libro Séptimo	Algunas normas sociales y aspectos penales
Libro Octavo	Organización y funcionamiento de la hacienda pública
Libro Noveno	Regulación de asuntos de navegación, Armada y puertos

Fuente: Elaboración propia.

Otro tipo de estructura gubernativa, que en la Castilla medieval destaca es la que se erigió a nivel de base territorial²⁴², la de los municipios. Estos a su vez se heredaron y combinaron a raíz de las formas de gobierno y justicia musulmanas, nos referimos a los Cabildos, tan importantes para la estabilidad de la Reconquista de la península y para el establecimiento en América de una estructura colonial permanente y eficaz desde lo tributario. El hispanista Otto Carlos Stoetzer, citando a Víctor Andrés Belaunde, resalta la importancia de esta institución manifestando que «España sembró Cabildos y cosechó naciones»²⁴³.

²⁴² Que en la ciencia política contemporánea conocemos como *distribución territorial del poder*, en conjunción con la conocida *distribución funcional del poder*, esta última como expresión liberal de la división de los poderes del rey.

²⁴³ Otto Carlos Stoetzer, «El espíritu de la legislación de Indias y la identidad latinoamericana», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 53 (1986): 103.

Las extensas superficies americanas, confundidas con la compleja administración hispana, engendró en las ciudades, villas y municipios, sentimientos de nacionalismos que se fue forjando y profundizando a lo largo de tres siglos. Los asuntos de la ciudad eran, en buena medida, lo único asimilable como un asunto público, una cuestión de Estado, ya que el Estado, personificado de modo absolutista en el Rey, nunca llegó a poner un pie en el continente de su propiedad. Esta situación no solo marcó una segura fecha de fin del colonialismo español, sino que, por paradójico que parezca, la ausencia del Rey en el Nuevo Mundo hizo posible el viaje de las ideas de autonomía y republicanismo. En la práctica, el tiempo que América fue colonia, fue el tiempo que tardó en perfeccionarse como república.

El derecho indiano fue un puente de una sola vía, que tenía el sentido metrópolis-colonia. Desde allí migró el derecho medieval, conjugado con la interpretación y reinterpretación del cristianismo sobre la igualdad. Se abrió paso a intereses que se juntaron con diferentes niveles y requerimientos de autonomía para atender desde la realidad indiana, el conjunto de disposiciones que dictaba la península. A esto se resume la frase «*¡se acata, pero no se cumple!*» que se acuñó en los años de presencia conquistadora, no como una muestra de primera rebelión de las autoridades hispanas en América, que existiría una vez se consolidó la condición de criollo, sino con la intención de hacer viable la regulación y gobierno colonial, ya que nos hallamos frente a un clásico problema: la desconexión entre derecho y realidad, otra característica del derecho indiano.

En la actualidad, existen enfoques críticos que entienden al derecho del colonialismo europeo como una simple mutación en el tiempo de la dominación y opresión externa hacia América, que de este derecho colonial que estamos analizando, surgen en el continente corrientes de pensamiento en nuestro tiempo, como el constitucionalismo, según lo explica Bartolomé Clavero:

«El constitucionalismo es un invento americano o, por decirlo con más precisión, un invento euroamericano, de contingentes europeos emigrantes a las Américas. La inmigración se producía en términos de invasión, esto es, ignorando el derecho de la humanidad preexistente e imponiendo el que se importaba consigo desde Europa. El mismo invento del constitucionalismo se efectuó con elementos tanto culturales como institucionales de tal procedencia europea, siendo la articulación de los mismos en un sistema político y jurídico lo que se realiza en las Américas; concretamente, por parte de las colonias que se independizaron de la Monarquía británica durante la segunda mitad del siglo XVIII, en un proceso que duró entre 1763 y 1776 o hasta finales de la década de los ochenta si se comprenden los años de redondeo de la invención constitucional».²⁴⁴

Estas características del derecho indiano que hasta ahora hemos planteado tienen, sin embargo, un punto de conexión con el origen de importantes movimientos intelectuales y políticos en el resto de Europa del siglo XVI que, en adelante, empezará a llegar a las Indias como modelo (aunque poco analizado bajo ese enfoque) de reclamo y protesta, la *rebelión de las comunidades de Castilla*, de 1520-1521²⁴⁵.

²⁴⁴ Bartolomé Clavero, «Constitucionalismo y colonialismo en las Américas: el paradigma perdido en la historia constitucional», *Revista de historia del derecho* 53, nº 1 (2017): 24.

²⁴⁵ Conjunto de acontecimientos de los cuales se conmemoraron cinco siglos mientras se realiza esta tesis. Con este motivo, la Real Academia de la Historia (España), organizó en el mes de junio de 2021 un ciclo de conferencias denominada «500 años de la rebelión Comunera» a cargo de los académicos Miguel Ángel Ladero Quesada, Carlos José Hernando Sánchez y Luis Ribot, cuyas explicaciones sirvieron para definir las ideas que orientan la reflexión de estos hechos históricos y sus efectos, en relación con los tópicos propios del objeto de estudio del Derecho Indiano. Estas conferencias

La muerte de los Reyes Católicos Isabel y Fernando, en 1504 y 1516, respectivamente y la incapacidad legal de su hija, Juana, significó para Castilla y Aragón afrontar una nueva era de la mano de Carlos I de España y V de Alemania. El nuevo monarca que no había nacido en el territorio de Castilla o de Aragón, ni hablaba castellano, debía sostener las cuantiosas arcas fiscales que representaba asumir y ejercer el mando en una de las mayores dimensiones territoriales europeas que se hayan reunido en un solo rey.

En esos años, se habían definido cuatro estamentos de poder claramente identificables: la monarquía, la iglesia, la alta nobleza y los gobiernos municipales. La rebelión de las comunidades de Castilla da una primera muestra de organización y movilización de élites locales. Desde el plano de las motivaciones o causas de la rebelión de los comuneros, no podemos señalar que existan indicios de haber sido un movimiento generalizado de súbditos o genuina agitación popular, y sí de grupos oligárquicos castellanos afectados por medidas fiscales tendentes a aumentar la recaudación tributaria. Sin embargo, el levantamiento comunero permitió visualizar al reino como el espacio (que hoy sería el Estado) de común confluencia de intereses y descontento.

El cuerpo político del reino, entendido como una *res pública*, tenía como cabeza de dicho cuerpo al rey, quien, *por la gracia de Dios* ejercía su poder con el beneplácito de la monarquía universal de la Iglesia en la persona del Papa. Además, de manera muy particular y acentuada

se pueden consultar en: «Real Academia de la Historia», Rebelión Comunera, consultado el 15 de junio de 2022, <https://www.rah.es/rebelion-comunera/>.

en el caso hispano, uno de los propósitos de sus autoridades regias fue la de una permanente cruzada para difundir la fe católica a todos los confines posibles. La protección y difusión del catolicismo marcaba los vínculos entre la Iglesia y el rey.

La legalidad y legitimidad real devenían de la cúpula y jerarquía eclesial vaticana,²⁴⁶ ante ello, la Iglesia y sus estructuras en toda Castilla mantenían un estatus que les permitía beneficiarse del cobro de limosnas, indulgencias, maestrazgos y otras contribuciones en razón de la distribución de los obispados. Pese a que su designación recaía en la persona del Rey bajo la figura del *patronato real*, por así haberlo concedido el Papa Adriano VI a Carlos V, aunque mediante la *súplica real*, sus abuelos, los Reyes Católicos, ya venían teniendo injerencia en la designación de jefes de los obispados en sus reinos.

Con tal nivel de presencia en las decisiones más importantes estaba claro que la Iglesia no respaldaría a los comuneros en la intención que tenían los segundos de tener una mejor posición en las Cortes. Se debe mencionar que la instancia de gobierno del movimiento de las comunidades se denominaría Santa Jura (siendo el nombre oficial el de Cortes y Junta General del Reino) con la intención expresa de no apartarse jamás del carácter confesional que la época y creencias obligaban a preservar.

²⁴⁶ Se hace referencia a El Vaticano para distinguir lo que en su momento, no muy distante del que se analiza, había sido el pontificado que radicaba en la ciudad de Aviñón, en la actual Francia.

Por su parte, la alta nobleza²⁴⁷ jugaba un rol de doble sentido con Carlos V, uno en el que, como aristócratas, pretendían estar siempre alrededor de los círculos de poder del emperador y otra, en la que el propio Carlos, siendo en parte un extranjero, pretendía mantener cerca a los altos nobles para evitar urdimbres de conspiración en su contra. Los matrimonios, como había sido antes (y también después) significaban excelentes oportunidades para alcanzar privilegios como señoríos (instituciones territoriales que se podían heredar) o los propios parentescos con los monarcas, prerrogativas que conjugaban potestades de recaudación tributaria, tanto a favor del noble convertido en *señor*, como del Rey. Esta sociedad con fines de ingresos económicos solo terminaría en tiempos del liberalismo español²⁴⁸.

Algunos sectores nobles, pero no de los más altos de la escala nobiliaria, se vieron inmersos en la rebelión como posibles beneficiarios directos de las reivindicaciones del levantamiento, que bien se asemeja a los antepasados de la burguesía ilustrada, claramente observable en las sociedades de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.

²⁴⁷ Véase Santiago Fernández Conti, «Carlos V y la alta nobleza castellana: el almirante don Fadrique Enríquez». Comunicación, Congreso Internacional “Carlos V y la quiebra del humanismo político en Europa (1530-1558)”, Sociedad Estatal para la Conmemoración de los Centenarios de Felipe II y Carlos V, 3-6 de julio de 2000), <http://hdl.handle.net/10486/1188>. En este trabajo se presenta el marco general de la relación entre la monarquía y la alta nobleza como estamento de la sociedad y reino de Castilla, a partir de la situación de Fadrique Enríquez, cuarto almirante mayor de Castilla.

²⁴⁸ Véase José María Alcalde Jiménez, *El poder del señorío. Señoría y poderes locales en Soria entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, Valladolid: Junta de Castilla y León, 1997. Al estudiar el señorío en Soria, plantea una reflexión sobre la forma en que esta institución terminaría: La *potestad fiscal compartida* por los señores y el rey, al margen de las tensiones por su reparto, manifiesta la naturaleza de un sistema cuya desaparición será la de los sujetos y receptores de esa fiscalidad: los señores (señorío) y el rey (realengo).

En cambio, las ciudades y villas, evidenciaban las relaciones oligárquicas de las urbes; la situación de los vecinos no primaba en el quehacer gubernativo de estos territorios. El movimiento comunero tuvo su fin en el enfrentamiento de Villalar²⁴⁹ con el triunfo de las fuerzas de Carlos I, lideradas por Íñigo Fernández de Velasco y Mendoza, quien gobernaba los dominios hispánicos del emperador junto con el cardenal Adriano de Utrecht, ante la ausencia temporal del soberano.

La rebelión de los comuneros de Castilla tiene dos interpretaciones a la luz de la historia y de la política, que, además de su trascendencia en el espacio castellano y europeo, nos interesa por la similitud de argumentos y evolución de los actores sociales que se presentarán con posterioridad en las Indias. La primera, sostiene que la rebelión no tiene rasgos revolucionarios, por lo tanto, no determinó cambio alguno de mayor trascendencia en la política del imperio de Carlos I y sus sucesores.

Mientras que, la segunda visión de estos acontecimientos, otros académicos encuentran aportaciones del movimiento de las comunas de Castilla en la formación de una identidad nacional, al menos de facto, previo a que la Ilustración francesa lo pueda formular filosóficamente durante la Revolución Francesa. Lo señalado nos aproxima a dos cuestiones relevantes: la presencia hispana en el Nuevo Mundo como punto de referencia de inicio de la modernidad y la reproducción de las características de las comunidades de Castilla en los diferentes acontecimientos e ideario de la emancipación de la América hispana.

²⁴⁹ Conocido como Batalla de Villalar, la cual se dio el 23 de abril de 1521, donde actualmente está ubicado el Municipio de Villalar de los Comuneros, en la provincia de Valladolid (Comunidad Autónoma de Castilla y León).

Si se realizara una historia de las rebeliones, al menos de Europa y América, de seguro llamaría la atención las denominaciones que se les ha atribuido (como las que se estudiarán más adelante) y ello no deja de asombrar en el caso de la denominación que se confiere el movimiento que estamos estudiando: *comunidades*. Este es uno de los enfoques que lleva a cabo Maravall al analizar por qué se dio por llamar con dicho término a la rebelión de pueblos castellanos y explorando su alcance en diferentes perspectivas. Explica que «[e]n principio, “comunidad” quiere decir tanto como aquella parte de la población urbana que forma el grupo de los no distinguidos, de la “gente común” o pueblo»²⁵⁰.

Pensar en una administración compartida o en la que confluyan los estamentos de la monarquía, clero, nobles y los *no distinguidos*, aunque pueda parecer utópico en la primera mitad del siglo XVI. Es una aproximación a la idea de república que a la par, como forma de gobierno iba a ser desarrollada por Maquiavelo y luego de dos siglos se plantearía en la Francia revolucionaria. Comunidad parecería ser el concepto medieval, casi moderno, de pueblo, de la población que completa el cuerpo del reino. Comunidad es lo colectivo, que, en lo plural de dicha condición, comparte algo en común, precisamente el ser común²⁵¹. Hablamos de comunidad, en esta época, en el sentido de identificar a un

²⁵⁰ José Antonio Maravall, *Las Comunidades de Castilla, una primera revolución moderna*, Madrid: Alianza Editorial, 1984, 83.

²⁵¹ En el mundo andino se identifica esta condición, la de común, con la palabra *runa*. Hoy en día, la expresión *runa* tiene un uso algo peyorativo, para señalar que algo o alguien no posee *clase, marca o raza* que lo haga materialmente *mejor*, lo cual tampoco es tan distante de las ideas que fomentaban las sociedades desiguales del siglo XV y siguientes de la modernidad.

sector de la sociedad que hemos de asumir como excluida, marginada, desigual, que en su rebeldía demostró una forma de *resistir*²⁵².

La representación de los habitantes de las ciudades y villas, es decir, de los ciudadanos, es, en esencia, una fórmula de proto-nación que se aproxima como titular de la soberanía. Por eso, podríamos hablar que el movimiento de los comuneros es una manifestación de proto-república, que se aprecia como forma de gobierno del Estado. Decimos proto-república porque queda claro que el movimiento comunero no tiene entre sus objetivos cuestionar la existencia de la monarquía como institución gobernante, ni mucho menos extinguir dicho concepto. Al respecto, asevera Mateo Ballester Rodríguez:

«Aunque las ciudades italianas sirvieron de referente de gobierno, no hay indicios para afirmar que el republicanismo, entendido como negación de la institución monárquica, fuese un pensamiento arraigado en el movimiento comunero. Aunque en ocasiones se hace referencia en el bando comunero a la república como modelo político, no debe entenderse que se quisiese con ello abolir la institución monárquica, si bien en la práctica ésta fue a menudo flagrantemente ignorada. No deja en cualquier caso de ser revelador el interés de la Junta de Ávila por legitimar retrospectivamente el acto de constituirse sin

²⁵² Resistencia a la opresión en cuanto a su afectación a derechos naturales como los derechos de libertad, propiedad y seguridad, tal como lo expone el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789: «La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». Si esta noción se plasmó en el esplendor revolucionario francés de finales del siglo XVII, con mayor razón podríamos acercar esta característica al movimiento castellano, la de *primera revolución moderna*, que José Antonio Maravall confiere a las comunas, al darse tal muestra de resistencia más de dos siglos antes del fin definitivo del absolutismo en Francia. La resistencia, como derecho, ha seguido evolucionando y ha sido el fundamento de importantes movilizaciones tendientes a lograr el reconocimiento de otros derechos, a veces bajo una resignificación o confundido con la desobediencia civil, pero sin duda en tiempos contemporáneos es una realidad colectiva, tal como en las comunas de Castilla. Un trabajo sobre esta materia puede verse en: José Antonio Santos, «Falsos derechos y buenas intenciones. A propósito del derecho de resistencia en las constituciones contemporáneas», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez* 48 (2014): 243-256.

llamamiento regio, como era preceptivo, mediante el traslado a Tordesillas y el reconocimiento de Juana como legítima reina»²⁵³.

Empleamos esta categoría, la de una proto-república, en alusión al nexo entre el movimiento comunero y los procesos de emancipación americana y su impacto que en el futuro tendrá en el escenario indiano, donde allí sí la comunidad política y cultural que se había forjado en los siglos de colonia, se llega a plantear como opción poscolonial, la forma republicana de gobierno.

Si continuamos la exploración de los orígenes republicanos en las acciones y planteamientos de los comuneros de Castilla hallaremos los nexos de una corriente europea que venía tratando las nociones y bases del actual republicanismo. Italia, por obvias razones de sucesión de las instituciones jurídicas y políticas de Roma, venía siendo el escenario natural de replanteamientos en la relación entre las ciudades con poderes de alcance interno y externo, o lo que hoy podríamos decir nacional e internacional; esto último, dentro de los reinos *o repúblicas* o entre reinos *o repúblicas*. Hay algunas demostraciones de tal espíritu de génesis republicana que Mario Ascheri manifiesta:

«Pero se pueden considerar también otras pequeñas cosas menos estructurales, como el título de “dux” que se utiliza en Venecia para indicar al primer oficial de la villa, mucho antes que el título de “cónsul” ya generalizado en las ciudades del Reino de Italia a partir de finales del siglo xi; título utilizado mucho antes de la misma aparición de la palabra “Commune” para indicar la personalidad de la nueva organización que rige la “civitas” en lugar del “comes” y /o del obispo.

²⁵³ Mateo Ballester Rodríguez, «Comunidad, patria y nación como fuentes de la legitimidad política en las comunidades de Castilla (1520-1521)», *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, nº 153 (2011): 236.

El siglo XI es muy importante desde nuestro punto de vista, aunque los documentos sean escasos»²⁵⁴.

Algunos de los problemas y características de la rebelión de los comuneros de Castilla tenían como antecedente el escenario italiano, especialmente si consideramos las constantes pugnas entre diferentes poderes superiores a los locales o municipales, que es una de las formas por las cuales se plantea el problema de la igualdad. En las deliberaciones de las comunas, en su versión italiana o española, resaltan quienes median entre los extremos de la escala social. Es decir, las élites o nobles locales se adueñan de la *representación* del *pueblo* y en su nombre resisten a la alta nobleza y a la monarquía. Subyace a esta clase de conflictos (reivindicaciones, reclamos en pro de la igualdad) la diferencia (desigualdad) en el tratamiento tributario que de manera rígida e inflexible cumplen la mayoría de los súbditos del reino y de la ciudad, de la villa, mientras la alta nobleza o monarquía reciben los tributos²⁵⁵ *por la gracia* que poseen como titulares del poder.

En Maquiavelo, que vive en los tiempos de los comuneros de Castilla, al analizar sobre los estamentos que conforman una sociedad, entiende que en la política se presenta la dualidad y confrontación entre quienes gobiernan y quienes son gobernados. De ello deriva una relación

²⁵⁴ Mario Ascheri, «Las ciudades-Estado italianas de la edad media y la herencia de Roma», *Anales de la Universidad de Alicante. Historia medieval*, nº 14 (2003-2006): 9.

²⁵⁵ Véase Juan Pablo Jiménez, *Desigualdad, concentración de ingreso y tributación sobre las altas rentas en América Latina*, Santiago: CEPAL-ONU, 2015. Toda forma histórica de dominación y de respuesta de las mayorías ha llevado consigo el antecedente de una desigualdad tributaria, incluso en nuestros días, especialmente en zonas como América Latina, donde la desigualdad integral es uno de los mayores problemas sociales. La tributación sigue siendo un ejemplo en el que, periódicas reformas tienden a que el mayor peso fiscal recaiga sobre unos (muchos) y no sobre otros (pocos) que concentran la riqueza y obtienen amnistías fiscales.

entre desiguales, de lo que podemos notar que de las asimetrías del poder se plantean los retos de la forma de gobierno que ha de tener la ciudad para sobrellevar la acentuada desventaja entre pueblo y élite.

La república se va convirtiendo en la forma en que el actor fundamental del poder sea la *comunidad* o como lo habíamos visto en Marsilio de Padua, de la parte prevalente, para evitar los efectos de la tiranía o disminuir los de la oligarquía. Una república contiene, mediante la fuerza de la ley, el exceso de poder de quien ya es poderoso. La república otorga la posibilidad al *común* de ejercer el poder, debido a que, los asuntos públicos pueden ser conocidos y resueltos por todos. Cualquiera puede llegar a ejercer temporalmente el poder, para que el ciclo se repita, tal como Maquiavelo lo había notado en la Roma antigua. Este planteamiento, fuera de los dogmas de la religión, aísla precisamente a la Iglesia de estas discusiones, que se siente marginada de la fórmula de comprensión de las dinámicas del poder en el pensamiento de Maquiavelo, al no ser siquiera tomada en cuenta como factor de desequilibrio, lo cual conllevó su animadversión hacia el florentino. Esta fundamentación republicana italiana, vigente cuando se dio el movimiento de los comuneros de Castilla, recoge algunas impresiones del pensamiento de Maquiavelo, que expone Claude Lefort:

«La mejor república no acaba con el problema político. Se distingue más bien por un abandono tácito de la idea de solución, por la acogida que hace a la división y, por efecto de ésta, al cambio; y, a la vez, por las oportunidades que ofrece la acción. En las otras formas de gobierno sólo hay un actor principal, o una minoría. En la tiranía, el príncipe posee el monopolio de la acción, incluso cuando pueda entrar en escena el conspirador. En la oligarquía el juego es más abierto, sus miembros se vigilan unos a otros y buscan eventualmente tomar la delantera. En cambio, en una república del tipo de la República romana es considerable el número de ciudadanos que en el curso del tiempo asumen

responsabilidades y toman iniciativas cuyos efectos son decisivos para la suerte del régimen»²⁵⁶.

Evitar a toda costa la tiranía en la comunidad política venía siendo un objetivo primordial para mantener el orden y la unidad de la misma, cuya idea había tomado una generalizada aceptación y servía como puente con el futuro de toda acción de resistencia. El movimiento comunero es, por lo tanto, una reacción frente a la clara identificación del comportamiento típico de una tiranía, no al nivel de la que sufrieron los pueblos americanos como se verá más adelante, pero es claro que el desarrollo de los acontecimientos de Castilla nos permiten así apreciarlo.

2.4.- Praxis de la emancipación: republicanismo en acción.

La historia de la Hispanoamérica colonial tradicionalmente suele ser contada desde la óptica española, es decir, a partir del 12 de octubre de 1492 y desde sus conquistadores²⁵⁷. Desde la evolución de sus instituciones de gobierno y justicia, o como un apéndice de sí misma en una disputa geopolítica con otras potencias europeas, pero resulta escaso hallar como determinación del centro del relato al sujeto y sociedad que existía antes de la llegada de Colón, sujeto que desde las primeras manifestaciones de hostilidad y violencia hispana, desplegó la respuesta en defensa de la propio, de lo ancestral, de lo originario.

²⁵⁶ Claude Lefort, *Maquiavelo, lecturas de lo político*, trad. Pedro Lomba, Madrid: Trotta, 2010, 567-577.

²⁵⁷ Término que no lo empleamos en sentido de heroísmo, sino en lo que su significado dicta: perteneciente o relativo a la guerra, la que la Corona hispana libró contra los nativos del Nuevo Mundo.

Si la justificación jurídica de la conquista tuvo asidero en la noción del dominio por ocupación con el supuesto implícito de la negativa o duda de la humanidad cristiana de los indígenas, la otra cara de esa historia estuvo caracterizada por la *resistencia* a lo largo de todo el continente, resistencia representada por el levantamiento de Túpac Amaru II entre 1780 y 1781. En el campo de lo jurídico trajo consigo la expresa denuncia contra la *usurpación*, como analizaremos más adelante, que, a manera del preámbulo de una Constitución, así lo expresaría en su edicto de coronación.

La opresión de los pueblos indígenas, a causa de la implementación del sistema social, político y económico de los europeos en sus colonias (entiéndase en tal sentido, por los portugueses, franceses, británicos y neerlandeses), generó la resistencia de los pueblos originarios desde el inicio de la invasión. En algunos casos, incluso, representó la derrota militar²⁵⁸ de españoles, aunque de manera temporal, dado el uso de armas y tecnología para la guerra que marcó la diferencia a su favor, sumado al masivo exterminio que generaba la expansión de los virus europeos.

El largo camino hacia la concepción de las repúblicas latinoamericanas había surgido de la falta de distinción del término que se hacía por parte de Castilla, posterior España, cuya propia Corona se había encargado de dejar claras las diferencias existentes y concurrentes entre los indígenas y los españoles. Para ello, se marcaban con claridad

²⁵⁸ Como el enfrentamiento conocido como *Noche Triste* que se produjo durante la noche del 30 de junio de 1520 cuando las tropas de Hernán Cortés fueron derrotadas por los indígenas aztecas debiendo abandonar la ciudad sufriendo más de mil bajas y debiendo huir desesperados los líderes españoles para lograr salvar su vida.

los espacios socio-políticos de las *repúblicas de indios* y las *repúblicas de españoles*, tal como lo explica Levaggi:

«La noción clásica de república, cuando no se trataba de la república ideal, estuvo asociada a comunidades, ciudades o pueblos identificados con nombre propio, distinguibles unos de otros, y en el mismo sentido comenzó a ser usada en América. Así, fue aplicada a cada una de las culturas aborígenes: república de los aztecas, república de los tlaxcaltecas, república de los mayas, república de los chibchas»²⁵⁹.

La asignación territorial para que vivan unos y otros, españoles e indígenas, con la intención de mantener apartados a los pueblos originarios, donde antes no existían diferencias, es como se da por llamar a las primeras acepciones de república. En conclusión, repúblicas de desiguales.

2.4.1. – Comuneros de Paraguay, 1723-1735.

Para la primera mitad del siglo XVIII la presencia española está consolidada en América, tanto en las estructuras de gobierno colonial, las formas económicas de producción (como la encomienda) y tributación, la presencia evangelizadora de distintas órdenes religiosas y, por supuesto, la masacre que sufre la población indígena a lo largo de todo el continente. En cuanto al gobierno colonial, coexisten las clásicas estructuras hispanas (virreinos, audiencias, gobernaciones, etc.) con las de la Iglesia como los representantes de las provincias de los jesuitas.

²⁵⁹ Abelardo Levaggi, «República de indios y república de españoles en el Reino de las Indias», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 23 (2001): 426.

Paraguay era objeto de las permanentes contradicciones entre las dualidades del poder civil español y del poder eclesiástico.

Desde la posición religiosa, los jesuitas jugaron un rol muy importante como uno de los pocos puntos de reproducción de ideas con un grado de compasión hacia los indígenas, al igual que dominicos y franciscanos. Se promovió la promulgación y cumplimiento de las Ordenanzas de Alfaro, un conjunto de normas tendentes a dar un mejor trato jurídico y humano a los indígenas, que estaban vigentes desde 1611; incluso liberaba de encomiendas a los indígenas que se hayan convertido al cristianismo y que venían agrupándose en pueblos o reducciones de indios.

Para el año 1771, Diego de los Reyes Balmaceda ocupa la función de Gobernador de Paraguay, luego de haber desempeñado el cargo de alcalde, nombramiento otorgado por el Virrey del Perú que no agradó a las élites encomenderas locales dada la proximidad que mantenía con la orden de los jesuitas, al estar casado con una pariente del Provincial de dichos religiosos.

La relación incómoda entre el Gobernador y los criollos locales tendría como factor desencadenante de conflicto la entrega que haría el Gobernador a los jesuitas de unos cautivos sin que fueran cedidos a las élites locales, como dictaba la costumbre. Algunos altos funcionarios y personalidades fueron detenidos por orden de Diego de los Reyes. Los hechos que sobrevinieron, con relevancia para el problema de esta parte de la investigación, se plantean así:

«Al tomar conocimiento de lo sucedido en el Paraguay, la Audiencia de Charcas designó a su fiscal, el doctor José de Antequera y Castro, en carácter de juez pesquisador, con amplias facultades y un pliego en el cual se le encomendaba el gobierno de la provincia, si Reyes Balmaceda era hallado culpable. En 1721, Antequera llegó a Asunción en ausencia de Reyes Balmaceda, pues éste se hallaba de gira por los pueblos de las misiones. A su regreso, el juez decretó su prisión e inició el juicio interrogando a los testigos de ambas partes. Al término del mismo comprobó la culpabilidad del encausado, dejó en libertad a los apresados por él y en virtud de lo dispuesto por la Audiencia, se hizo cargo del gobierno. Sin embargo, después de ocho meses de prisión domiciliaria, Reyes logró huir a Buenos Aires y de allí con ayuda de los jesuitas gestionó su restitución en el cargo ante el virrey de Lima, fray Diego de Morcillo»²⁶⁰.

Lo que prosigue son acciones por restaurar el orden y establecer sanciones a Antequera, quien llegaría incluso, a contar con una rehabilitación de la memoria directamente concedida en 1779 por Carlos III. Pareciera, a simple vista, que las disputas entre Diego de los Reyes y José de Antequera, fueron un conflicto de gran escala entre altos funcionarios de las instituciones coloniales, movidos tanto por el orgullo como por la prepotencia que rodea esta clase de desavenencias, pero subyacen otras consideraciones que nos parecen relevantes señalar como rasgos definitorios del largo camino hacia la emancipación.

Primero, hemos de advertir en las motivaciones de las élites locales criollas en Asunción. Su contrariedad se debía a que no tenían plena libertad para explotar a los indígenas ante las posturas de los jesuitas y los riesgos de que, en lugar de ser sus siervos (casi esclavos) tuviesen el amparo legal de no ser objeto de servidumbre por su conversión al cristianismo. También les molestaba la posibilidad que los indios puedan ser tomados como esclavos por parte de los portugueses. En ambos casos, el indio es un objeto, jamás un sujeto. Se fragua y

²⁶⁰ «Real Academia de la Historia, biografía de José de Antequera y Castro», consultado el 15 de junio de 2022, <https://dbe.rah.es/biografias/9914/jose-deantequera-y-castro>.

emerge la cuestión económica de intereses locales frente al poder peninsular, lo cual explica la génesis de una burguesía americana.

En segundo lugar, el Cabildo, institución que había sido establecida por los españoles en sus dominios americanos, vuelve a ser la entidad en la que se expresan los patricios locales. Bajo la idea de autonomía desconocieron el gobierno de Diego de los Reyes y encontraron un aliado en José de Antequera, alto funcionario virreinal, nada más distante de similares alianzas que se forjarían en el camino de la emancipación e independencia.

Por último, la posición de los jesuitas respecto al gobierno colonial, virreinal en este caso, muestra dos aspectos importantes a considerar: a) la evolución, respecto al movimiento de los comuneros de Castilla, del rol político de la Iglesia, lo cual sin duda, se explica por la intensa reinterpretación teológica del derecho natural que se había estado forjando en las universidades españolas, pero a 1735, en algunas universidades *indianas*; y, b) de la mano de lo anterior, el flujo de ideas que transmitían a los oprimidos y que podían llegar a ser contestarias e incómodas a todo poder, sea económico o político.

Cabe recalcar que tampoco las órdenes religiosas más cercanas a los indígenas se habían convertido en *revolucionarias*. Es claro que encontraron beneficio material en algunas actividades económicas. Sin embargo, fueron un importante medio de traslado de ideas que terminaron por incidir en la emancipación americana.

2.4.2. – Revolución de los Barrios de Quito, 1765.

Tanto la Revolución de los Barrios de Quito, de 1765, como los siguientes acontecimientos, con los que estudiamos los argumentos republicanos en el marco de la emancipación, demandan de una necesaria revisión preliminar de las acciones de la Corona conocidas como *Reformas Borbónicas*. Para el año 1765, España se encuentra en una nueva fase de la historia de su Corona ante el cambio de Casa Real en la titularidad de la soberanía, por lo tanto, en una nueva etapa del colonialismo mantenido en el Nuevo Mundo.

La Casa de los Borbones llegó al poder producto de la falta de descendencia por parte de Carlos II²⁶¹, último rey de la Casa de Austria, y con ello se pusieron en marcha una serie de medidas influenciadas por la Ilustración francesa que se abriría paso, a lo largo de todo el siglo XVIII²⁶², no solo en todos los ámbitos del conocimiento sino también en el campo de la administración pública. Los cambios que se pretendían fueron otro nivel de la propia conquista. Presentaron una serie de contradicciones internas que terminó logrando exactamente lo opuesto a lo que se intentó.

²⁶¹ A los enfrentamientos que se dieron entre las casas reales de las potencias europeas para acceder o incidir en la sucesión debido a la imposibilidad de tener hijos por parte del rey Carlos II, se los conoce como Guerra de la Sucesión Española, conflicto que finalizaría con la firma del Tratado de Utrecht, el 11 de abril y el 10 de julio de 1713, que significaría la pérdida de territorios españoles en Europa y una posición geográficamente estratégica para Inglaterra con su nueva influencia en el océano Atlántico y en el Mediterráneo al poseer ahora Gibraltar y Menorca. La continuidad en los combates por parte del Principado de Cataluña, ya firmado el tratado, significó la represalia de Felipe V, nuevo monarca Borbón, que dispuso la *Nueva Planta de la Real Audiencia del Principado de Cataluña* el 16 de enero de 1716, que en buena medida es uno de los orígenes de las tensiones entre esta comunidad autónoma y el Estado español.

²⁶² Coincidiendo con la muerte del rey Carlos II, quien falleció el 1 de noviembre de 1700.

Hemos de señalar que las reformas no fueron producto de una acción sin planificación alguna, cuanto de un programa que la Corona borbónica contaba como referencia, que era crítico y propositivo, nos referimos al *Nuevo Sistema de Gobierno Económico para la América: Con los males y daños que le causa el que hoy tiene, de los que participa copiosamente España; y remedios universales para que la primera tenga considerables ventajas, y la segunda mayores intereses* de José del Campillo y Cosío. Esta autocrítica de lo que había sido la administración de las Indias, es un intento por tomar distancia con lo que venía siendo la administración política y económica que habían llevado los Habsburgo, que, por cierto, el mencionado conjunto de reformas puestas en marcha no sólo se limitaba a los territorios coloniales, cuanto a la misma España peninsular. Del Campillo plantea, en las reflexiones iniciales de su obra, lo siguiente:

«8 Este Gobierno Económico es el asunto principal de esta Obra; y si en adelante tocásemos el Político, será solamente de paso; y en quanto á su arreglo, que es uno de los principales fundamentos de la buena Economía del Estado. Por ahora basta decir, que no se necesita mas que reducir las cosas á su primitivo instituto en los mas de los puntos quitando los abusos, que ha introducido el tiempo; y proporcionando nuestro sistema al estado presente de las cosas, según, el tiempo en que vivimos»²⁶³.

Siguiendo el trabajo de Ernest Sánchez, valoramos que el reformismo borbónico se enfocó en los ejes de producción y circulación de bienes y servicios, fiscalidad (con gran impacto en el futuro) y cambio

²⁶³ Documento que se puede encontrar en: «Biblioteca Nacional de España», consultado el 15 de junio de 2022, <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000047947&page=1>. Existen algunas especulaciones acerca de la autoría de este texto por aparentes contradicciones con las fechas en que se terminó de escribir y la muerte del autor conocido.

institucional²⁶⁴. Es precisamente, en el plano donde los impactos reformadores tendrían efectos contrarios a los proyectados, sembrando una de las diferentes semillas de la independencia americana.

La política fiscal borbónica se centró en volver a asumir, de manera directa, la dirección y recaudación tributaria, que venía compartiendo hasta entonces con diferentes segmentos de la élite criolla, logrando aumentar significativamente ingresos para las arcas de la Corona con el consiguiente desplazamiento de importantes actores sociales, económicos y políticos de América. Esta situación propició el establecimiento de un mayor peso fiscal sobre todos los niveles de la población americana, criollos, mestizos e indígenas tendrían que soportar las cargas de estos cambios. La recaudación sería ahora una acción ejecutada directamente por las autoridades españolas y atendería a gravar actividades más cercanas a la realidad económica para obtener más ingresos.

«Respecto a la fiscalidad sobre las actividades mercantiles, dos ámbitos son los que destacan: el impuesto de alcabalas y el del pulque. En ambos casos, la primera operación para proceder a la mejora en la recaudación consistió en la transferencia del gravamen de manos privadas a la corona. En el caso de las alcabalas, la prueba que marcó el camino fue la finalización del contrato de arrendamiento de las alcabalas de la capital virreinal al consulado de México en 1754»²⁶⁵.

²⁶⁴ Véase Ernest Sánchez Santiró, «Una modernización conservadora: el reformismo borbónico y su impacto sobre la economía, la fiscalidad y las instituciones», en *Las reformas borbónicas, 1750-1808*, coord. Clara García Aylluardo, México: Fondo de Cultura Económica, 2010, 288-290.

²⁶⁵ *Ibid.*, 318.

Este es el contexto en el que se dio la conocida revolución de los barrios de Quito en 1765²⁶⁶. La actual capital ecuatoriana, como una de las principales ciudades que conoció el régimen colonial, tenía ya antecedentes de conflictos entre los representantes del Ayuntamiento y de la Real Audiencia, como ocurrió entre los años 1592 y 1593 ante la negativa de la ciudad a pagar el aumento de la alcabala²⁶⁷. Nos encontramos en el siglo XVIII y las ciudades, villas y otros territorios locales estaban plenamente consolidados en lo largo de toda la América española, con la figura del Cabildo de las comunas de Castilla evolucionada en los ya modernos ayuntamientos americanos que albergaban a la élite criolla y sus negocios que habían florecido previo a las reformas borbónicas. Los municipios hispanoamericanos, a su vez, tenían una organización a través de una estructura urbana donde se daba la morada de las personas y algunas actividades económicas: el barrio. En esta dimensión urbana es donde se da la sublevación. Parecería el escenario de las guerrillas contemporáneas, pero la idea no es lejana si se analizan los hechos desde un punto de identidad local, como en Quito, que desde entonces tenía una esfera de ciudad capital.²⁶⁸ Los estancos y

²⁶⁶ Véase Jaime Rodríguez, «Los orígenes de la revolución de 1809 en Quito», *Secuencia* (2008): 201. Nos presenta una descripción acerca de la ciudad. «Con la intención de fortalecer su estatuto económico y político, los líderes de la zona trataron repetidamente de obtener la autonomía transformando la región en una capitánía general independiente o en un virreinato. Sin embargo, durante el siglo XVIII el Reino de Quito perdió el control sobre zonas considerables de su antiguo territorio. En 1717 su audiencia fue eliminada y su territorio incorporado a la jurisdicción de la Audiencia de Santa Fe; no sería sino hasta 1722 cuando se restituyera. El Reino de Quito estuvo subordinado a la capital virreinal de Lima hasta 1739, cuando se fundó el nuevo virreinato de Nueva Granada. Contrariamente a lo que los quiteños esperaban, la capital del nuevo virreinato fue Santa Fe, y no Quito».

²⁶⁷ Un impuesto que se aplicaba a la mayor parte de las actividades comerciales y que representaba la principal fuente de ingreso a la hacienda española.

²⁶⁸ Un dato referido a Ecuador: frente a la sede del ayuntamiento (hoy municipalidad) tenía su sede el representante del poder monárquico, el presidente de la Real Audiencia de Quito, donde hoy también se asienta la Presidencia de la República del Ecuador.

demás sitios de fabricación del alcohol y aguardiente pasaron a ser un negocio exclusivamente oficial, es decir, un monopolio, que se pretendía ejercer con la creación de una Fábrica Real de Aguardientes, desplazando de manera abrupta a los criollos y haciendas de religiosos que tenían un lucrativo negocio en la producción del aguardiente, cuyo consumo ya era parte de las costumbres y cultura americana. A ello hay que sumar el establecimiento de una Casa de Aduana que ejerciera un mejor control de las mercancías que ingresaban en la ciudad, claro está, con fines tributarios, lo que ahondó la contrariedad de quienes comerciaban productos llegados desde Europa. Todo esto originó el descontento local en Quito²⁶⁹.

La distribución geográfica de los efectos económicos se sentiría directamente tanto en las zonas de la producción del aguardiente, como en los barrios donde se realizaba un intenso comercio y hasta consumo de este producto, así como de otros que ahora estaban sujetos a una posición más rígida de la aduana española, por lo que serían los habitantes y comerciantes de estos barrios los que se sublevarían contra las autoridades representantes de la Corona. Por primera vez, se podía apreciar de manera clara una alianza entre las élites locales ya consolidadas y las capas medias de la población. Moreno y Borchart observan esta novedad:

«Esta rebelión demostró la posibilidad de una alianza entre las élites criollas de Quito, compuestas por comerciantes, hacendados y dueños de trapiches, con los pulperos y con los sectores plebeyos de consumidores, y un antagonismo contra el monopolio estatal representado por los funcionarios reales y por los

²⁶⁹ Véase Lydia Muñoz Cordero, «¡Viva el barrio! La rebelión popular de los barrios de Quito contra la Aduana y el Estanco al aguardiente: 1765», en *Boletín de la Academia Nacional de Historia*, Vol. XCII n° 190, Quito: Academia Nacional de Historia, 2014, 93.

comerciantes nativos de la Península Ibérica. Reducir las causas de la rebelión a una protesta anti-fiscal, sería no explicar adecuadamente la movilización de las clases subalternas»²⁷⁰.

Todo ello significó un primer paso en la configuración de una representación activa y movilizadora de cara a enfrentar a las autoridades coloniales. Los barrios de Quito tuvieron representantes, de los primeros en esta etapa de la historia americana la cual confluyó con los intereses criollos. Encontramos los primeros pasos de un contrapeso al poder establecido, doctrina que posteriormente se plasmaría en la independencia de los Estados Unidos o en la clásica división de poderes de la Francia revolucionaria.

La acción de protesta avanzaría al punto de exigir la salida de los españoles que eran enviados desde la península para asumir y desempeñar los cargos públicos de gobierno y justicia. Esto es inédito en los movimientos de emancipación y nos devela la génesis de una nación *propia* que se asume como tal con plena conciencia de la presencia de quien no es parte de esa nación. Es más, la revuelta hasta se planteó tener un dirigente o líder local, que aunque poseedor de un título nobiliario, de los que se compraban a la Corona para distinguirse socialmente, hiciera frente a la protesta, nos referimos a Manuel Ponce de León, IV Conde de Selva Florida, de quien se estima hasta que se le propuso asumir la función de «Rey de Quito»²⁷¹, a lo que se negó para expresar su apoyo a las autoridades coloniales, demostrando su lealtad a España, lo que le

²⁷⁰ Segundo Moreno Yáñez y Christina Borchart de Moreno, «Las reformas borbónicas en la Audiencia de Quito», *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n° 22 (1995): 39.

²⁷¹ Véase: Carlos Freile, *La Revolución de los Estancos, 1765*, Quito: Presidencia de la República del Ecuador, 2005, 42. Esta denominación real muestra la dimensión del movimiento de los estancos.

llevó a prestar su ayuda en el cuidado del erario que debía enviarse a España.

Pese a que la rebelión de los barrios de Quito estaría lejos de aglutinar a toda una fuerza social capaz de acabar con la presencia colonial, no es menos cierto que este acontecimiento sienta las bases para el camino hacia la emancipación e indudablemente hacia la independencia. Los criollos se dieron cuenta de que la autoridad colonial tenía debilidades de organización militar que contengan las acciones de protesta como las que se acaban de analizar. Muñoz resume el significado de estos hechos de la siguiente forma:

«En su trascendencia en el tiempo se presenta como un antecedente remoto de las revueltas comuneras anti-fiscales de los años siguientes en el Perú y en la Nueva Granada: 1780-1781.

Se logró visibilizar el nivel de inequidad, injusticia e inoperancia del sistema fiscal colonial, solo sustentado en impuestos, estancos, pechos, donativos y pensiones para financiar al sector burocrático dominante.

Se logró por primera vez, evidenciar y protagonizar la historia con el poder desde abajo. Los Barrios o Parroquias de San Blas, San Roque, Santa Bárbara, entre otros, entrarán de nuevo en escena durante el proceso de constitución de gobierno autónomo de Quito en 1809»²⁷².

España cedería inicialmente para dar paso a negociaciones que apaciguaran en parte las acciones rebeldes y para tener tiempo a que, con la movilización de su milicia asentadas en otras localidades, se pudieran desplazar hasta Quito y reponer a la autoridad colonial. Estas acciones, dada la disconformidad de los americanos por la asfixia tributaria sentida ante el reformismo peninsular, se repetirían a lo largo de todo el continente, como en Cuba por el estanco de tabaco, o en Tunja y otras

²⁷² Lydia Muñoz Cordero, «Levantamientos barriales en América Latina. Quito y Bogotá. Siglos XVIII y XIX. Historias desde abajo», *Estudios Latinoamericanos*, n° 38-39 (2018): 73.

ciudades de la actual Colombia. Sin embargo, el movimiento generado en Quito, sería el más importante de todos los que se han analizado.

2.4.3. – Túpac Amaru y lucha contra la usurpación, 1780-1781.

Desde el 12 de octubre de 1492 al 9 de diciembre de 1824, a lo largo de todo el continente americano se llevaron a cabo levantamientos contra la presencia hispana²⁷³, incluso en este tiempo, por supuesto, las guerras de independencia. Pero antes de que España empiece a capitular y reconocer la independencia a territorios coloniales americanos, un descendiente de la realeza Inca sería el primero en demostrar de manera eficaz la posibilidad de acabar con el poder colonial en clave continental (y no sólo en una ciudad) ese personaje es Túpac Amaru II o José Gabriel Condorcanqui Noguera. De él nos interesa primordialmente las fuentes de pensamiento que orientaron su movimiento y los argumentos que planteó para posicionar la legitimidad de sus acciones.

Túpac Amaru II²⁷⁴ fue reconocido como descendiente y sucesor de los reyes Incas y recibió un trato deferencial en relación con el resto de los suyos. Tuvo propiedades e ingresos que le permitieron llevar una vida cómoda. Estudió con los jesuitas en el Cuzco por lo que dominaba

²⁷³ Empleamos esta expresión para especificar que, en Brasil, colonia de Portugal, también se llevaron a cabo una serie de levantamientos a lo largo de la presencia ibérica lusitana, como la Conspiración Minera de 1789 o la Revolución Pernambucana de 1817.

²⁷⁴ «Real Academia de la Historia, biografía de José Gabriel Condorcanqui», consultado el 15 de junio de 2022, <https://dbe.rah.es/biografias/15298/jose-gabriel-condorcanqui>. Existen registros y datos confiables porque al ser de familia real inca su información documental se generó y trató de mejor que el de cualquier otra persona de su tiempo.

el quechua, castellano y latín, esta última lengua tenía importancia para el acceso a lo mejor de la filosofía medieval y moderna por lo que es altamente probable que el Inca se haya familiarizado con los libros escolásticos más relevantes de su tiempo, en especial de Francisco Suárez, teólogo y filósofo español.

Los principios que podemos encontrar en Túpac Amaru II, vinculados a la enseñanza del suarismo, son el de una reversión del poder al pueblo, titular del mismo por voluntad divina, y que temporalmente es cedido a las formas de gobierno que el titular del poder determine, en su caso, al rey. Esto se alza como una figura que debe coexistir con la observación de sus potestades reales por medio de las Cortes. Hasta aquí, esta fórmula es asemejada por Prieto López como un *pactismo hispánico*²⁷⁵ y que en Suárez observamos como una previa a las reglas políticas del liberalismo de soberanía popular, república y división del poder.

¿Cómo podemos pensar que el filósofo español haya influido en este líder andino? Especialmente si consideramos que Suárez murió en Portugal en 1617 y que sus enseñanzas estaban prohibidas desde 1767, trece años antes de la rebelión tupamarista. Leopoldo Prieto López, lo explica:

«Ni sus obras, ni sus formulaciones específicas, ni su nombre son invocados directamente en las Juntas, Asambleas, Proclamas y Declaraciones de independencia hispanoamericanas. A excepción quizás del cura Morelos (que,

²⁷⁵ Véase Leopoldo Prieto López, «Francisco Suárez, el pactismo hispánico y la emancipación de la América española», en *Civilización y dominio: la mirada del otro*, ed. Francisco Castillo Urbano, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2010, 1-27.

formado en el Seminario de Valladolid [México], donde abundaban las enseñanzas jesuíticas, se refiere a nuestro autor como el *santísimo Suárez* en relación con su doctrina de la soberanía popular frente a Jacobo I (Morelos dice por error Enrique VIII), no encontramos el nombre de Suárez en los documentos de las diversas emancipaciones hispanoamericanas. Ahora bien, la mención del pensamiento de un autor referido por su nombre es una *cita de autoridad*. Y una cita de autoridad en una argumentación es siempre de menor valor que una referencia a los principios. Por eso, que el pensamiento de un autor influyente no se cite por su nombre puede ser indicio de que una doctrina determinada ha pasado del plano de la autoridad al de los principios, como en este caso estimo ha ocurrido con Suárez. (...) El ocultamiento de su nombre era exigido por una prudencia elemental»²⁷⁶.

Ahora, analicemos el alcance del pactismo hispánico que nos parece relevante para redescubrir las aportaciones de la filosofía española sobre otras de Europa, que podrían ser, hasta cierto punto, una adaptación del suarismo. Insistamos en que dichos principios políticos son, esencialmente, de origen medieval, aunque fueron elaborados y justificados ética y jurídicamente, de manera lógica, por Suárez y otros autores en diferentes tratados de derecho y de política. Pues bien, dichos principios son en lo fundamental los cuatro siguientes:

«a) titularidad de toda la comunidad del poder político (*soberanía popular*), b) cesión del uso de dicho poder (no de su propiedad) por la comunidad política al rey, c) conservación, en consecuencia, de la titularidad de la misma en manos del pueblo (lo que suele llamarse titularidad *in habitu*) y, finalmente, d) retorno (reversión) de la soberanía al pueblo sobrevenidas circunstancias de especial gravedad»²⁷⁷.

Esta fórmula aleja la cuestión de la voluntad divina del gobierno y circunscribe el poder como una cualidad colectiva. La comunidad es el sujeto fundamental. Si atendemos a la posibilidad de que su poder regrese a su legítimo titular estamos frente a un planteamiento

²⁷⁶ *Ibid.*, 3.

²⁷⁷ *Ibid.*, 4.

republicano debido a que se prevé la temporalidad del desempeño del poder²⁷⁸.

Ante un comportamiento de tirano, por ejemplo, podría operar tal reversión. En el caso de Condorcanqui se conjuga, además, la cuestión de la legitimidad de ser el heredero de una titularidad real que fue desplazada por la presencia castellana en el reino de los incas, ante lo cual estaba justificada la resistencia contra el *poder usurpador* europeo; por lo que, en su *real* persona había de darse la recuperación de la titularidad del poder del reino de los incas o Tahuantinsuyo.

La influencia suarista también se aprecia en Túpac Amaru II cuando llega a cuestionar expresamente la condición de *usurpadores* de los Reyes de Castilla, concepto con el que zanja de manera definitiva la ilegítima presencia y dominio español en los territorios de sus ancestros. El Edicto de Coronación de Túpac Amaru II como Don José I, que ha sido poco estudiado desde los sustentos doctrinarios de su época y los enfoques actuales de la filosofía del derecho, permite demostrar la incorporación y transformación del pensamiento hispano moderno a un pensamiento americano para la emancipación:

«Por cuanto es acordado por mi Consejo en Junta prolija por repetidas ocasiones, ya secreta y ya pública, que los Reyes de Castilla me han tenido usurpada la corona y dominio de mis gentes cerca de tres siglos, pensionándose los vasallos con insoportables gabelas, tributos, sisas, lanzas, aduanas, alcabalas, estancos, catastros, diezmos y quintos, virreyes, audiencias, corregidores y demás

²⁷⁸ Por eso se afirma que «la *multitudo hominum* se asocia en un cuerpo político y, posteriormente, delega (o transfiere) el poder político al gobernante por medio de un pacto o contrato de transferencia, el incumplimiento o la violación grave por parte del gobernante justifica de algún modo el empleo de los medios de salvaguarda de los intereses políticos del pueblo». Leopoldo Prieto López, «El derecho de resistencia en Francisco Suárez. Un Diálogo con Pablo Font», *Daimon*, n° 80 (2020): 202.

ministros, todos iguales en la tiranía, vendiendo la Justicia en almoneda con los escribanos de esa fe a quien más puja, y quien más da, entrando en esto los empleos eclesiásticos y seculares sin temor de Dios, estropeando como a bestias a los naturales de este reino, quitando las vidas a solo los que no supieren robar; todo digno del más severo reparo.

Por eso, y porque los justos clamores con generalidad han llegado al cielo: En el nombre de Dios Todopoderoso ordenamos y mandamos que a ninguna de las personas dichas se pague; ni se obedezca en cosa alguna a los ministros europeos intrusos»²⁷⁹.

En esta época, tanto en España como en América, ya se había esbozado la idea de la usurpación como concepto trasladado desde la filosofía a la política y al derecho que Túpac Amaru II debió conocer durante su formación con los jesuitas. Suárez, lo había escrito en la introducción del Libro III (Superioridad y poder del Sumo Pontífice sobre los reyes temporales) de su obra *Defensa de la fe* en 1613. En aquella ocasión Suárez cuestionaba del rey de Inglaterra Jacobo I por los que este negaba el poder de los Papas sobre los reyes: Así decía:

«Hasta aquí hemos expuesto las herejías y graves errores en que, despreciando la base de la fe católica, vino al fin a caer Inglaterra. Réstanos explicar el origen de toda aquella caída, a saber, la negación de la debida obediencia al Sumo Pontífice y la usurpación por parte del rey temporal del falso título de cabeza soberana de su reino espiritual: este fue el comienzo de todo aquel cisma, y del cisma se pasó a la herejía, como hemos visto más arriba»²⁸⁰.

Nótese que Túpac Amaru II parte de su comparecencia en el edicto, en base a la *gracia* de Dios, concepto de la teología para establecer en el derecho natural cristiano el nexo mismo entre Dios y el hombre. Luego enuncia su *real* propiedad que se encuentra usurpada por

²⁷⁹ Antonio Gutiérrez Escudero, «Túpac Amaru II, Sol vencido: ¿el primer precursor de la emancipación?», *Araucaria* 8, n° 15 (2006): 213.

²⁸⁰ Francisco Suárez, *Defensa de la fe*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970, 213.

los españoles. Don José I hace un correcto uso de las categorías de derecho natural cristiano y no desconoce la idea iusnaturalista de Suárez, que presentamos a continuación:

«En primer lugar, todo lo que es de derecho natural procede de Dios como autor de la naturaleza; ahora bien, la autoridad política es de derecho natural; luego procede de Dios como autor de la naturaleza. (...)

(...) ahora bien, la autoridad política es buena y honesta, según se ha demostrado; luego viene de Dios. (...)

La mejor explicación de esto es el poder que el príncipe político tiene para castigar a los malos aún privándoles de la vida si fuere preciso: ello no hubiera sido posible sin el consentimiento divino, ya que sólo Dios es señor de la vida del hombre. (...)

Igualmente, en los otros reinos y territorios gentiles existiría esa misma autoridad, y cada príncipe tendría ese poder sobre los pueblos sometidos a él»²⁸¹.

En cuanto a la figura de la servidumbre (siervos de un señorío o de un feudo) Suárez la conoció en Castilla y Condorcanqui en América. El filósofo trataría esta figura en relación al problema de la usurpación. Lo manifiesta, así:

«Sin embargo, la verdad católica es que la autoridad política, debidamente introducida, es justa y legítima.

Digo *debidamente introducida* para excluir el poder usurpado por tiranía, pues de este consta que es una violencia injusta y no un verdadero y justo poder por carecer de un justo título de dominio (...)»²⁸².

El edicto contiene una descripción del estado de los *naturales* (pueblos originarios) de los reinos que Túpac Amaru II reivindica como sus dominios. Un ejercicio similar realizaría Simón Bolívar en su Carta de Jamaica, claro está, con las diferencias espacio-temporales, que se abordarán en el capítulo III. José Gabriel Condorcanqui describe la calamidad y sufrimiento al que los indígenas se encontraban sometidos

²⁸¹ *Ibid.*, 216-217.

²⁸² *Ibid.*, 214.

alegando la tiranía de los reyes de Castilla, por lo que, la *finalidad* de preservación, cuidado y bien común de los habitantes de dichos territorios no estaba siendo cumplida, demostrando su conocimiento acerca de los propósitos que debe tener una monarquía en cuanto al cuerpo del reino.

Solo queda presentar un último elemento del suarismo que contiene el edicto de Túpac Amaru II, común a toda manifestación de poder: la legitimación de la autoridad política. Habiendo dirigido y ejecutado una acción armada contra España estaba claro que el rey Inca estaba reposicionando su autoridad en los territorios que ancestralmente le pertenecían y, para ello, expresa que su decisión de asumir su *real coronación* debía ser acatada en sus dominios. El argumento tupamarista contribuye a la deslegitimación del poder colonial español, no solo para la rebelión de 1780-1781, sino que dejaría sentada esta cuestión para el futuro.

Por su parte, el filósofo jesuita había tratado la cuestión de la autoridad política a partir de asemejarla como una concesión divina²⁸³. En el caso del líder indígena, hay que considerar el factor de su autoridad ancestral. Debido a que había sido formado en la fe y creencias cristianas, a Túpac Amaru II no le eran distantes las alegaciones católicas sobre la autoridad política que alegó el jesuita, o sea, en su caso, fe católica y legitimidad ancestral se conjugan en su autoridad.

²⁸³ «En ese sentido también el poder que dan inmediatamente los hombres, el rey o el Papa, lo da también Dios como causa que influye inmediatamente en ese efecto y en el acto de la voluntad creada que da a las inmediatas el poder; pero tal poder no se dice que venga a las inmediatas de Dios sin más, sino sólo bajo cierto aspecto, pues a las inmediatas lo concede el hombre y de él depende». *Ibid.*, 217-218

Si tenemos presente que el movimiento de Túpac Amaru II no fue esporádico, ni antojadizo, puesto que tuvo una secuencia de hechos, que pasó de una petición de mejores condiciones de trabajo para los pueblos indígenas a asumir su posición histórica como Inca, es decir, como Rey²⁸⁴. Esta situación había provocado un enfrentamiento militar con los españoles, después de acabar con la vida del Corregidor de Tinta, Antonio Arriaga, hecho que desataría la reacción hispana, en base a diferentes acciones bélicas que, de no ser por la inexperiencia en tácticas de combate del Inca (en la que los españoles lo superaban) y sus indecisiones a la hora de tomar el Cuzco, tal vez la historia tuviera otros acontecimientos que contar.

Asumir como Rey Inca significó el resurgir de una ancestralidad tan añorada por los pueblos andinos, que adquiriría una dimensión cuasi continental no conocida por los españoles, rebelión que tuvo que ser juzgada directamente por un Visitador Real, José Antonio de Areche, experimentado funcionario en las *Indias* occidentales y orientales, quien no tendría un buen final en su carrera y moriría el mismo año de la Revolución Francesa.

La sentencia impuesta por el Visitador Real, pondría fin a la vida y al movimiento de Túpac Amaru, por ese momento, pero la historia lo traería a la vida como referente e inspiración, tanto en las futuras guerras de independencia cuanto en momentos de la vida republicana.

²⁸⁴ Que en estricto derecho y justicia le correspondía al ser descendiente de Túpac Amaru y Manco Inca Yupanqui o Manco Cápac II. Este último había sido reconocido por los españoles como Inca luego de que Francisco Pizarro ejecutó al último Inca Atahualpa, el 26 de julio de 1533.

Los levantamientos indígenas y sublevaciones de criollos fueron claves para construir el camino hacia la independencia la que, en opinión de Lynch, sería «la culminación de un largo proceso de enajenación en el cual Hispanoamérica se dio cuenta de su propia identidad, tomó conciencia de su cultura, se hizo celosa de sus recursos»²⁸⁵.

El movimiento de Túpac Amaru fue una primera señal para advertir que las sociedades del Nuevo Mundo dejaban de sentirse un apéndice de Europa, mostrándose como un sujeto *diferente* que tenía mayor legitimidad sobre su territorio y determinación de sus asuntos. No solo era la consecuencia del transcurso de trescientos años, en el que muchas generaciones hicieron su vida sin mayor vínculo con el continente de sus inmediatos antepasados, sino la insistente actitud europea a negar la igualdad a la *otra* orilla del Atlántico.

2.4.4.- Los tres Antonios en Chile, 1780-1781.

El camino de la emancipación e independencia tendría diferentes acontecimientos trascendentales para el flujo de las ideas y la orientación de las acciones tendientes a lograr la legitimación del autogobierno.

Desde la segunda mitad y hasta casi al final del siglo XVIII, América no solo era el espacio de práctica de un despotismo ilustrado europeo, sino también el lugar donde se ensayarían ideas (políticas, jurídicas, económicas, artísticas, etc.) de las más variadas fuentes del

²⁸⁵ John Lynch, *Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1826*, Barcelona: Ariel, 2014, 13.

conocimiento de su tiempo y planteadas no sólo por americanos; otros europeos también centrarían sus intereses en el continente como el lugar en el que debían plantearse y despejarse inquietudes de la más amplia índole, tanto en el campo de las ciencias naturales²⁸⁶ como en los asuntos de política y legislación²⁸⁷.

Este es el caso de dos franceses interesados en una suerte diferente a la colonial, específicamente en Chile, Antonio Berney y Antonio Gamuset, que, junto a José Antonio Rojas, un criollo de Santiago, llevarían a cabo entre 1780 y 1781, la sucesión de hechos conocidos como la Conspiración de los tres Antonios. Este acontecimiento constituye uno de los antecedentes más relevantes del proceso independentista de ese país, especialmente por el contenido de sus intenciones y simbolismo, antes que por el desenlace de combates o acciones concretas realizadas.

El intento chileno de terminación con el régimen colonial es una vía diferente a la que estamos acostumbrados a estudiar sobre la independencia americana porque, pese a tener la misma inspiración de la ilustración francesa, agrega un factor: elementos republicanos a partir de las enseñanzas del Antiguo Testamento de la Biblia que hasta ese

²⁸⁶ Como la expedición que Alexander Von Humboldt cumplió entre 1799 y 1804 que le otorgó el mérito de haber *redescubierto* América, al explorar territorios que no habían tenido presencia europea. Este viaje tuvo financiación privada y abarcó los actuales países de Perú, Ecuador, Colombia, México, Cuba y Estados Unidos. Véase Sandra Rebok, «La expedición americana de Alexander von Humboldt y su contribución a la ciencia del siglo XIX», *Bulletin de l'Institut français d'études andines* 32, n° 3 (2003): 448.

²⁸⁷ Como el interés mostrado por el jurista y filósofo inglés Jeremy Bentham, ya en tiempos de las guerras de independencia americana y formación de las repúblicas latinoamericanas, sobre el cual profundizaremos en el capítulo III.

entonces no habían sido puestos en práctica como argumentos de liberación en nexos con el republicanismo.

La relevancia de esta conspiración es lo que se ha asociado a la idea de un *republicanismo bíblico independentista* debido a que el texto de Antonio Berney, conocido como la *Instrucción*, no solo es de orientación política para el pueblo «sino también como un proyecto teológico-político»²⁸⁸. La raíz teológica de la planificación de la insurrección tenía tintes de exegética hebrea, como lo explica Cáceres:

«De acuerdo a lo señalado por el mismo texto de Berney, la función primordial del republicanismo bíblico habría de desarrollarse luego de realizada la sublevación, esto es, a la hora de implementar el nuevo gobierno republicano. Si bien los “arreglamentos” divinos podían pesar menos que las contingencias vividas y sufridas por los españoles americanos al momento de justificar el levantamiento contra la monarquía, la ‘Instrucción’ —como se ha citado más arriba— era bastante clara en expresar que el único gobierno perfecto era el republicano ordenado por Dios al pueblo hebreo»²⁸⁹.

Recurrir al Antiguo Testamento, parece que tiene como propósito no recaer en las diferentes interpretaciones escolásticas de marcada orientación agustiniana que exacerbaban un voluntarismo divino, tan solo modulado por distintas visiones tomistas y medievales que, sumados a la influencia aristotélica hicieron posible la justificación de títulos supuestamente legítimos, en lo teológico y en lo jurídico, de la empresa de la conquista del Nuevo Mundo. Esta exégesis bíblica resulta innovadora desde los argumentos de la emancipación, puesto que la discursiva teológica hispana, tenía especial énfasis en la hermenéutica del Nuevo Testamento, bajo enfoques evangélicos que ahora estaban

²⁸⁸ Jorge Cáceres, «Republicanismo bíblico independentista. El caso de la “Instrucción” de Antonio Berney (Santiago 1780-1781)», *Revista de Humanidades*, n° 36 (2017): 70.

²⁸⁹ *Ibid.*, 89.

superados en el tiempo por la fundamentación mosaica del Deuteronomio y su proximidad al propio *Dios padre* y su pueblo de Israel. Pensar en una república católica, en la línea que proyectaba el francés Berney es una cercanía a la definición contemporánea de república, cuyo significado pasa a representar lo contrario a Monarquía. La cita bíblica más relevante es la de Deuteronomio 17:14, 15 y 16:

«14 Cuando entres en la tierra que el Señor tu Dios te da, y la poseas y habites en ella, y digas: "Pondré un rey sobre mí, como todas las naciones que me rodean", 15 ciertamente pondrás sobre ti al rey que el Señor tu Dios escoja, a uno de entre tus hermanos pondrás por rey sobre ti; no pondrás sobre ti a un extranjero que no sea hermano tuyo.

16 Además, el rey no tendrá muchos caballos, ni hará que el pueblo vuelva a Egipto para tener muchos caballos, pues el Señor te ha dicho: "Jamás volveréis por ese camino»²⁹⁰.

Los dos franceses fueron los artífices de la pretendida conspiración, mientras que el tercer Antonio, José Antonio Rojas, no habría tenido mayor participación y fue absuelto en los procesos penales que se instauraron. De hecho, la versión que se conoce sobre este acontecimiento es a partir de los testimonios que se rindieron en el expediente judicial, quedando claro el margen de cierta tergiversación a la que pudo darse al papel de Berney y su compatriota Gramuset.

La insurrección en marcha se pudo conocer gracias al rol de un conspirador que delató a los franceses, de cuyo relato se dedujo la participación del criollo Rojas. El delator fue el abogado argentino Mariano Pérez de Saravia, quien por medio de cartas relató y delató ante las autoridades españolas los propósitos de insurrección. Era uno de los

²⁹⁰ «Biblia», consultado el 15 de junio de 2022, <https://www.biblia.es>.

que participaría en la sublevación y que se retractó. Es por medio de Pérez de Saravia que se puede conocer la fundamentación que Berney había planteado el movimiento que esperaba dar en Santiago:

«[M]e dijo que la introduccion se reducía a demostrar lo perjudicial del Gobierno Monarquico, y lo util del Republicano cuia hidea apoya entre otros fundamentos en los exemplares de Atena, y Roma: Que en ellos se manifiesta que esta conspirazion no se opone con los principios de Religion; porque no siendo la obediencia que se deue al Monarca especie de esclavitud, aquella no obliga spñe que se decline a esta, que es lo que subsede en lo presente con las inspecciones de Pechos en las Hasiendas, casas adorno de ellas, plata labrada, criados, comestibles, y avn en las Personas que todo es una verdadera servidumbre: Que los titulos que dan las instrucciones a esta nueva republica son el soberano senado de la Muy noble mui fuerte y muy Catholica Republica de Chile»²⁹¹.

El plan no solo contemplaba el fin de la presencia española, proyectaba los lineamientos sobre cómo debería funcionar la pretendida república católica. Una mayor ampliación del fondo de la cuestión acerca de la magnitud de la conspiración, que se conoció ante la traición de Saravia, se explica a continuación:

«Según informa Saravia —a partir de los dichos de Berney—, el fin de la conspiración era independizar al reino de Chile de España e instalar en él un gobierno republicano fundado en principios de derecho natural, en el que se abolirían la pena capital y las jerarquías sociales, en cuyo senado o congreso aun los indígenas tendrían representantes, en donde la tierra sería repartida equitativamente entre todos los habitantes y el que se abriría al libre comercio con las naciones extranjeras»²⁹².

Los hechos de la rebelión de Túpac Amaru II y la Conspiración de los Tres Antonios (quizá solo de los dos franceses) confluirían en los

²⁹¹ Nibaldo Acero, Jorge Cáceres y Hugo Herrera Pardo, *Vestigio y especulación. Textos anunciados, inacabados y perdidos de la literatura chilena*, Santiago: Chancacazo, 2014, 36-37.

²⁹² *Ibid.*, 33.

mismos años, esto es, 1780-1781. También en la desgracia en que se encontrarían Antonio Berney y Fernando Túpac Amaru (Fernandito²⁹³) a bordo del Navío San Pedro Alcántara, barco en el que viajaban a España a cumplir su sentencia que naufragó cerca de las costas de Portugal el 2 de febrero de 1786, falleciendo el primero y logrando sobrevivir temporalmente el segundo. Fernando Túpac Amaru recibió un trato indigno que recibió en la metrópoli hispana, pero el destino ya había sentenciado a España en América, Simón Bolívar ya existía y era un niño de un poco más de dos años.

2.4.5.- Chuquisaca, La Paz y Quito, 1809: hacia el autogobierno.

En 1809, América del Sur ya había recibido el influjo de las reformas de Carlos III en materia de educación y los efectos de la expulsión de los jesuitas.

En Chuquisaca²⁹⁴, actual Bolivia, se había hecho eco del peso de la educación ilustrada de estos cambios, especialmente en los estudios de derecho, en los que ya no primaba el tradicional enfoque escolástico medieval, sino la influencia del acervo liberal de la ley y todo lo que representa, que supera a la teórico y se traslada el campo de la práctica jurídica.

²⁹³ Quien solo tenía doce años cuando fue obligado a presenciar el descuartizamiento de sus padres José Gabriel Túpac Amaru y Micaela Bastidas en 1781. Fernando viviría en Madrid hasta alcanzar los treinta y un años, edad en la que murió después de constantes sufrimientos y penurias.

²⁹⁴ Que los españoles renombraron como Villa de La Plata de Nuevo Toledo.

El centro de estudios superiores era la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier, que había sido fundada en 1624 y como toda universidad de ese entonces, no estaba destinada para la educación de las mayorías, sólo para la formación de la élite social. Sin embargo, el cambio de paradigma educativo anteriormente anotado sí tendría consecuencias de índole político. Esto se explica en la fundación de la Academia Carolina, en 1776, al interior de la Universidad Mayor y Real y Pontificia de San Francisco Xavier, que se dedicaría a una rigurosa educación en el derecho y a los vínculos con la Real Audiencia de Charcas en la que, por los cambios implementados, los estudiantes debían realizar unas pasantías, antes y después de obtener el bachillerato²⁹⁵. Esto significaba que los juristas más jóvenes estaban en contacto cercano con los problemas cotidianos de la realidad social y a la vez, vinculados académicamente con una institución de prestigio, que facilitaba el movimiento de las ideas políticas más recientes a nivel mundial. Mientras la autoridad española se mantuviera, sus movimientos y pronunciamientos serían clandestinos.

Depuesto en España Fernando VII y en Portugal Juan VI, debido a la ocupación napoleónica de ambas naciones, el vacío de poder produjo incertidumbre y duda sobre la legalidad y legitimidad de las autoridades coloniales en América. La Plata fue la primera en la que se plantearía una Junta que administrase el gobierno bajo la supuesta fidelidad al Rey Fernando VII, debido a su cautiverio. Se agregaría un elemento, propio de las especulaciones que se provocaron en aquel entonces: habiendo huido a Brasil el rey portugués, colonia lusa limítrofe con la Real

²⁹⁵ Grado que no ha de confundirse con la titulación tradicional de la actualidad que obtienen los alumnos que culminan la secundaria.

Audiencia de Charcas y quien estaba casado con Carlota Joaquina de Borbón²⁹⁶, hermana de Fernando, se posicionó el rumor que ésta reclamaría derechos sucesorios sobre las colonias hispanas, en especial, la titularidad de la zona de la Real Audiencia de Charcas. Esta situación dio paso a la oportunidad política que los jóvenes juristas esperaban para poner de relieve el argumento sobre la legalidad de un autogobierno, que, con una supuesta lealtad al rey español, significaba, por primera vez desde 1492, la posibilidad para un territorio americano, de dirigir su propio destino.

El 25 de mayo de 1809, mientras se realizaban detenciones de oidores de la Real Audiencia, afines a la Academia Carolina, la multitud de Chuquisaca se levantó contra las autoridades, que, como señala Mendoza Pizarro: «Obligó al Presidente de la Audiencia, Ramón García Pizarro, a renunciar a su cargo. Los doctores lograron que el máximo tribunal, descabezado de esa manera, comenzara a actuar bajo su influencia, como “Audiencia Gobernadora” que, siendo claramente ilegal, representaba el desconocimiento tácito de la máxima autoridad española en la región»²⁹⁷.

El movimiento de Chuquisaca se amplió territorialmente hacia La Paz y otras ciudades del Alto Perú, siempre bajo la acentuada influencia de la intelectualidad carolina que generó, en La Paz, la formación de la Junta Representativa Tuitiva de los Derechos del Rey del Pueblo, el 16

²⁹⁶ Quien acompañó al rey portugués a su exilio en Brasil gracias a la ayuda de Inglaterra, potencia aliada de Portugal ante la disputa continental con la Francia de Napoleón.

²⁹⁷ Javier Mendoza Pizarro, «La Universidad de San Francisco Xavier en los sucesos de 1809 en el Alto Perú», *Ciencia y cultura*, n° 22-23 (2009): 25.

de julio de 1809. Esta junta estaba compuesta por doce miembros, siendo su líder Pedro Domingo Murillo. Prosiguió a los acontecimientos de Chuquisaca y su proclama revela un fondo jurídico elaborado con solidez conceptual, tanto en lo filosófico, como en lo político:

«Compatriotas: Hasta aquí hemos tolerado una especie de destierro en el seno mismo de nuestra patria; hemos visto con indiferencia por más de tres siglos sometida nuestra primitiva libertad al despotismo y tiranía de un usurpador injusto que, degradándonos de la especie humana, nos ha mirado como a esclavos; hemos guardado un silencio bastante parecido a la estupidez que se nos atribuye por el inculto español, sufriendo con tranquilidad que el mérito de los americanos haya sido siempre un presagio de humillación y ruina. Ya es tiempo, pues, de sacudir yugo tan funesto a nuestra felicidad, como favorable al orgullo nacional español»²⁹⁸.

Como apreciamos, esta proclama identifica un conjunto de unidad política-histórica, reconoce a una especie de sujeto nacional que no ha podido ejercer su autogobierno debido a la tiranía extranjera de la usurpación con la que, una vez más, se identifica la presencia española, argumento que ya había expresado años atrás Túpac Amaru. A esto ha de agregarse la descripción objetiva sobre el sufrimiento ocasionado a causa del trato de esclavitud que recibían los americanos y cómo ello significó la degradación de la especie humana. La igualdad y la libertad política se encuentran claramente identificadas en la Proclama de La Paz. La junta, como cuerpo de gobierno²⁹⁹, duraría hasta el 30 de septiembre

²⁹⁸ Manuel Ordoñez López y Luis Crespo, *Bosquejo de la Historia de Bolivia*, La Paz: Ministerio de Instrucción Pública, 1912, 143.

²⁹⁹ Estrategia americana que se conoce como *juntismo* ante la ausencia de Fernando VII y se pueden señalar como primeros ejemplos de autogobierno en el continente y pasos previos a la guerra por alcanzar la independencia. Estas juntas emancipatorias serían importantes para avanzar hacia planteamientos de legitimación política, sin los cuales no habría sido posible enfrentar al innegable poder militar español, que, pese a su letargo temporal por la ocupación francesa, volvería a activarse con el regreso del rey Borbón.

de 1809, día en el que Pedro Domingo Murillo asumió la dirección política y militar con el fin de enfrentar la reacción armada española con la que se restauraría el gobierno colonial hispano el 11 de noviembre del mismo año.

Hacia finales de 1808, en Quito ya se habían dado los primeros pasos para conformar una junta local de gobierno ante el cautiverio de Fernando VII. Sus dirigentes criollos y de élites sociales estaban siendo procesados por estas acciones, pero no se llegó a condena alguna debido a la intencionada desaparición de los expedientes judiciales³⁰⁰ con lo que se evitó su juzgamiento. Sin embargo, se mantenía la ausencia del rey por lo que la causa del intento de juntismo quiteño seguía vigente.

La oportunidad de la primera acción no podía ser desaprovechada. Entre la noche del 9 y madrugada del 10 de agosto de 1809 se dio una reunión en casa de Manuela Cañizares, en la que se decidió, por parte de criollos, intelectuales y algunos miembros del clero local, constituir una junta de gobierno que comunicó al Presidente de la Real Audiencia de Quito, Manuel Ruiz Urriés de Castilla y Pujadas, I Conde de Ruiz de Castilla, que había cesado en sus funciones, posicionándose en su lugar, y como presidente de esta Junta, a Juan Pío de Montúfar y Larrea-Zurbano, II Marqués de Selva Alegre.

La Junta quiteña, a diferencia de la conformada en Chuquisaca, no logró sumar adeptos en las otras ciudades de la Real Audiencia, como Guayaquil, lo que habría significado generar un foco regional, aunque

³⁰⁰ Juan Paz i Miño, «La revolución independentista de Quito de 1809», *Archipiélago* 17, n° 65 (2009): 4.

sea bajo el pretexto fidelista hacia el rey cautivo, pero sí se consolidó en el propio Quito la idea irreversible de un modelo constitucional mixto, que en aquel entonces resultaba ser estratégico. Esta mezcla implicaba la confluencia del monarca, de la élite social, representada en la nobleza³⁰¹ local, y el pueblo, a través de unos representantes, claro está, esos representantes eran los criollos y no el pueblo común. El modelo mixto no logró concretarse ni en Quito ni en otra parte de la colonia española en América. El movimiento de Quito fue aplacado por las tropas españolas que se desplazaron desde los Virreinos de Nueva Granada y Lima y con la muerte de los prisioneros por los hechos del 10 de agosto de 1809³⁰², luego de un intento de liberación. La consistencia del argumento de un gobierno mixto siguió tomando fuerza como sustento político y jurídico que diera forma constitucional a la realidad que estaban afrontando la península y los territorios de ultramar. Federica Morelli, al estudiar los acontecimientos de Quito, presenta el fondo de la cuestión constitucional que se pretendía:

«Según este ideal, el mejor gobierno, y también el más duradero, era aquel en el que participaban el uno (el rey), los pocos (los nobles) y los muchos (el pueblo). Compartiendo la soberanía entre rey y reino, representado tanto por los pocos cuanto por los muchos, la fórmula del Estado mixto había impuesto serias limitaciones a la autoridad del rey. La representación del reino jugaba un papel fundamental, no sólo porque compartía la soberanía con el monarca, sino porque ejercía un fuerte poder de control sobre sus actividades.

Mientras en Europa el dualismo entre rey y reino se concretó en la existencia de parlamentos, dietas y cortes que tenían el derecho de representar políticamente

³⁰¹ Que en el caso de la Nueva Granada y Quito ya había dejado la entrega de varios títulos nobiliarios a españoles nacidos en América convertidos en criollos; pero especialmente en Lima (fundada originalmente con el nombre de Ciudad de los Reyes), donde la entrega de estas distinciones nobiliarias se había convertido en una práctica de confluencia entre los intereses reales y los de unos pocos americanos.

³⁰² Fecha convertida en el día nacional de la actual República del Ecuador.

el *regnum* frente al *rex*, el monarca español había siempre negado la concesión de asambleas representativas a los territorios americanos»³⁰³.

Lo ocurrido en Chuquisaca, La Paz y Quito, entre 1809 y 1810 motivó que la junta central que administraba el reino en España enviara desde Cádiz a un *comisionado regio*³⁰⁴, para que tratara el problema de la sublevación de Quito. Se trataba nada menos que de Carlos Montúfar y Larrea-Zurbano³⁰⁵, hijo de Juan Pío Montúfar, que había sido la cabeza de la Junta de Gobierno del 10 de agosto de 1810.

El Comisionado llegaría a Quito el 9 de septiembre de 1810, lamentablemente cuando ya se había dado la matanza del 2 de agosto³⁰⁶ de ese año. Procedió a instalar una segunda junta de gobierno con el intento de apaciguar las partes en conflicto intentando salvar la posición de su padre, en este nuevo cuerpo de gobierno estaría integrado el presidente de la Real Audiencia Manuel Ruiz Urriés de Castilla y Pujadas.

En el Virreinato de Lima no se apreciaba como buenas intenciones los movimientos de Carlos Montúfar, por lo que se instauró provisionalmente un gobierno paralelo de la Real Audiencia en la ciudad de Cuenca. La evolución de la segunda junta de gobierno, entre disputas por su legalidad y legitimidad, entre la Junta Central en España y el

³⁰³ Federica Morelli, «La revolución en Quito: el camino hacia el gobierno mixto», *Revista de Indias*, 62, nº 225 (2002): 335-336.

³⁰⁴ En nombre del rey, pese a su ausencia.

³⁰⁵ Quien en 1802 había conocido y recibido a Alexander Von Humboldt acompañándolo en la mayor parte de su travesía científica, posición privilegiada en que incluso logró desplazar a Francisco José de Caldas, quien, a diferencia de Montúfar, era un reputado científico.

³⁰⁶ De los detenidos por los hechos del 10 de agosto de 1809.

Virreinato de Lima, desencadenó, como proyecto político y constitucional plenamente autonómico el *Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las provincias que forman el Estado de Quito*, el 15 de febrero de 1812, un mes antes que las Cortes de Cádiz culminaran con su labor de promulgar la Constitución. El *Pacto Solemne*, conocido como la Constitución de Quito, es un contexto constitucional tanto en su estructura como en su contenido. Nos interesa para nuestra investigación los siguientes partes, empezando por el preámbulo:

«En el nombre de Dios Todopoderoso Trino y Uno. El Pueblo Soberano del Estado de Quito legítimamente representado por los Diputados de las Provincias libres que lo forman, y que se hallan al presente en este Congreso, en uso de los imprescriptibles derechos que Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los hombres para conservar su libertad, y proveer cuanto sea conveniente a la seguridad, y prosperidad de todos, y de cada uno en particular; deseando estrechar más fuertemente los vínculos políticos que han reunido a estas Provincias hasta el día y darse una nueva forma de Gobierno análogo a su necesidad, y circunstancias en consecuencia de haber reasumido los Pueblos de la Dominación Española por las disposiciones de la Providencia Divina, y orden de los acontecimientos humanos la Soberanía que originariamente resida en ellos (...)»³⁰⁷.

A todas luces, es una Constitución de gobierno mixto. El Estado aparece mezclado con la Iglesia católica, como seguiría ocurriendo hasta finales del siglo XIX en la mayor parte de países latinoamericanos. La razón radica en que hay representación popular como titularidad de la soberanía, reconocimiento de derechos del hombre en un claro avance iusnaturalista, fundamentación religiosa y no ruptura total con el rey español. En cuanto a proyecto político, tendiente a sumar territorios bajo su misma visión, la Constitución quiteña abre la puerta, desde su carácter independiente, a una confederación de estados abierta a aquellos que se

³⁰⁷ «Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las provincias que forman el Estado de Quito» *Revista Questiones Urbano Regionales*, 1, nº 1 (2012): 197.

quieran adherir. Se trata de una visión inicial de lo que años más tarde haría Simón Bolívar con sus textos constitucionales, al contener cláusulas abiertas a los pueblos americanos. Su artículo 2, lo definiría así:

«Artículo 2.- El Estado de Quito es, y será independiente de otro Estado y Gobierno en cuanto a su administración y economía interior reservándola a la disposición y acuerdo del Congreso General todo lo que tiene trascendencia al interés público de toda la América, o de los Estados de ella que quieran confederarse»³⁰⁸.

La *máscara fernandina*³⁰⁹ no tardaría en hacerse presente en la Constitución, siendo el principal elemento constituyente de la tesis de un gobierno mixto que antes habíamos anticipado. La condición de verse libre del poder napoleónico coloca un imposible de cumplir, para ese momento, aún más cuando no se conocía su paradero y su destino parecía ineludiblemente su desaparición definitiva. Esto se desvanecería cuando el rey español retomó su posición regia en diciembre de 1813 y su presencia en España, el 13 de mayo de 1814, día que regresó a Madrid. La fórmula constitucional quiteña, sobre la fidelidad al rey, decía:

«Artículo 5.- En prueba de su antiguo amor, y fidelidad constante a las personas de sus pasados Reyes; protesta este Estado que reconoce y reconoce por su Monarca al señor don Fernando Séptimo, siempre que libre de la dominación francesa y seguro de cualquier influjo de amistad, o parentesco con el Tirano de la Europa pueda reinar, sin perjuicio de esta Constitución»³¹⁰.

La restauración del rey Borbón pondría fin a los primeros intentos, políticos, militares, constituyentes y constitucionales de una América

³⁰⁸ *Ibid.* 198.

³⁰⁹ Como se denominó al argumento del supuesto recaudo de los derechos monárquicos de Fernando VII para dar paso a las Juntas españolas y americanas.

³¹⁰ *Ibid.* 198.

independiente, que bajo los fundamentos de la evolución iusnaturalista, con ciertos elementos liberales, habían intentado poner fin al poder colonial. El absolutismo español sería más acuciante e incapaz de comprender la última oportunidad que le había dado la Constitución de Cádiz para mantener su presencia en América, a partir de reconocer como españoles a los americanos. Para Chust, el problema pasaba por la transición de Estado a nación³¹¹. Ni en la propia España, ni en la América española se pudieron solventar las dudas acerca de cómo debía funcionar esta nación que ahora, para 1812, tenía presencia en ambos lados del Atlántico.

El 4 de mayo 1814, Fernando VII emitió el conocido Decreto de Valencia por el que derogó la Constitución de Cádiz, repudiando en toda regla al constitucionalismo liberal. La persecución a los diputados de la constituyente gaditana; una nueva geopolítica con actores importantes como Estados Unidos y Gran Bretaña; una élite criolla que ya había alcanzado experiencia en la confrontación con la península y las medidas de restauración adoptadas en América, se produjo un camino irreversible a las guerras de independencia, a la derrota española en sus colonias americanas, salvo Cuba y Puerto Rico, y al nacimiento de las actuales repúblicas latinoamericanas.

³¹¹ Véase Manuel Chust, «Constitucionalismo español del siglo XIX» en *Historia constitucional. Estudios comparativos*, ed. Enrique Ayala Mora, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 146.

Capítulo III

Constitucionalismo republicano e independencia.

«Juro delante de usted; juro por el Dios de mis padres; juro por ellos; juro por mi honor, y juro por la patria, que no daré descanso a mi brazo ni reposo a mi alma, hasta que haya roto las cadenas que nos oprimen por voluntad del poder español».

Libertador Simón Bolívar, Juramento en el Monte Aventino.
15 de agosto de 1805.

3.1. – Del iusracionalismo a las bases del constitucionalismo.

A la par del devenir histórico de los acontecimientos que estudiamos en los capítulos I y II y su configuración filosófica-jurídica, la construcción del constitucionalismo y del republicanismo en la propia España, en contexto europeo, y en América, como resultado del tránsito de las ideas filosóficas en clave de cultura jurídica, iban modificándose en las geografías en la cuales esta investigación ha venido interesándose.

El derecho natural más preponderante, desde San Agustín, es el derecho natural cristiano, aunque no es el único. Ahí es donde hallamos una carga racionalista que queremos explicar, nos referimos al aporte de los estoicos, que no se relaciona con el teleologismo aristotélico, y plantea que:

«(...) la naturaleza es el espíritu creador y ordenador (*pneuma, logos*) que da movimiento al mundo y que lo transforma en un mundo ordenado (*cosmos*). En todos los seres y, sobre todo, en los seres vivos, hay una parcela de *logos*, que constituye su principio de vida («razón seminal», *logos spermatikos*). En estado puro, el *logos (ratio, «razón»)* se encuentra en los dioses y también en el alma

de los hombres, de tal modo que la razón constituye la «naturaleza» específica del hombre»³¹².

El derecho natural de corte tomista fue evolucionando en el pensamiento jurídico español hasta llegar a lo que podríamos plantear como los orígenes de una auténtica filosofía del derecho en Suárez³¹³ (que luego sería abordada por otros filósofos europeos, aunque no siempre reconociendo suficientemente sus méritos intelectuales) a quien le interesa el concepto de derecho, a partir del estudio de la ley.

Suárez orienta una innovadora justificación sobre la cual *las leyes humanas*, que debemos entender como *derecho*, pueden ser discernidas por la teología. No solo las leyes divinas, porque ha de entenderse con fundamento bíblico, que Dios es un legislador universal y en tal sentido, Dios es el «*fin último al cual tienden las criaturas racionales*»³¹⁴.

Entonces, aunque pueda parecer paradójico, Suárez teologiza la actividad legisladora del hombre en cuanto no tiene oposición a Dios puesto que lo ha dotado de razón. Parecería que la cuestión acerca de la razón humana en relación a la definición de ley, lleva a Suárez a tomar distancia con Aquino al considerar que el margen de obrar o no, es una cualidad del hombre y no de otros seres a los que se parece. Para Suárez,

³¹² Hespanha, *Cultura jurídica europea*, *op. cit.*, 148.

³¹³ A partir de adoptar las ideas de Aquino sobre un margen de adaptabilidad de la ley natural a unas circunstancias concretas. Suárez reitera la inmutabilidad de la ley natural, pero da paso a la aceptación de que en su casuística puedan darse cambios que se aprecien en el proceder humano. Se trata de una forma de flexibilidad del derecho natural en la que no se contradicen los mandatos inamovibles iusnaturalistas con la realidad del comportamiento del hombre. Véase José Delgado Pinto, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 22-24.

³¹⁴ Estudio introductorio de Luis Vela Sánchez de la obra Francisco Suárez, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, 1.

siguiendo la tradición tomista, la ley humana es la *ley positiva*. Para él la ley humana es un *acto del hombre*³¹⁵. Aquí existe un punto de encuentro entre su época y la actualidad, un ejemplo sobre su adelanto en casi dos siglos al exponer el marco sobre el que ha de entenderse a la ley humana; diseña uno de los presupuestos que después se plantearía como positivismo jurídico, al señalar que «(...) la ley humana es obra del hombre, la cual a las inmediatas procede de su poder y prudencia y ha sido impuesta a los súbditos como regla y medida de sus obras»³¹⁶.

Suárez a la ley positiva la denomina como *ley civil* y de ella manifiesta, partiendo de San Agustín, que: «(...) es la que ordena al gobierno político de la ciudad, a la tutela de los derechos temporales y a la conservación del estado en la paz y en la justicia. Por consiguiente, las leyes civiles tratan de estos bienes temporales o corporales»³¹⁷. De esta manera, si la ley civil regula los bienes que poseen los hombres durante la temporalidad de su vida terrenal, dichos bienes serán dispuestos por la organización (racional) que este determine, a la larga, un reino o una república.

Al cambiar la titularidad de la soberanía, del monarca al pueblo, la proyección de la ley civil desarrollada por Suárez pasaría a primera línea de los argumentos del liberalismo y su recorrido, tanto en Europa como en América Latina, en la que los Códigos Civiles tendrían mayor importancia en la acción de *ordenar* a la sociedad, como se planteará en el capítulo IV.

³¹⁵ Francisco Suárez, *Tratado de las leyes*, *op. cit.*, 19.

³¹⁶ *Ibid.*, 19.

³¹⁷ *Ibid.*, 20.

Otra fuente del iusracionalismo, sobre el cual se erige el positivismo jurídico, es el iusnaturalismo racionalista, bajo la idea de que «el Derecho se podría basar en principios superiores, generalmente comprensibles y obligatorios, por ser accesibles a la razón humana»³¹⁸. Para acercarnos a este tipo de variante de derecho natural debemos observar la consolidación medieval de la Iglesia católica trajo consigo, como lo vimos en el capítulo I, de una conjunción de las aportaciones filosóficas del mundo antiguo con el cristianismo, razón por la que Aristóteles está presente en los grandes autores de la filosofía, pese a que el filósofo de Estagira vivió más de tres centurias antes del tiempo que se atribuye como inicio de la era cristiana.

Desde una comprensión tradicional del derecho natural, la ley tiende a ser el resultado del ejercicio de la razón, que subyace en cualquier hombre. El factor divino, aunque está presente, no es exclusivo ni excluyente de la idea que el hombre es depositario de un *logos* y, por lo tanto, no había interesado a la Iglesia abordar, comprender y difundir esta fuerza *ordenadora* que podía minar su influencia mediadora entre Dios y los hombres.

El iusnaturalismo racionalista no se aparta de la ordenación natural de la que el hombre forma parte, enfocándose en que ese orden puede ser conocido, e incluso, se afianza, en el desempeño racional de los hombres, por tanto, conocer el significado y alcance de las normas (leyes) no es una acción compleja ni difícil que limite el acceso a su comprensión.

³¹⁸ Norbet Horn, «Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual». *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1 (2000): 79.

Hasta este punto, el conocimiento debía tener un lugar de partida, un paso intermedio o un punto de llegada en Dios, una especie de obsesión europea medieval con la divinidad cristiana, elemento común con otras culturas teístas. En el largo devenir del conocimiento han existido rupturas que han hecho posible apartar los obstáculos tradicional e intencionalmente trazados por la arbitrariedad disimulada en el fenómeno religioso. En ocasiones, estas rupturas han tenido una reacción por parte de las creencias puestas en riesgo y de los que sobre ellas se han erigido, como quienes condenaron a Giordano Bruno, el cual fue quemado vivo el 17 de febrero de 1600 por la Inquisición que dirigía Roberto Belarmino. Debemos mencionar que han ocurrido rupturas más estratégicas, por así decirlo, que, sin llegar a aumentar el listado de mártires, pudieron subvertir o replantear en su época las ideas del oscurantismo católico, ejemplo de esta otra vía es René Descartes, considerado como el padre del racionalismo, corriente de pensamiento que nos resulta relevante revisar previo a llegar al positivismo y en concreto al positivismo jurídico.

Una pauta inicial del pensamiento cartesiano es la superación de los temas y *método* tradicional de la escolástica. Descartes cuestiona la acentuada importancia que se le daba al estudio de las letras, dejando a un lado otra clase de conocimiento, que lo convierte, en un precursor de las ciencias que, más adelante, hicieron posible la Revolución Industrial.

Dentro de estas ciencias, Descartes posiciona el valor de las matemáticas como un conocimiento al que no se le había dado el lugar que merecía. Sus planteamientos empiezan, en la primera mitad del siglo XVII, a cuestionar a la teología como saber totalizador del que nacían

los demás, dirige su atención a una manera de sistematizar los fenómenos que aporta sobremanera a la ciencia de nuestro tiempo. Así es como en adelante, la ciencia, y sus aplicaciones, van labrando su camino hacia la explicación objetiva y no subjetiva de los fenómenos de la naturaleza y de la sociedad.

Su método, sobre el que estructura el racionalismo (y contribuye a delinear el a la ciencia), avanzando más allá de la simple lógica, tiene cuatro elementos que fueron expresamente explicados por Descartes:

«El primero era no aceptar nunca como verdadera ninguna cosa que no conociese con evidencia que lo era; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención (...)

El segundo, dividir cada una de las dificultades que examinase, en tantas partes como fuera posible y como requiriese su mejor solución.

El tercero, conducir por orden mis pensamientos, comenzando por los objetos más sencillos y más fáciles de conocer, para ascender poco a poco, como por grados, hasta el conocimiento de los más compuestos, e incluso suponiendo un orden entre los que no preceden naturalmente.

Y el último, hacer en todo enumeraciones tan completas y revisiones tan generales que adquiriese la seguridad de no omitir nada»³¹⁹.

Posteriormente, en 1641, en sus *Meditaciones metafísicas*³²⁰ Descartes hará una manifiesta defensa de la *razón*, sin llegar a caer en el problema que habría representado en su época el negar a Dios, al contrario, dedica la tercera de sus meditaciones a probar su existencia, no desde la experimentación física, cuanto del resultado de las conclusiones a las que arriba luego de comparar la naturaleza y alcances del ser humano. De hecho, no negar a Dios, pero advertir un mejor posicionamiento de la razón humana, simula haber sido un método,

³¹⁹ René Descartes, *El discurso del método* (Barcelona: Bruguera, 1974), 89-90.

³²⁰ Parecería que siguiendo lo tratado por Suárez en sus *Disputaciones metafísicas*.

desde Aquino hasta Kant, trayecto histórico-filosófico en el que, sin duda, Descartes contribuyó notablemente. Con todo, este potencial *metodológico* es posible procesar y entender la materia o naturaleza (en un sentido amplio) que rodea al hombre en una relación de causa-efecto, y no sólo, como había sido la constante aristotélica, a través de los fines.

Los objetos, por ejemplo, podían ser analizados libremente a través de sus formas y movimientos con lo que se da inicio a un tratamiento mecánico de los problemas del hombre que normalmente venían siendo abordados por la interpretación omnímoda del cristianismo. El concepto de materia empieza a tener la relevancia que luego se consolidaría con disciplinas como la física, química, biología y otras ciencias básicas. El *movimiento* de la materia, ahora cognoscible en la visión cartesiana, lleva consigo al nacimiento de una *filosofía mecanicista* que se aparta de Dios que pasa a ser sólo una especie de fuerza constituyente del universo, pero no la fuerza motora, ni absoluta, ni fin de las dinámicas de la naturaleza, ni del ser humano. Prescindir de Dios, sin llegar a negarlo, sólo relegarlo como fuerza que genera el movimiento de la naturaleza y del hombre, permite ahora entender y trasladar estas nociones al campo de un nuevo *nomos*, del derecho, que aun siendo un derecho natural, pasa a ser un iusnaturalismo racionalista, que se caracteriza por asumir como *naturales* algunos derechos que son propios, innatos o *constitucionales*³²¹ del hombre, sin la necesidad de

³²¹ Empleamos este término en sentido de configuración intrínseca del ser humano, aún no nos referimos en la dimensión del concepto de Constitución, o de derechos constitucionales como lo manifestamos en la actualidad, pero a tal acepción sí se arribará en la concepción, ahora sí, jurídico-constitucional de la Ilustración y de tiempos contemporáneos.

argumentar la presencia o voluntad de Dios en la existencia de esos derechos.

A la par, se puede, entonces, revisar la forma de gobierno. Se puede cuestionar los argumentos del poder monárquico absolutista,³²² que venía fundamentándose de antaño en la voluntad divina de quien nace destinado a ser rey por los vínculos de la sangre. Por lo tanto, la república se abre paso como la forma de gobierno ineludible ante el desplazamiento del desempeño teocrático del poder. Se puede reformular la titularidad del poder y abrir camino a la soberanía de la suma de todos los individuos: la soberanía popular. La ley se empieza a proyectar como la expresión o manifestación de una *voluntad general*³²³, pero como veremos más adelante, ello no equivale a *voluntad de todos*; el poder político y sus dinámicas son analizados desde la óptica de la *moral* que empieza un camino autónomo, sin religión, a nivel de Estado y con proximidad a la ética laica del proceder de los funcionarios públicos.

El iusnaturalismo racionalista del siglo XVII abrió el camino *ilustrado* de las revoluciones más importantes que replantearon a las sociedades occidentales del siglo XVIII y las independencias

³²² Si entendemos que la «génesis del constitucionalismo se encuentra, posibilita y prepara por lo que puede considerarse su antítesis: el Absolutismo». Carlos de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Trotta, 2010, 21.

³²³ Al respecto, Rousseau señala: «[c]uando digo que el objeto de las leyes siempre es general, quiero decir que la ley considera los súbditos como un cuerpo y las acciones en abstracto, nunca un hombre como individuo ni una acción particular. Así es que puede la ley determinar que haya privilegios, pero no concederlos señaladamente a nadie; puede dividir a los ciudadanos en muchas clases; incluso, señalar las calidades que para cada una se necesiten, pero no puede nombrar a los individuos que deban componerlas; puede establecer un gobierno real y una sucesión hereditaria, pero no elegir un rey ni nombrar a una familia real: en una palabra, cualquier acción que se dirija a un objeto individual no pertenece al poder legislativo». Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Ciudad de México: Lectorum, 2019, 38-39.

latinoamericanas del siglo XIX. Este período paradigmático del derecho diseña la forma en la que el ejercicio del poder y la producción de las normas jurídicas se convierten en racionales. El mecanismo que se plantea para tal propósito es la *representación política*. En la idea de la representación se logra que las élites emergentes, las burguesías, que estaban por acabar con el Antiguo Régimen no se unan con las mayorías al proyectar sus aspiraciones que más adelante conseguirían. Para ello, plantean unos mecanismos censitarios por medio de los cuales se aseguraban que una vez depuesta la monarquía, el poder no quedase en manos de la masa, sino en las nuevas élites, y lo trazaron alrededor de la institución de la propiedad³²⁴ y del *conocimiento*³²⁵.

Fernández Sarasola, al resumir la concepción racionalista de la representación política, describe de manera integral el enfoque

³²⁴ Como podemos apreciar en las siguientes Constituciones de países de América Latina: Constitución de Bolivia (19 de noviembre de 1826), artículo 14.3: «Para ser ciudadano es necesario: 3. Saber leer y escribir; bien que esta calidad sólo se exigirá desde el año de mil ochocientos treinta y seis». Constitución de Chile (25 de mayo de 1833), artículo 7: «Son ciudadanos activos con derecho de sufragio los chilenos que hubieren cumplido veintiún años de edad, que sepan leer y escribir y estén inscritos en los registros electorales del departamento (...)». Constitución de Perú (10 de noviembre de 1839) en su artículo 8.2: «Para ser ciudadano en ejercicio se requiere: 2.- Saber leer y escribir, excepto los indígenas, hasta el año de 1844, en las poblaciones donde no hubiere escuelas de instrucción primaria; (...)».

³²⁵ Como se puede notar en las siguientes constituciones latinoamericanas: Constitución de Ecuador (23 de septiembre de 1830) en su artículo 12.2: «Para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía, se requiere: 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero; (...)». Constitución de Venezuela (24 de septiembre de 1830) en su artículo 14.4: «Para gozar de los derechos de ciudadanía se necesita: 4. Ser dueño de una propiedad raíz cuya renta anual sea cincuenta pesos, o tener una profesión, oficio, o industria útil que produzca cien pesos anuales, sin dependencia de otro en clase de sirviente doméstico, o gozar de un sueldo anual de ciento cincuenta pesos». Constitución de Paraguay, Ley que establece la administración política de la República del Paraguay y demás que en ella se contiene (16 de marzo de 1844), Título II, artículo 1: «El congreso Nacional se compondrá por ahora de doscientos diputados elegidos en la forma hasta aquí acostumbrada, debiendo ser ciudadanos propietarios de las mejores capacidades y patriotismo».

constitucionalista de la voluntad general que había surgido con el iusracionalismo:

«El pensamiento iusracionalista concibió la representación política como el mecanismo para alcanzar la voluntad general, no entendida en un sentido numérico (como voluntad de la totalidad), sino en un sentido cualitativo (como la voluntad más racional). La voluntad general, nacida del pacto social, se descomponía en dos bloques: una voluntad social, oficiosa, que se materializaba en la opinión pública, y una voluntad estatal, oficial, juridificada en la ley. A través de las elecciones, se designaban a los sujetos que se encontraban en mejores condiciones para alcanzar la voluntad general, previa consulta con la opinión pública, y todos los mecanismos electorales (incompatibilidades, tipo de sufragio, caracteres del voto...) se orientaban a garantizar la selección de lo más capaces. Por su parte, la estructura interna del Parlamento y sus reglas de funcionamiento trataban de garantizar un debate racional que tradujese la opinión pública en una verdadera voluntad estatal»³²⁶.

Hemos de advertir que, aunque el racionalismo ya estaba posicionándose por toda Europa, se presentaría una importante oposición desde la escolástica que empezaba a ser desplazada y regazada, por lo menos en círculos intelectuales. Habiendo sido España el lugar donde la escolástica católica halló cabida y un importante crecimiento, sería el sitio donde se expondrían, desde la filosofía y el derecho la contraposición que hemos anotado. Naturaleza, Dios, derecho natural, derecho de gentes, etc., serían las categorías que tendrían una defensa de tinte conservador en autores como Joaquín Marín y Mendoza³²⁷ quien reposiciona el concepto de derecho natural que expone en el año 1776:

³²⁶ Ignacio Fernández Sarasola, «Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 36, nº 105 (2006): 255.

³²⁷ Una reseña biográfica de Joaquín Marín y Mendoza, en la que destaca como primer profesor de Derecho Natural y de Gentes en los Reales Estudios de San Isidro en Madrid, puede encontrarse en «Real Academia de la historia», biografía de Joaquín Marín y Mendoza, consultado el 15 de junio de 2022, <https://dbe.rah.es/biografias/31150/joaquin-marin-y-mendoza>.

«Por Derecho Natural se entiende un conjunto de leyes dimanadas de Dios y participadas a los hombres por medio de la razón natural, los cuales teniendo con esta luz bastante auxilio para alcanzar más principales preceptos, están obligados por lo mismo a regular según ellos sus acciones. Llámase Natural porque no le formaron los hombres, sino que lo dio y enseñó a todos el Autor de la naturaleza, ordenando por medio de sus principios y máximas la constitución admirable y prodigiosa de todo el género humano (...)»³²⁸.

Plantea una crítica a los abanderados del racionalismo (destacando algunos de sus méritos) como, por ejemplo, concluye de Hobbes: «Ha sido refutado por muchos, pero ninguno hizo ver más clara la falsedad de sus principios que Ricardo Cumberland, inglés también, en su ingeniosa y erudita obra *Tractatus Philosophicus de Legibus Naturalibus* (...)»³²⁹. Esta posición podría explicarse debido a que el filósofo inglés había banalizado la religión³³⁰ y desarrollado toda una nueva teoría acerca del Estado³³¹ que contribuiría a superar las tradicionales acepciones sobre el poder que ofrecía el derecho natural.

Al referirse a Samuel Pufendorf, Marín y Mendoza dice:

«Descúbrelo bastante su adhesión, aunque disimulada, a Thomas Hobbes. Su celosa emulación a Grocio y un empeño formado de impugnar y contradecir a todos, lo que debilita en gran parte su dictamen. Dejo por bien conocida, como despreciada de todos, la teoría o laberinto de sus entes morales, con que principia y que solo sirve de confusión, con otros defectos, que por comunes a muchos se apuntarán en general»³³².

³²⁸ Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid: Universidad Carlos III, 2015, 15.

³²⁹ Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, *op. cit.*, 27.

³³⁰ Véase Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid: Alianza Editorial, 2018, 159-164.

³³¹ En cierta manera, Hobbes consideraba a la ley natural como insuficiente para evitar males al ser humano, por lo que el Estado era necesario como «poder instituido» capaz de garantizar la seguridad de los hombres. *Ibid.*, 230.

³³² Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, *op. cit.*, 28.

Sobre Montesquieu, se pronuncia con mayor admiración, pero parece sospechar la enorme influencia que tendría de cara a lo que pasaría en Francia, en 1789, justo trece años después que escribiera del Barón Carlos de Secondat:

«Porque apartándose del camino que hasta su tiempo habían seguido todos los políticos, no los divide en monárquico, aristocrático y democrático, ni se ocupa de indicar los mixtos, o irregulares, sino que sólo conoce tres especies muy distintas entre sí, a saber, el republicano, el monárquico y despótico. En estos mismos a fuerza de combinaciones políticas ha logrado la singular diferencia que media entre la naturaleza, y organización de un estado, con su principio o causa que le da impulso para que obre»³³³.

Siendo el turno de Rousseau, dice: «Su extraordinario modo de pensar en estas materias, opuesto a todo el buen orden y la quietud pública, ha sido justamente despreciado y proscrito en todas partes, por cuya causa no es razón que me detenga más»³³⁴. Es de esperarse su rechazo hacia filósofo suizo debido a la transición que este abriría para superar la concepción de la ley desde «*ideas metafísicas*»³³⁵, por lo tanto, para superar al derecho natural.

De la enseñanza de Marín y Mendoza podemos extraer un texto símbolo de resistencia y hasta de antirracionalismo que él mismo deja sentado para la posterioridad, en una defensa a ultranza del derecho natural católico, que se encontraba ya en su ocaso que lleva al valenciano, a manifestar:

«Este es el juez y el arbitrio absoluto [la razón] que sólo reconocen, porque cada uno le tiene ganado dentro de su casa. De suerte que persuaden a los demás a

³³³ *Ibid.*, 32.

³³⁴ *Ibid.*, 33.

³³⁵ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, *op. cit.*, 38.

que no aprendan por el mismo camino que ellos aprendieron, que fue aprovechándose de los otros. Así fundado el tirano reino de la razón, ya no consultan para derivar el Derecho Natural de los libros sagrados, desprecian a los Santos Padres, los teólogos, los escolásticos y jurisconsultos, fiados en una serie de racionios, que cada cual se esmera en ordenar con más sacrificio.

El principio de la obligación y de todos los derechos, los colocan en los pactos y convenciones, desconociendo la moralidad, torpeza o rectitud intrínseca de las cosas, que las hace ser en sí buenas o malas, independientemente de los humanos institutos»³³⁶.

Para esta época se plantean nuevos enfoques sobre la comprensión de la historia del derecho natural, que luego permiten circunscribirla en el campo de lo positivo, que nos lleva, precisamente desde ese plano, el de lo histórico, a cuestionar los argumentos del derecho natural acerca de un *orden* natural eterno o una ley eterna, sea cual fuera su enfoque (teísta, racial, elitista, etc.). Es pertinente tener presente que cualquier estado de la sociedad es cambiante, dinámico, no es estático ni inmutable, no existen principios eternos ni irrefutables, cuanto principios que dependen de su *tiempo*, concepto del que se sirve la historia para demostrar que incluso la ética, la justicia, los valores y el Estado han ido adoptando cambios, evolutivos en unos casos y revolucionarios, en otros.

La rigurosidad metodológica de la historia a la que contribuye Giambattista Vico, al mismo tiempo en que el racionalismo va tomando fuerza, pese a que no coincide con el racionalismo iusnaturalista³³⁷, sirve

³³⁶ *Ibid.*, 34.

³³⁷ Véase Giambattista Vico, *El derecho universal*, trad. y notas de Francisco J. Navarro Gómez, Barcelona: Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, 25. Al resumir el capítulo XXXV, La Razón Humana, de su obra *Del único principio y el fin único del derecho universal*, dice: [e]sta fuerza de la verdad es en el hombre corrupto la razón, que fue la facilidad de la verdad en el incorrupto: pues gozaba el hombre incorrupto de una potencia enfocada a la verdad, que es ahora, para el corrupto,

como elemento para dar forma científica a la historia, que se aparta del simple relato para dar luces sobre lo objetivo, lo concreto, lo verificable en el tiempo. Vico quiso plantear un *derecho universal*, al definir la justicia, a partir de la idea de las *utilidades* que este otorga e intenta definirlo como: «Dicha fuerza de la verdad, o razón humana, es virtud en cuanto que pugna con el deseo; y esa misma fuerza es justicia en la medida en que ordena y nivela las utilidades. Tal es el único principio y único fin del derecho universal»³³⁸. Sobre las *utilidades* manifiesta que «no son de por sí deshonestas ni honestas; pero su desigualdad sí es deshonestidad, y honestidad su igualdad (...)»³³⁹. La utilidad como centro de una filosofía tendría en años siguientes más profundidad en Inglaterra.

Aún faltaba algo para dejar libre el camino de la voluntad individual a su conversión en voluntad general, debía solventar un problema para lograr edificar con firmeza la teoría de la representación³⁴⁰. Mostrar cómo habían sido o cómo podrían ser los resultados de una vida en la que cada individuo, movido por su voluntad individual actúe como le parezca, sin atender ni responder en lo mínimo las consecuencias de dichos actos, nos encontramos frente al argumento del *individuo* que se desenvuelve en el *estado de naturaleza*. Esta categoría, que sirve de mucho a la filosofía política del liberalismo, supone y asume cómo serían de nefastos los comportamientos del

debilidad; y poseía la recta naturaleza una incorrupta libertad tendente a la verdad, que es, para la naturaleza corrupta, libertad en ruinas.

³³⁸ Vico, *El derecho universal*, op. cit., 27.

³³⁹ *Ibid.*, 29.

³⁴⁰ Que como señala Riberi «reposa sobre las mismas intuiciones que defiende el constitucionalismo». Pablo Riberi, *Teoría de la representación política. Crisis y desafíos del Estado contemporáneo*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014, 411.

hombre sin que exista una fuerza que sea capaz de poner límites, para castigarlo ante la comisión de las más *irracionales* faltas. Esas fuerzas que hacen posible que el hombre no caiga en ese estado de naturaleza son especialmente el Estado y la ley.

Los exponentes más destacados acerca del estado de naturaleza son Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau y se encargarían, en casi el inicio de todas sus obras, de abordar cuál es ese estado de naturaleza del ser humano y las consecuencias negativas que traería para la vida en conjunto. Para Hobbes, la naturaleza humana «(...) consiste en las capacidades naturales del cuerpo y de la mente, pudiendo resumirse todas ellas en estas cuatro: fuerza corporal, experiencia, razón y pasión»³⁴¹. A partir de estas fuerzas Hobbes, de manera innovadora, arriba a la conclusión de la igualdad entre los hombres:

«(...) En primer lugar, si consideramos las distintas diferencias que existen en fuerza o conocimiento entre hombres de edad madura, y la facilidad con quien es más débil en fuerza o ingenio, o en ambos puede aniquilar el poder del más fuerte, dado que es necesaria poca fuerza para quitar la vida de un hombre, entonces llegaremos a la conclusión de que teniendo simplemente en cuenta la naturaleza, los hombres deben reconocer la igualdad existente entre ellos; el que no pretende más puede considerarse moderado»³⁴².

El racionalismo de Hobbes, por el que entiende la naturaleza humana muy apegada a la propia constitución física, biológica y hasta psicológica de las personas, permite entender cómo, para él, se vive el estado de naturaleza, lo lleva a proponer un concepto de derecho que

³⁴¹ Thomas Hobbes, *Elementos de Derecho Natural y Político*, Madrid: Alianza, 2005, 179.

³⁴² *Ibid.*, 170.

responde a tal visión y que, pese a ser llamado como derecho natural, es otro punto de inflexión racionalista con el derecho natural tradicional:

«(...) no resulta, pues, contrario a la razón que un hombre trate de preservar de la muerte y del dolor su cuerpo y extremidades. Lo que no es contrario a la razón es llamado DERECHO o *jus*; o sea, la libertad no culpable de usar nuestro poder y habilidad naturales. Constituye, por tanto, un *derecho natural* que cada hombre pueda conservar con todas sus fuerzas su propia vida y sus miembros»³⁴³.

A partir de este instante concibe la teoría contractualista que implica una conversión de unos derechos naturales a un derecho político. Parte de señalar que no existe un acuerdo generalizado acerca de la ley natural, pero expone que «es aquella que no va en contra del consenso de todas las naciones o de aquellas que son más cultas y civilizadas»³⁴⁴. Argumenta sobre los defectos, maldad y violencia del hombre que, en sí, van en contra de la ley natural, como ya lo vimos, porque no permiten consensos, y que aquello no constituye derecho natural y pasa a comparar el peso que tanto pasión y razón tienen en el hombre, por lo que se inclina por la razón como la esencia misma del derecho natural.

«La razón no es menos natural en el hombre que la pasión, y es la misma para todos los hombres, porque todos los hombres están de acuerdo en su voluntad de regirse y gobernarse de suerte que alcancen sus deseos, es decir, su propio bien, lo cual es obra de la razón. Por tanto, no puede haber más ley natural que la razón, ni otros preceptos de DERECHO NATURAL que los que nos conducen por el camino de la paz, cuando puede conseguirse, y de la defensa cuando no puede lograrse».³⁴⁵

³⁴³ *Ibid.*, 171-172.

³⁴⁴ *Ibid.*, 176.

³⁴⁵ *Ibid.*, 177.

Posteriormente, Hobbes estima que tanto para mantener la paz o ejercer la defensa el hombre puede renunciar a los derechos naturales. Puede, según él, abandonar tales derechos o *transferirlos* porque al hacerlo el hombre obtiene un beneficio sin perjudicar al otro que recibe la transferencia. Su contractualismo sigue formándose cuando estima que deben existir dos condiciones que son necesarias, una por parte del que la transfiere: que haya prueba suficiente de su voluntad de hacerlo; y otra por parte de quien la transmite: «que haya suficiente prueba de su aceptación (...)»³⁴⁶. Analiza, luego, el concepto de donación en que señala que opera cuando no se tienen en cuenta beneficios recíprocos, para finalmente, llegar al concepto de contrato del que señala que existe «[c]uando un hombre transmite su derecho en atención a beneficios recíprocos (...)»³⁴⁷. De este contractualismo hobbesiano continuarían otras doctrinas que elevan el contractualismo como un inmediato antecedente teórico del constitucionalismo.

Esto significó la visualización de la recta final de las monarquías absolutistas como garantes de esa protección que requerían los individuos, de sí mismos y de los demás. Locke contribuye considerablemente a la nueva forma de comprender el estado de naturaleza y manifiesta que «tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que esa ley enseña a toda la humanidad que quiera consultarla que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en que atañe a su vida, salud,

³⁴⁶ *Ibid.*, 178.

³⁴⁷ *Ibid.*, 179.

libertad o posesiones»³⁴⁸. Una apreciación integral acerca del estado de naturaleza es la que nos trae Castilla Urbano:

«El estado de naturaleza para estos autores es, en síntesis, la condición por la que hubieron de pasar los hombres antes de llegar a la formación de la sociedad civil o política. Esta última está adornada con los atributos por los que mayor aprecio ha sentido el pensamiento occidental desde el siglo XVII: ejercicio de la autoridad, imperio del orden, jerarquía social, leyes positivas, renuncia a la práctica de la violencia como fuente de resolución de los problemas internos y dominio de la razón como fundamento último de las conductas humanas».³⁴⁹

Son esos los elementos sobre los que las revoluciones del siglo XVIII se fundamentaron, especialmente si consideramos que la titularidad de la soberanía había pasado de uno a radicarse en la generalidad de todos los miembros de la sociedad. Castilla Urbano, prosigue su análisis en la observación de la consolidación del contractualismo:

«Por el contrario, el estado de naturaleza se consideraba una situación de la que era necesario escapar, bien por la lucha de todos contra todos que en el mismo tenía lugar (Hobbes), bien por la situación de amenaza e inseguridad colectiva que padecían sus integrantes (Locke). El paso de un estado a otro parece haberse concebido como un acto de voluntarismo racionalista que llevaría al contrato o pacto social y a la consiguiente instauración de una sociedad administrada por un gobierno civil (a veces, un monarca absoluto)».³⁵⁰

Una vez defenestrada la monarquía y ante el vacío que dejó como fuerza que imponía límites a ese supuesto estado de naturaleza, sentó las

³⁴⁸ John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad. De Carlos Mellizo, Madrid: Alianza Editorial, 2017, 44.

³⁴⁹ Francisco Castilla Urbano, «El concepto de "estado de naturaleza" en la escolástica española de los Siglos XVI y XVII», *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12 (1995): 426.

³⁵⁰ *Ibid.*, 426.

bases para reflexionar acerca del rol que debían tener las instituciones liberales y republicanas, la fuerza de la ley y del nuevo tipo de Estado.

Para no caer en esta situación, la del estado de naturaleza, es necesario llegar a un acuerdo común por el que la generalidad confluya en trasladar su voluntad para lograr un orden que lo representa y se declara en la ley. Cabe preguntarnos ¿si esa generalidad acaso es la nación? De ser así, las inquietud y respuesta siguientes pertinentes, son las de Sieyes: «¿Qué es la nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una *ley común* y representados por una misma *legislatura*»³⁵¹. Así es como se pasa de la voluntad privada de los individuos, a la voluntad general de la sociedad. Nos encontramos frente a la constitución de un contrato, que como todo contrato expresa la voluntad de las partes (la general) y que pretende abarcar a todo el cuerpo de la sociedad, es decir, frente a un contrato social, cúspide de las ideas políticas que de un largo trajinar del contractualismo, se convierte en la categoría capital de esta tesis, el constitucionalismo.

Este momento de confluencia de las ideas que consagran la modernidad, hace falta que puntualicemos que todas estas doctrinas nacían de un movimiento filosófico y cultural que avanzaba a paso firme en la Europa del siglo XVIII, como fue la Ilustración. Inmanuel Kant, sin duda, es el filósofo de obligada referencia para entender su concepto:

«Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad

³⁵¹ Emmanuel Sieyes, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, trad. Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez, Madrid: Alianza Editorial, 2012, 92.

para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es el culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía de algún otro. ¡*Sapere aude!* ¡Ten valor para servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración»³⁵².

La Ilustración y los aportes a la humanidad que ella supone en todos los ámbitos de la vida, admite un desempeño absoluto de la autonomía personal, sin requerir el tutelaje de otra fuerza que no sea la del propio entendimiento o razón³⁵³. Así es como se traza la línea que divide un antes y después del peso de la religión en las sociedades occidentales. La paternidad, siempre asumida de Dios respecto del hombre, se plantea como superada toda vez que el hijo ha logrado superar la minoría de edad.

Ahora podemos pensar en una soberanía no dependiente de la voluntad divina asentada en la persona del rey porque, siendo así, la figura del monarca ya no representa una autoridad que sea vinculante para los integrantes de una sociedad. En consecuencia, si pretende gobernar, bajo la clásica fórmula de en nombre de Dios, tal presunta fuente de legitimidad deja de ser vinculante para quien, desde el enfoque kantiano, ahora es mayor de edad.

En la Ilustración, destaca como condición necesaria, el máximo desempeño de la libertad, condición que venía siendo negada en épocas pasadas. Afirma que, en «esta ilustración tan sólo se requiere *libertad* y,

³⁵² Immanuel Kant, *Contestación a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?*, Barcelona, Taurus, 2019, 7.

³⁵³ Como se concibe el imperativo categórico de Kant por el cual «cada uno debe obrar de tal manera que su actuación pueda ser la ley de un obrar general». Walter Theimer, *Historia de las ideas políticas*, trad. José Luis Lacruz Berdejo, Caracas/Barcelona: Ariel, 1969, 177.

a decir verdad, la más inofensiva de cuantas pueden llamarse así: el hacer *uso público* de la propia razón en todos los terrenos»³⁵⁴. Y cuestiona, observando la realidad de su tiempo: «Impera por doquier una restricción de la libertad»³⁵⁵. La razón, que se reclama como acto humano necesario para superar un pasado de ignominia, ejercida en libertad, se presenta en dos posibles usos, en lo público y en lo privado, que el autor alemán describe: «Por uso público de la propia razón entiendo aquel que cualquier puede hacer, *como alguien docto*, ante todo ese público que configura *el universo de los lectores*. Denomino uso privado al que cabe hacer de la propia razón en una determinada función o *puesto civil* que se le haya confiado»³⁵⁶.

Como vemos, el Antiguo Régimen, que estaba por caer, es minado por lo pérdida del monopolio de la razón que Kant traslada a cualquier persona. Sin embargo, aquel régimen de antaño no existía solo en función del poder monocrático, lo hacía especialmente con la anuencia de un poder instituido en las creencias de una religión absolutista que, pese a haber sufrido escisiones (protestantes, calvinistas, etc.), seguía siendo el sustento del régimen que la ilustración estaba desplazando. De esta forma, la fórmula ya conocida aplica a este poder religioso, «(...) es absolutamente ilícito ponerse de acuerdo sobre la persistencia de una constitución religiosa que nadie pudiera poner en duda públicamente, ni tan siquiera para el lapso que dura la vida de un hombre, porque con ello se anula y esteriliza un período en el curso de la humanidad hacia su mejora, causándose así un grave perjuicio a la

³⁵⁴ Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, *op. cit.*, 9.

³⁵⁵ *Ibid.*, 10.

³⁵⁶ *Ibid.*, 10.

posteridad»³⁵⁷. Este argumento queda completo al vincular al desempeño de un buen gobernante con la libertad que ha de brindar a los hombres para que, en cuestiones de religión, no reciban imposiciones de ningún tipo. «Un príncipe que no considera indigno de sí reconocer como un *deber* suyo el no prescribir a los hombres nada en cuestiones de religión, sino que les deja plena libertad para ello e incluso rehúsa al altivo nombre de *tolerancia*, es un príncipe ilustrado y merece que el mundo y la posteridad se lo agradezcan, ensalzándolo por haber sido el primero en haber librado al género humano de la minoría de edad, cuando menos por parte del gobierno, dejando libre a cada cual para servirse de su propia razón en todo cuanto tiene que ver con la conciencia»³⁵⁸.

En su trabajo sobre la *paz perpetua*³⁵⁹, trata sobre dos conceptos de esta investigación: constitución y republicanismo. Lo interesante de sus reflexiones, que se dan cinco años antes de la Revolución Francesa, es que logra vincular constitucionalismo y republicanismo como punto de encuentro o confluencia entre libertad e igualdad, incluyendo en su objetivo de paz, elementos que estudiamos de la filosofía republicana de Cicerón: «La constitución instaurada según, primero, los principios de *libertad* de los miembros de una sociedad (como hombres); segundo, los principios de la *dependencia* de todos de una única legislación común (como súbditos), y tercero el derecho de *igualdad* de todos (como ciudadanos) -única constitución que se basa en la idea del contrato

³⁵⁷ *Ibid.*, 14.

³⁵⁸ *Ibid.*, 15.

³⁵⁹ Que se entiende «fundada en la universalidad de los derechos del hombre y en la utopía cosmopolita, sobre la base de un vínculo común entre todos los miembros de la especie humana». Alfonso de Julios Campuzano, «De la paz perpetua al constitucionalismo cosmopolita», *Teorema*, vol. 33/1-3 (2004): 71.

originario- es la constitución republicana»³⁶⁰. La libertad y la igualdad que destacan en su afirmación son de índole jurídicas, porque la ley es la medida en la que los integrantes de la sociedad constituyen la república, donde no han de existir privilegios que restrinjan ni distingan a los ciudadanos³⁶¹.

Sobre el «*republicanismo* es el principio político de la separación del poder ejecutivo (gobierno) del poder legislativo; el despotismo es el principio de la ejecución por el Estado de leyes que él mismo se ha dado, es decir, la voluntad pública manejada por el regente como voluntad privada»³⁶². Identifica esta idea como base del constitucionalismo en su forma política, antes que jurídica, como lo hará el constitucionalismo de los Estados Unidos. La constitución como contención del poder arbitrario, encuentra en la reflexión de Kant la posibilidad de que, gracias a la constitución republicana no resulte fácil o apetecible declarar la guerra. La razón radica en que un gobierno republicano el Estado es accesible para todos dada la igualdad³⁶³, lo cual no ocurriría en el caso de la propiedad privada del Estado en poder de una persona. Explica las diferencias entre las constituciones de una monarquía y de la república, a partir de cómo se enfoca la declaratoria de una guerra:

«La constitución republicana, aparte de la pureza de su origen de haber brotado de la misma fuente del concepto de derecho, tiene además la ventaja de que con

³⁶⁰ Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, *op. cit.*, 27.

³⁶¹ Véase el estudio introductorio de Joaquín Abellán en Immanuel Kant, *La paz perpetua*, Madrid: Alianza Editorial, 2016, 33-34.

³⁶² Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, *op. cit.*, 29.

³⁶³ Se entiende en la configuración republicana que «significa algo más que mera igualdad de voto e igualdad ante la ley. Significa que ningún ciudadano, sea cual sea su estatus social y económico, debería estar en disposición de dominar o de ser dominado por otro. Y aquí comienzan las diferencias sustanciales con el liberalismo». Ángel Puyol, *El discurso de la igualdad*, Barcelona: Crítica, 2001, 48

ella se llega al propuesto fin; la paz perpetua. En esta constitución es imprescindible el consentimiento de los ciudadanos para declarar la guerra. Nada más natural, por consiguiente, que, como ellos mismos sufrirán los males de la guerra (...) lo mediten mucho antes de iniciar ese mal juego. En otra constitución, sin embargo, en la que el súbdito no es al mismo tiempo ciudadano, es decir, en una constitución no republicana, la guerra es la cosa más fácil del mundo puesto que el jefe del Estado no es conciudadano, sino propietario del Estado, y la guerra no le quita nada de sus banquetes, cazas, castillos fastuosos, fiestas, etc.»³⁶⁴.

No escapará a su apreciación, como sí lo fue en Maquiavelo, el tratamiento de la relación entre república y Estado, una inquietud valedera puesto que ambos términos se venían empleando de manera indistinta, incluso con significación similar. La forma de gobierno determina un sentido de propiedad acerca del Estado. De esta afirmación podemos referirnos a una república como titularidad de todos por igual de un poder que tampoco se concentra en persona o familia alguna. Por su parte, el Estado, como la más importante de las organizaciones de la sociedad es el objeto de la Administración de una determinada forma de gobierno. Un Estado puede tener una monarquía o una república que implican unos rasgos que ya en el desempeño del poder se pueden o no legitimar, siendo precisamente los resultados de la forma de gobernar lo que marca la diferencia en su legitimidad.

«Puede decirse, por tanto, que cuanto más reducido es el personal del gobierno (número de los gobernantes) y cuanto más grande es la representación que ostentan, tanto mayor será la posibilidad del republicanismo en la constitución, y habrá esperanza de que, mediante reformas sucesivas, llegue a elevarse hasta él. Por eso resulta más difícil en la aristocracia que en la monarquía, siendo en la democracia completamente imposible llegar a esta única constitución jurídica perfecta, a no ser por medio de una revolución violenta. Lo que, sin embargo, importa más al pueblo es, sin punto de comparación, la forma de gobierno, mucho más que la forma de Estado (aunque ésta tenga gran importancia con respecto a su mayor o menor conformidad con aquel fin). Pero si la forma de

³⁶⁴ *Ibid.*, 28.

gobierno quiere ser adecuada al concepto de ley, deberá andar unida al sistema representativo, sin el cual (la constitución sea cual fuere) sería despótica y violenta (...)»³⁶⁵.

La última cuestión que nos interesa, en el contexto jurídico-filosófico de configuración del constitucionalismo europeo contemporáneo tiene que ver con su perspectiva *ilustrada* posiusnaturalista y prepositivista. Esta visión, con afinidad a la libertad que defendía, estimaba que: «Toda pretensión de derecho debe disponer de la facultad de publicidad»³⁶⁶. Su noción de derecho y justicia se resume, siguiendo el texto anterior, en la trascendencia de lo público:

«(...) Las acciones referidas al derecho de otros hombres cuyas máximas no admiten publicidad son injustas. (...) Según este principio, antes de concertar el contrato social, pregúntese el pueblo mismo si se atreve a proclamar públicamente la máxima por la cual ha intentado rebelarse. Queda bien claro que, si al fundarse una constitución política figurara la condición de que en determinados casos podrá hacerse uso de la fuerza contra el gobernante, ello equivaldría a dotar al pueblo de un poder perfectamente legal sobre el soberano. Entonces el soberano no sería tal; por otra parte, si se pusiera como condición la doble soberanía, resultaría entonces, de todo punto, imposible instaurar un Estado, lo cual sería contrario al propósito primero».³⁶⁷

Podemos entender que el sistema de pesos y contrapesos del republicanismo norteamericano³⁶⁸ y la división de poderes en la Europa continental, ya en tiempos de revolución ilustrada, llevan consigo la necesidad de diseñar una Función del poder (ya contrapuesto o dividido,

³⁶⁵ *Ibid.*, 30.

³⁶⁶ *Ibid.*, 67.

³⁶⁷ *Ibid.*, 68-69.

³⁶⁸ Que se origina y funciona en la idea de un constitucionalismo de dos aristas: «una Constitución dualista busca distinguir entre dos decisiones diferentes que pueden tomarse en una democracia. La primera es una decisión que toma el pueblo estadounidense; la segunda, la toma el gobierno». Bruce Ackerman, *Nosotros, el pueblo I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, trad. Josep Sarret Grau, Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2015, 24.

respectivamente) que asuma la tarea de legislar y controlar al poder ejecutivo, que es, en términos de sistema político, el clásico Ejecutivo, rama del poder público que es una especie de sucesor, en sus formas y atribuciones (elaboración y administración de los presupuestos, recaudación tributaria, milicia, relaciones internacionales, participación en el proceso de formación de la ley como un colegislador y promulgación de la misma para su vigencia, etc.) del antiguo rey. Entonces ¿bajo qué cimientos se va a levantar el parlamento de los ilustrados? Si la razón es un componente natural del individuo, ¿cómo podemos arribar a descifrar la magnitud de una *razón* en un momento histórico en el que se dio una abrupta transición cultural como ocurrió entre los siglos XVIII y XIX?

«Una de las características más notables del primer constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, residía en la tensión existente entre opuestos: individuo-Nación, Sociedad-Estado, poder-libertad, voluntad general-voluntades particulares, voluntad legislativa-acción ejecutor (...) Esta mentalidad, que operaba un código binario, no admitía, además, la resolución de las dicotomías mediante procesos de integración recíproca, es decir, a través de unidades intermedias que acercasen progresivamente los polos. De ahí que el más temprano liberalismo negase organismos mediadores tales como las corporaciones, asociaciones o incluso partidos políticos».³⁶⁹

Las aportaciones del estudio de los fenómenos de la naturaleza³⁷⁰, que venían cultivándose gracias al racionalismo, trajeron consigo que algunas ciencias como las matemáticas, física, química, biología, tuviesen un papel determinante en la transformación en el conocimiento. Estas ciencias se desarrollaron en brevísimo lapso de tiempo, logrando su autonomía respecto a la tradicional metodología escolástica al

³⁶⁹ Fernández Sarasola, «Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista», *op. cit.*, 259.

³⁷⁰ Empleamos el término naturaleza, ahora sí, bajo los enfoques contemporáneos que atañen a las ciencias naturales y ciencias exactas.

plantear la resolución de problemas a través de la experimentación. A partir de entonces se puede comprobar o descartar supuestos obteniendo *leyes* que, expuestas en teorías (verificadas), permitieron al ser humano acercarse, por primera vez, a solventar problemas prácticos de su entorno. Se pudieron despejar las dudas que los dogmas de la religión no habían permitido superar.

Los nuevos conocimientos sobre los fenómenos naturales no solo trajeron impactos en la economía, debido a las nuevas formas de producción de bienes y servicios implementadas, sino que conllevaron a que los tratamientos de las cuestiones relacionadas con el poder, la sociedad, el derecho, quedasen huérfanas de su madre, la escolástica, para procurar pasar a ser adoptadas por el positivismo.

El derecho, que en tiempos de auge iusnaturalista de inspiración tomista, conocía y aceptaba el derecho positivo de manera secundaria subordinado al derecho natural, afrontaría una transformación. Ahora trataba de ser receptor de las certezas que brinda el positivismo porque a la larga es el factor de seguridad que se ha de analizar para valorar si estamos frente a lo que merece ser llamado derecho, o si, por el contrario, se trata de un simple rezago de religión y escolástica. De Julios manifiesta que a partir de los conceptos de obligaciones y derechos se configura el Estado de Derecho liberal-burgués que «de la mano de la ciencia alemana del Derecho Público los viejos contenidos iusnaturalistas serían definitivamente vaciados y apartados del ámbito de lo jurídico (...)»³⁷¹

³⁷¹ Alfonso de Julios Campuzano, «Las Transformaciones del Derecho Moderno», *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR* 5, nº 2 (2002): 125.

La confrontación de dualidades nos acerca al reto sociopolítico y jurídico al que se debieron enfrentar las sociedades dieciochescas para diseñar la nueva fuerza organizadora del poder, el Estado, emergente de la consolidación republicana como la forma de gobierno que habría de asumirse (o al menos intentarse plantear), una vez acabada la monarquía absolutista. Llegaba un momento de especial importancia para la filosofía, el derecho y la política de confluir en la figura del *constitucionalismo*.

3.2.- Utilitarismo y constitucionalismo.

Parafraseando a Kant, diríamos que el siglo XVIII dejó a Europa su mayoría de edad. El sustento político y jurídico del contractualismo de Hobbes avanzaba a la par que la intelectualidad e ilustración francesa construía sus caminos hacia la revolución. El racionalismo y el iusracionalismo naturalistas analizados habían creado las condiciones suficientes para que la *ley humana o positiva* fuera capaz de progresar sin atadura o condicionamiento alguno en base a razones religiosas. Las *luces* de la Ilustración ahora se centrarían en la capacidad de diseñar, crear y ejecutar la legislación que el momento demandaba.

Había que crear leyes que ahora sí serían leyes humanas y no leyes naturales, y es a esa tarea a la que se dedicaron arduamente los intelectuales europeos. Fue tal el interés por la redacción de leyes que de tal inclinación se acuña el término nomofilia, que Zapatero describe como «[a]quella nomofilia ilustrada suponía tanto confianza en el legislador como recelo hacia los jueces, y lo que hoy llamaríamos Filosofía del Derecho terminó por expresar este clima intelectual

convirtiéndose, en buena parte, en filosofía de la legislación, en reflexión sobre el mejor método para hacer buenas leyes; en suma, en arte de legislar»³⁷². La ley empezaba a ser la conjunción de derecho y política, porque no sería un acto alejado ni ajeno a la razón, ya no sería una mera expresión jurisdiccional de un rey, ahora, siendo una declaración³⁷³ racional del soberano que, en aquel tiempo, precisamente, se venía gestando la idea de la nación como titular de la soberanía. Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, había centrado su labor en contemplar la composición de las leyes, notando, como expone Zapatero, que las leyes tienen un *orden interno*, lo cual las determina. Explica que con ello operó un cambio en la apreciación de una *ley mandato* hacia una *ley relación*. «Y es aquel orden interno o legalidad lo que MONTESQUIEU se propuso investigar y descubrir. Lo que le interesaba no eran tanto las leyes como los condicionantes de las mismas; esto es, su espíritu»³⁷⁴.

Comprender a la ley, bajo la apreciación o descripción de este orden interno significó comprender con mayor claridad aspectos más objetivos que influyen en la creación de la ley, por lo tanto, la facultad de visualizar los fines (humanos) que esta tiene. El propio Montesquieu, en el prefacio de *El Espíritu de las Leyes*, anticipa el valor de las observaciones que había realizado por más de veinte años: «He examinado en primer lugar a los hombres, y he pensado que, en esta infinita diversidad de leyes y costumbre, no se veían conducidos únicamente por sus caprichos. He sentado los principios y he visto que

³⁷² Virgilio Zapatero, «El Club de los Nomófilos», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 3 (1998): 61.

³⁷³ Como una manifestación de la voluntad, por lo tanto, como una actividad propia del conocimiento, un resultado de la racionalidad humana que no necesitaba de nada más que de sí misma para llegar a configurarse.

³⁷⁴ Zapatero, «El Club de los Nomófilos», *op. cit.*, 67.

los casos particulares se ajustaban por sí mismos a tales principios, que la historia de todas las naciones es consecuencia de ellos y que cada ley particular está ligada a otra o depende de alguna más general»³⁷⁵. Esta nueva visión acerca de la ley es un eslabón fundamental en la historia y filosofía del derecho. Su influencia fue capital para que se pensara en nuevos propósitos de la legislación que implicasen reinterpretar al sujeto productor de la ley. De tal modo, el fondo político, a través de la ley, estaba definido y sería, en adelante, irreversible para el fin de un régimen antiguo.

En el mismo prefacio de la obra mencionada, Montesquieu evidencia un razonamiento que, para él, lo llevaría a la felicidad. Es precisamente este concepto, el de la felicidad, vinculada como consecuencia de los actos humanos, entre ellos, el desempeño del poder, que tendrá una importante significación y se constituirá la esencia del utilitarismo.

«Si pudiese yo hacer que todo el mundo tuviera nuevas razones para amar sus deberes, a su príncipe, su patria, sus leyes, que todos se sintieran más contentos con el país, el gobierno o el puesto que a cada uno le ha tocado, me consideraría el más feliz de los mortales. (...)

Si me fuera posible conseguir que quienes mandan aumentasen sus conocimientos sobre aquello que deben prescribir, y que quienes obedecen encontrasen un nuevo placer en la obediencia, me creería así mismo el más feliz de los mortales»³⁷⁶.

Martínez López destaca que el elemento *felicidad* hace presencia en Montesquieu, a partir de la revisión textos clásicos en los que

³⁷⁵ Montesquieu, *La separación de poderes. Sobre las leyes que configuran la libertad política, entendida esta en su relación con la constitución*, Barcelona: Página indómita, 2021, 19-20.

³⁷⁶ Montesquieu, *La separación de poderes*, op. cit., 21-2.

comparte con cínicos, estoicos y epicúreos la orientación del pensamiento hacia vivir bien. Como anotamos al inicio del capítulo I, el vivir bien es una constante de diversas culturas, no sólo en el ámbito europeo, lo podemos encontrar también en el mundo indígena en América Latina.

Esto tiene asidero si entendemos que por aquel tiempo, el hombre se estaba autodescubriendo desde los más básicos procesos de su condición biológica y social. Si en términos filosóficos se había llegado a la mayoría de edad, la libertad que conllevaba tal condición, iba a repercutir en el campo de la auto referencia. Por lo tanto, esa clase de consideraciones tendrían eco en un estado civilizatorio que estaba siendo iluminado luego de mucho tiempo de no salir a las *luces* del pensamiento. En palabras de Martínez López: «La felicidad sería un logro derivado del equilibrio de los factores implicados en la construcción de los mundos sociales y personales»³⁷⁷.

Desde esta concepción, la felicidad era de índole moral con una dimensión práctica y científica, en tanto que Montesquieu había diseñado un método próximo a la sociología actual, podía procesar observaciones que había hecho para llegar al orden interno de las leyes. Una relación causa-efecto envuelta en los factores que generaban y que condicionaban a la ley. Hoy diríamos que, tras estas aportaciones, Montesquieu había conseguido un enfoque interdisciplinar e integral acerca de la ley.

³⁷⁷ Juan José Martínez López, *Montesquieu: la complejidad de lo político. Ciencia Política y Construcción Sociocultural*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Culturales, 2016, 111-112.

El *espíritu de las leyes* puede ser comprendido como una manifestación del *espíritu de los pueblos*. El análisis de las costumbres, que no es algo que en este momento fuera mayor objeto de estudio, está presente en la obra de Montesquieu como un componente ha tenerse en cuenta en el arte de legislar. En cuanto a la actitud y los factores concretos que deben tenerse en cuenta en la elaboración de las leyes, «(...) se ha hecho referencia a la importancia de considerar la relación entre costumbres, maneras y leyes en la conformación del espíritu general de los pueblos (...)»³⁷⁸. Con el tiempo, la ley, ya en la cúspide del sistema de fuentes del derecho desplazaría en importancia a la costumbre, pero la globalización actual y la necesidad de una interacción intercultural ha propiciado que se vuelva a discutir acerca de las dinámicas de la costumbre, especialmente si nos referimos a geografías muy diversas en sentido etnohistórico.

Continuando en la estela trazada por Montesquieu en Inglaterra empieza a surgir la figura, algo excéntrica por el fondo de su pensamiento y las formas de manifestarlo, de Jeremy Bentham³⁷⁹, conocido como el padre de la filosofía utilitarista. A nuestro entender, el

³⁷⁸ *Ibid.*, 412.

³⁷⁹ Donde se encuentra una reseña biográfica del filósofo británico. Bentham fue destacado por su genialidad, que lo llevó a ingresar a los doce años de edad al Queen's College de Oxford. Destaca, entre los hechos más relevantes de su vida, que el 26 de agosto de 1792 le fue otorgada la ciudadanía francesa por parte de la Asamblea Nacional de ese país, la cual no aceptó. Debido a su interés en poner en práctica proyectos de códigos, Bentham mantuvo comunicación por intercambio de correspondencia con importantes líderes mundiales de su época como James Madison, presidente de los Estados Unidos, Alejandro I de Rusia, Bernardino Rivadavia, gobernante de Argentina, Francisco de Paula Santander, vicepresidente de Colombia y Simón Bolívar, Libertador y presidente de Colombia, relación epistolar de la que nos interesaremos debido al contenido y alcance de esta investigación. Véase Luis M. Cruz, *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2000, 15-31.

utilitarismo es una filosofía moral que tiene su aplicación a diversos ámbitos, como en el derecho, la política, la economía, entre otros.

John Stuart Mill, quizá el discípulo más destacado de Bentham, definió al utilitarismo en los siguientes términos:

«El credo que acepta como fundamento de la moral la Utilidad, o el Principio de la mayor Felicidad, mantiene que las acciones son correctas (*right*) en la medida en que tienden a promover la felicidad, incorrectas (*wrong*) en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer»³⁸⁰.

Tratando de mantenerse afín a la eclosión de las ciencias que se vivía en Europa, pero a la vez, bien ubicado acerca de las características propias del quehacer de la legislación y el derecho, comienza su libro *El utilitarismo* realizando una necesaria precisión en sus observaciones generales, centrando la atención en los fines a las que según él toda manifestación moral y jurídica tienden. Bajo el estilo de su maestro, de engloba un todo en una unidad, una ley o principio fundamental que sea incluyente de todos por el cual se interroga acerca de su existencia:

«Pero aunque en la ciencia las verdades particulares preceden a la teoría general, ha de esperarse lo contrario en artes prácticas tales como la moral o la legislación. Todas las acciones tienen como motivo algún fin, por lo que parece natural suponer que las reglas de las acciones dependen, en lo que a su carácter y peculiaridades concierne, al fin al que están subordinadas».

«Con todo, a fin de apoyar sus pretensiones, debe existir algún principio o ley fundamentales único o, de no ser así y existir varios, debe darse un orden determinado de prioridad entre ellos; y el principio o regla únicos para decidir

³⁸⁰ John Stuart Mill, *El utilitarismo*, Madrid: Alianza, 2021, 60.

entre los diversos principios cuando entran en conflicto debe ser autoevidente».³⁸¹

El utilitarismo, en el texto de Mill, parte de los resultados que provocan los sentimientos de los hombres, es decir, por aquello que le resulte útil en sentido moral, práctico y real, de lo que se deriva es feliz o no lo es. En cuanto a filosofía moral, el alcance de la utilidad, de los beneficios, permite determinar, por el grado de felicidad, lo bueno o lo malo en función de los sentimientos que expresen las personas, según los resultados de sus acciones. Cada acción humana, que tiene un fin presenta un resultado, dicha consecuencia genera un sentimiento que, según sea, contribuye o no a la felicidad de la persona. De tal manera, que las acciones son *útiles* para ser feliz o no serlo. Y como ya dijimos anteriormente, esta reflexión puede ser llevada a cabo en diferentes ámbitos de la vida, individual o colectiva, del ser humano.

Es indudable el enfoque psicológico, a pesar de que este tipo de conocimiento no tenía un desarrollo importante en la época de Bentham. Sin ir más lejos, cuando se describen unos estados emocionales de la persona, tranquilidad y emoción, de las que, a su vez, se derivan posibles comportamientos asociados a la acción u omisión para alcanzar placer o resistir al dolor.

«Los principales factores de una vida satisfactoria resultan ser dos, cualquiera de los cuales puede por sí solo ser suficiente para tal fin: la tranquilidad y la emoción. Poseyendo mucha tranquilidad muchos encuentran que pueden conformarse con muy poco placer. Con mucha emoción, muchos pueden tolerar una considerable cantidad de dolor.

Sólo aquellos para quienes la indolencia se convierte en un vicio no desean emociones después de un intervalo de reposo. Sólo aquellos para quienes la

³⁸¹ *Ibid.*, 51 y 53, respectivamente.

necesidad de emociones es una enfermedad experimentan la tranquilidad que sigue a las emociones como aburrida y estúpida, en lugar de placentera en razón directa a la emoción que la precedió»³⁸².

Considerar las emociones de las personas en el sentido de *felicidad social*, por seguir el argumento utilitarista, tienen el potencial de ser o intentar ser una especie de barómetro en el que se puede medir el acierto o desacierto de la acción gubernamental. Esas emociones mantienen, en cierta manera, la teleología de la legitimidad que desde Aristóteles a Aquino se resumía en el bienestar o vivir bien que había de apreciarse en la comunidad. Vivir bien quizá no siempre permita alcanzar la felicidad porque éste, al ser un concepto con mayor alcance moral (y psicológico) confiere al ser humano mayores márgenes de beneficio o utilidad.

Placer y dolor son, por lo tanto, los pilares sobre los que se continuarán construyendo las distintas aplicaciones del utilitarismo, siendo los aspectos legislativos, trascendentales para alcanzar la mayor felicidad posible en la sociedad. El legislador tiene la oportunidad de otorgar mayor utilidad a los miembros en la sociedad, lo cual explica el interés de Bentham por la ley y, en general, por la actividad de producción de las leyes. En este sentido, «[t]eniendo en cuenta el modo de los actos humanos, el legislador será capaz de determinar los estímulos y castigos necesarios para que aquellas acciones estén en conformidad con los requerimientos del deber»³⁸³. La comprensión de estos dos conceptos, placer y dolor, sirven, según Bentham, como parámetros de orientación al legislador en su tarea de organizar a la

³⁸² *Ibid.*, 73.

³⁸³ Cruz, *Derecho y expectativa*, *op. cit.*, 61.

sociedad. Cruz resume el utilitarismo en base al del principal texto de Bentham *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*:

«La naturaleza ha situado a la humanidad bajo el gobierno de dos soberanos: el dolor y el placer. Sólo ellos nos indican lo que debemos hacer y determinan lo que haremos. Por un lado, la medida de lo correcto e incorrecto y, por otro lado, la cadena de causas y efectos están atadas a su trono. Nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos y en todo lo que pensamos: todos los esfuerzos que podamos hacer para librarnos de esta sujeción, sólo servirán para demostrarla y confirmarla»³⁸⁴.

Si nos orientamos a la mayor felicidad posible de la comunidad debemos revisar la ley como acción que puede cumplir el legislador. Para Bentham, según Cruz, la ley es:

«(...) un conjunto de signos declarativos de una volición concebida o adaptada por el *soberano* de un estado, en relación a la conducta que debe ser observada en un *caso* determinado por una persona o clase de personas que, en el caso en cuestión están sujetas a tal poder o se supone que lo están. Contando como garantía del cumplimiento de esa volición con la expectativa de ciertos eventos que son queridos, tal declaración servirá como medio para traer al punto tales eventos; y la posibilidad de lo que es querido actuará como un motivo sobre aquel cuya conducta está en cuestión»³⁸⁵.

Los elementos del concepto de ley de Bentham guardan estrecha relación con los contemporáneos elementos de la estructura de la norma jurídica. Los signos declarativos, se relacionan con el empleo de un lenguaje, que, a nuestro parecer, es una cuestión relevante para llegar al positivismo jurídico, puesto que una mayor y obligatoria producción de leyes escritas permitió concretar y mejorar la objetividad de la ley para superar ciertas insuficiencias de la ley natural de índole cristiana.

³⁸⁴ *Ibid.*, 62.

³⁸⁵ *Ibid.*, 217.

Los signos, con el tiempo, aportan a la fase de la promulgación que tiene la ley actual. Ser una declaración de voluntad expresa un tradicional nexo que vincula al sujeto que emite la ley con quienes son los receptores, lo que lleva inmediatamente a la reflexión, más de carácter político, sobre ¿quién es el soberano que expide la ley? La respuesta se encuentra en el propio tiempo de Bentham; puesto que, en su vida, aún sobrevivía el régimen monárquico que empezó a conocer su desenlace con la independencia de Estados Unidos y la Revolución francesa. Es indiscutible que, el entendimiento de Bentham sobre los alcances de los efectos de la ley, es más próximo a la noción actual de la ley como precepto abstracto, o sea, para la generalidad. Incluso, Bentham se aproxima al concepto de ordenamiento jurídico, que él lo llama *pannoniom*³⁸⁶.

Por último, el autor inglés señala la necesidad de unas condiciones de garantía del cumplimiento de la ley, con lo que la característica fundamental del derecho, su condición de ordenamiento efectivamente prescriptivo se encuentra presente en el concepto de ley del filósofo del derecho inglés.

Bentham dirige su atención a dos aspectos que son esenciales para el utilitarismo sea *útil* al derecho y la política. Legislar implicaba desarrollar un conocimiento acerca de la actividad misma de crear leyes. Es decir, sobre la forma que debía seguirse en el proceso de creación de

³⁸⁶ «Por Pannonion, entiéndase toda la materia jurídica que en un país, es decir en el Estado político en cuestión, tiene fuerza de ley. Una materia que, cuando se le da el alcance que puede y debe tener, comprende en sí todo el campo del Derecho y la legislación y cubre, por así decirlo, toda su superficie». Jeremy Bentham, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. Cristina Pabón, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, 2004, 8.

la legislación, tema tratado en su *Nomografía o el arte de redactar leyes* y, visualizando la importancia de los parlamentos, por su propia condición de ser británico. El término se empleará para distinguir aquella parte del arte de legislar que tiene relación con la *forma* que se ha dado (o que es adecuado que se dé) y con el contenido de que se componen el cuerpo de leyes y sus distintas partes; esto es «(...) a la *forma* en contraposición al *contenido*, en la medida en que sea factible la separación entre ambos»³⁸⁷. La minuciosidad formal de esta nomografía parece que hasta consigue llegar a topar cuestiones de fondo que trataría o bajo los que funcionaría un cuerpo legislativo de la actualidad.

Bentham tiene presente con total claridad de la ciencia política de este milenio a los grupos de interés que rodean al proceso de formación de la ley manifestando, en unos casos sobre el estilo de la redacción, que:

«Esta tipografía tendría diferentes utilidades para personas en situaciones diferentes: para los que son sujetos de la ley y para aquellos que tengan una participación en el proceso legislativo.

1. Para el ciudadano valdría como un anuncio informándole de la fijeza que la autoridad competente ha otorgado ya a la palabra o combinación de palabras en cuestión.
2. Para el legislador la misma información le serviría como memento y aviso para que no se descuide y no cambie, sin avisar previamente, el sentido de aquel término por otro significado nuevo y diferente al dado con anterioridad»³⁸⁸.

Plantea cuatro tipos de sanciones para lograr el cumplimiento efectivo de la ley: física, política, moral o popular y religiosa. Señala, según Cruz, como:

³⁸⁷ Bentham, *Nomografía, op. cit.*, 4.

³⁸⁸ *Ibid.*, 66.

«fuerza de eficacia normativa los aspectos creados por el propio legislador, denotando la consideración de la ley como un acto de voluntad política, quedando las otras revestidas de voluntad, la moral y la religiosa, destinadas a ser auxiliares. La sanción política, por lo tanto, producirá una expectativa sobre aquellas personas en cuya conducta se intenta influir»³⁸⁹.

En cuanto a la política, el utilitarismo puede ser visto como un fundamento que, Colomer estima que puede servir para una teoría de la democracia: «Frente al optimismo antropológico del contractualismo y su dimensión moralizante, el utilitarismo, como se verá, parte de un realismo escéptico acerca de la condición humana y del pluralismo moral de la sociedad, de lo que se deriva una concepción de la democracia que implica reducción de las desigualdades sociales y la necesidad de fuertes mecanismos institucionales de control de los gobernantes y participación popular»³⁹⁰. Dicho pluralismo tiene su plasmación en la representación que confluye en cuerpos legislativos, los cuales son otro objeto de análisis de la obra del filósofo inglés. Justifica que su texto *Tácticas parlamentarias* se denomine así conforme al significado de *táctica*, que es un término aplicado en el campo militar que es «*el arte de poner orden*»³⁹¹. Traslada esta idea al terreno de lo político. Se centra en las decisiones del parlamento, que ya era una tradición en Inglaterra, pero que en el resto de Europa continental aún no se consolidaban cuerpos asamblearios, por lo que, Bentham puede ser visto como pionero en el estudio de los legislativos, sobre los que argumenta: «*Orden supone fin*. La táctica, pues, de las asambleas políticas es la ciencia que enseña á

³⁸⁹ Cruz, *Derecho y expectativa*, op. cit., 224.

³⁹⁰ Josep M. Colomer, *El utilitarismo: una teoría de la acción racional*, Barcelona: Montesinos, 1987, 8.

³⁹¹ Jeremy Bentham, *Tácticas parlamentarias*, Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.

dirijirlas hacia el fin de su institución, por medio del orden que ha de observarse en sus pasos»³⁹² (*sic*).

Su premura por la conformación y funcionamiento de las asambleas legislativas, o cuerpos políticos como Bentham las denomina, le lleva a analizar, entre otras cosas, los fundamentos esgrimidos alrededor de la tradicional división entre dos cámaras: una de representación del pueblo y otra senatorial de representación de nobles. En el fondo, este asunto no es menos importante para los sistemas de control político que los realizados por los parlamentos de la actualidad como control del gobierno.

Sus *Tácticas parlamentarias*, por más que su nombre parezca un compendio para la sagacidad política, es en realidad un estudio de estructuración y desenvolvimiento de la institución parlamentaria. En el contexto de su época de configuración de la soberanía nacional o soberanía popular, esta obra resultaría estratégica para la definición de otra de las más relevantes contribuciones de su tiempo: el constitucionalismo. La relación entre utilitarismo y constitucionalismo se observa de la siguiente manera:

«Desde el punto de vista jurídico y político, se suele recordar el último tercio del siglo XVIII y el primero del XIX, como la era de las revoluciones, la de las declaraciones de derechos, la de la instauración de la democracia de los modernos (...) pero el mismo nivel de relevancia tiene otra reinención de esta época apasionada, la de las constituciones. El constitucionalismo liberal, el gran invento, junto con la democracia representativa, de las gentes que crearon

³⁹² Bentham, *Tácticas parlamentarias*, *op. cit.*, 61.

Estados Unidos, es una profundización de uno de los puntales de la sociedad libre, el imperio de la ley»³⁹³.

La máxima control y límites del poder sería de las más importantes del constitucionalismo, forjada en el utilitarismo jurídico y político de Bentham. La puesta en marcha del Estado implica que se lleve adelante mediante su propia administración pública, la que será cumplida por personas que pasan a desempeñar una función, lo que los convierte en servidores públicos. Es precisamente a ellos, regidos por la fuerza de ley del constitucionalismo, a quienes el utilitarismo pretende aplicar una serie de principios para que su labor sea realizada con un permanente autocontrol ético, algo que pretende realizar gracias a otra de sus creaciones: la visión panóptica.

Lo panóptico³⁹⁴ es una forma de control físico de los cuerpos a partir de generar, por medio de una edificación específica, bajo un diseño elaborado por el propio Bentham, la sensación de ser observado en cada momento, con el fin de optimizar los recursos. Esta invención se generó con el propósito de ser aplicada en el ámbito penitenciario y pese a que, en Inglaterra, en principio, no fue aceptada esta iniciativa, posteriormente, se convirtió en un modelo para la construcción de cárceles en algunos países de América Latina³⁹⁵.

Pese a ser británico, su apreciable liberalismo, se asemejaba más al francés, pero su nacionalidad le facilitaría la oportunidad de influir

³⁹³ Manuel Escamilla Castillo y Josefa Dolores Ruiz Resa, *Utilitarismo y constitucionalismo: la ocasión de 1812*, Madrid: Dykinson, 2012, 10.

³⁹⁴ Que lo podemos entender como el *ojo que lo ve todo*.

³⁹⁵ El conocido como Panóptico o Penal García Moreno en la ciudad de Quito, en Ecuador, que fue la principal cárcel de este país desde 1875 hasta el año 2014.

intelectualmente en el marco de la ocupación francesa en España y el momentáneo cautiverio de Fernando VII. Pretendería aprovechar su prestigio a propósito de las acciones constituyentes de Cádiz y de la emancipación de la América hispana. Además, coincidía con los planteamientos liberales en España y se oponía al colonialismo europeo, sea de Inglaterra con Estados Unidos, de Francia, o de la poderosa posición española y portuguesa en América.

Similar forma de control sobre los cuerpos, esta vez de los funcionarios públicos, sería pensada por Bentham para incidir en su conducta con el fin de evitar excesos y maximizar su labor. Para tal fin, apunta a una distribución física de los espacios de trabajo bajo la óptica del superior, a una organización de las actividades atendiendo a una cronología. Es decir, a una asignación y control del tiempo que emplean los servidores públicos, a una asimilación de las jerarquías con la posibilidad de aplicar la disciplina y la transparencia de sus actividades a través de mecanismos de publicidad. Esto se articula con los mecanismos de juzgamiento de la opinión pública sobre los funcionarios, fuerza externa que debe obligar a la autorregulación moral de quienes desempeñan cargos públicos.

Escamilla resume las dos consideraciones que Bentham tenía para oponerse al colonialismo:

«Una, de índole política, dada la imposibilidad que llegue a darse la aceptación por parte de las colonias de su condición de subordinación, sumado al sostenimiento de un poder colonial implicaba mantener un ejército que sea capaz de y la segunda, de tipo económica, por cuanto un régimen colonial afecta al libre comercio, que, como el pensamiento benthamiano persigue lo máximo de

beneficio, se ve afectado por las restricciones y exclusividad en el comercio que supone una colonia»³⁹⁶.

Esta visión acerca del destino de las geografías coloniales llevó a que Bentham intentase viajar a América y que intercambiase comunicaciones con Simón Bolívar, cartas estudiadas por Schwartz y Carlos Rodríguez Braun³⁹⁷ en las que se evidencia una cierta relación propia del genio intelectual de Bentham con la figura política internacional de Bolívar, que no llegaría a materializarse en una colaboración específica³⁹⁸ entre del inglés con el gobierno de Colombia.

3.3.- Entre Francia y Cádiz: tensiones por la igualdad.

El factor que profundizaría en el descontento de las colonias españolas en América, sería la implementación de las conocidas reformas borbónicas. Nos referimos a ese conjunto de medidas administrativas y fiscales que se adoptaron tanto en la península como en las colonias para lograr refinanciar a la Corona, debido a diferentes guerras que le tocó enfrentar a lo largo del siglo XVIII, dentro y fuera de las fronteras españolas. Ya fuera para alcanzar el reconocimiento de la Casa de los Borbones frente a la Casa de los Austrias o para afrontar la geopolítica de acontecimientos como la Guerra de los Siete Años, que de

³⁹⁶ Véase Escamilla Castillo y Ruiz Resa, *Utilitarismo y constitucionalismo*, op. cit., 122-123.

³⁹⁷ Véase Pedro Schwartz y Carlos Rodríguez Braun, «Las relaciones entre Jeremías Bentham y S. Bolívar», *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, nº 3 (1992): 45-68.

³⁹⁸ Al parecer, debido a un encuentro entre Bentham con Francisco de Paula Santander, cuando este ya era considerado como enemigo público del Libertador debido a que fue señalado de haber participado en el intento de magnicidio contra Bolívar en la noche del 25 de septiembre de 1828.

manera particular enfrentaría a la Corona hispana contra la Corona inglesa.

Los Borbones, serían los directamente afectados por la Revolución francesa de 1789 y sobre quienes la acción constituyente dirigiría los postulados de la teoría constitucional de la época para formular la limitación a los poderes monárquicos. La Constitución de la Asamblea Nacional Constituyente de 1791, aunque no eliminó expresamente a la monarquía como forma de gobierno, sí sentaría los fundamentos del constitucionalismo moderno, no solo en Europa sino también en América. También significaría un importante avance para la configuración del concepto de ciudadano³⁹⁹. En este continente tendría efectos directos por el flujo de las ideas y en cuanto a ser la primera norma que abordaría la cuestión colonial, veintiún años antes que lo haga la Constitución de Cádiz.

Como era de esperar, la Constitución francesa de 1791 dedicaría un especial tratamiento normativo a la parte orgánica para plasmar la soberanía popular y la división de poderes. El Título III se denominó *Los Poderes Públicos* junto con su artículo primero, determinaba:

«La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio. El Capítulo Primero de este Título abordó todo sobre la Asamblea Nacional Legislativa y su Sección Primera nos lleva a la novedad constitucional descrita en el párrafo anterior, así sea como una posibilidad política y jurídica, la representación de las colonias: Artículo Primero. El número de representantes

³⁹⁹ Que, como señala Troper, entiende el tránsito de unos derechos naturales a otros que deben ser ejercidos en sociedad, por lo que «el ciudadano es todo hombre que posee no derechos políticos, sino derechos naturales y civiles». Michel Troper, *Ensayos de Teoría Constitucional*, estudio introductorio y trad. Bernardo Bolaños, México: Fontamara, 2008, 174.

del Cuerpo legislativo es de setecientos cuarenta y cinco, a razón de los ochenta y tres departamentos que componen el Reino, e independientemente de los que se podrían conceder a las Colonias».

El tratamiento a las colonias francesas para la representación tendría un enfoque diferente cuando la Constitución se refiere a su poder de revisión. Sobre este asunto se deja claro que las colonias no están incluidas en esta temática. Esto tiene una explicación política: no es lo mismo la apertura para la representación en un órgano constituido que la posibilidad de ser parte de una Asamblea de Revisión de la Constitución, la cual representa el ejercicio de una forma de poder constituyente.

La redacción constituyente señalaba en el artículo 8 del Título VII: «Las colonias y posesiones francesas en Asia, África y América, aunque son parte del Imperio francés, no están comprendidas en la presente Constitución». Sin embargo, que la Constitución generase esta exclusión no sería del todo desaprovechado por los futuros movimientos autonomistas en las colonias francesas y posteriormente de las colonias españolas, porque fortalecería las ideas que promulgaban la separación de la periferia imperial respecto al centro monárquico.

Esta orientación de Francia sobre sus colonias constituyó el fundamento de la lucha por la autonomía y emancipación. Así es como la parte americana enfrentaría a la parte monárquica europea, al saberse las colonias que todavía eran una extensión de la propiedad particular de las monarquías. Previo al posicionamiento de una soberanía americana, el objetivo fue obtener el reconocimiento de una autonomía por la especial condición de los territorios. América, antes de la ruptura total con Europa, planteaba convertirse en una colonia que requería de una

legislación especial y de tal manera solicitaba un gobierno local para atender estas especificidades.

Haití, fue el primer país de la actual Latinoamérica en situar en la geopolítica la estrategia de no ruptura total con la metrópolis, en su Constitución del 3 de julio de 1801. Su artículo 1 decía: «Santo Domingo en toda su extensión, y Samana, Tortuga, Gonave, Cayemites, Ile-à-Vaches, Saone y otras islas adyacentes, forman el territorio de una sola colonia, que forma parte de la Imperio francés, pero que está sujeto a leyes particulares». Su artículo 2 acepta la colonialidad después de llevarse a cabo la regulación por leyes particulares, que debemos entenderlas como aquellas generadas en la propia Haití al señalar: «El territorio de esta colonia se divide en departamentos, distritos y parroquias». La asimilación a un cuerpo soberano, aunque reconociéndose parte del imperio francés, se refleja en las reglas acerca de la legislación y de la autoridad legislativa. El propósito constitucional haitiano se enfoca en atribuir al gobernador toda iniciativa legislativa, desligándose del vínculo con Francia. Así es como lo plasmó el artículo 19: «El régimen de la colonia está determinado por las leyes propuestas por el gobernador y dictadas por una asamblea de habitantes, que se reúnen a horas fijas en el centro de esta colonia, bajo el título de la Asamblea Central de Santo Domingo». La fórmula propuesta en el artículo 20 no solo es un aspecto formal sino una ratificación de la autonomía haitiana respecto de Francia: «Ninguna ley relacionada con la administración interna de la colonia puede ser promulgada si no incluye esta fórmula: La Asamblea Central de Santo Domingo, a propuesta del gobernador, hace la siguiente ley». Este artículo ratifica la exclusión de Francia en el proceso de formación de la ley para la fase de la

promulgación, lo que podemos notar en el artículo 21, que dice: «Ninguna ley será obligatoria para los ciudadanos desde el día de la promulgación hasta las principales ciudades de los departamentos. La promulgación de la ley se lleva a cabo de la siguiente manera: en nombre de la colonia francesa de Santo Domingo, el gobernador ordena que esta ley sea sellada, promulgada y ejecutada en toda la colonia». De esta manera, la autonomía política (expresada en la forma jurídica de la ley) se iba consolidando en América.

Finalmente, el aspecto legislativo más relevante es el referido a la composición de la Asamblea Central, para lo cual se emplea una fórmula bastante sencilla e igualitaria en cuanto a la representación de los territorios de la colonia, regulada en su artículo 22: «La Asamblea Central de Santo Domingo está compuesta por dos diputados por departamento, quienes, para ser elegibles, deben tener al menos 30 años y haber residido durante cinco años en la colonia».

Napoleón acentuaría las contradicciones al intentar una empresa militar contra la isla de Santo Domingo con el fin de reimplantar la esclavitud que había sido abolida en el naciente Estado, donde mayoritariamente había descendientes de antiguos africanos esclavizados. Finalmente, se produciría el triunfo haitiano y su declaración de independencia el 1 de enero de 1804⁴⁰⁰ después de una década de intensos enfrentamientos armados.

⁴⁰⁰ Un extracto de la primera parte de la Declaración de Independencia de Haití, menciona: «El general jefe, al pueblo de Haití. Ciudadanos: No es suficiente con haber expulsado de vuestro país a los bárbaros que lo han ensangrentado desde hace dos siglos; no es suficiente con haber frenado a las facciones siempre renacientes que os presentaban sucesivamente el fantasma de libertad que Francia exponía ante vuestros ojos. Se necesita un último acto de autoridad nacional: asegurar para siempre el imperio

Mientras tanto, en Europa estaba en marcha la disputa entre Gran Bretaña y Francia que había empezado desde el ascenso de Napoleón al Primer Consulado, al Consulado Vitalicio y su proclamación como Emperador, acontecimientos ocurridos entre 1799 y 1804. Las alianzas napoleónicas y las anti napoleónicas empezarían a germinar el futuro político de Europa y de América. Portugal se inclinaría al bando liderado por Gran Bretaña, mientras que España se acercaría a Francia⁴⁰¹. En este segundo eje, el 27 de octubre de 1807 se concretó en secreto el Tratado de Fontainebleau, suscrito por los representantes plenipotenciarios de Napoleón y del Rey Carlos IV, acuerdo que tenía como propósito la repartición de Portugal.

Al Tratado de Fontainebleau se le anexó una convención de índole militar que sería fatal para España y la soberanía de su Corona. España permitiría el tránsito de las tropas francesas que irían a enfrentar a Portugal⁴⁰² por su alianza con los británicos, abriendo la posibilidad de una ocupación militar en su territorio, como en efecto sucedería.

de la libertad en el país que nos vio nacer; arrebatarnos el gobierno inhumano, que mantiene desde hace tanto tiempo nuestros espíritus en la torpeza más humillante, toda esperanza de someternos. En fin, se debe vivir independiente o morir. Independencia o la muerte... que estas palabras sagradas nos unan, y que ellas sean el signo de los combates y de nuestra reunión». Armando Martínez Garnica, trad. Ana Cecilia Ojeda Avellaneda y Lorena María Flórez González, «Documento. La Declaración de Independencia de Haití (1804)», *Revista Historia Caribe* 6, n° 8 (2011): 191.

⁴⁰¹ Aunque no parecía lógico debido a la enemistad borbónica con lo que representaba Napoleón antes y después de la Revolución.

⁴⁰² Que asumió no poder enfrentar en solitario una alianza militar franco-española y una vez iniciada la ocupación del país, se empezó a ejecutar el traslado de la sede de la monarquía a la parte imperial, Brasil, el 29 de noviembre de 1807. Esto fue posible gracias a la intervención y protección naval británica que facilitó la huida de los miembros de la Casa de Braganza. La regencia portuguesa, ejercida por el entonces Príncipe y luego Rey Juan VI, al abandonar Portugal, dejó el camino libre para que Napoleón impusiera a su hermano José como nuevo monarca luso, como José I.

La ocupación francesa de España, dejaría otro hito de la historia constitucional: La Constitución o Estatuto de Bayona, de 6 de julio de 1808. Napoleón quería asegurar un margen de legitimidad a sus acciones y para ello decidió imponer una constitución a los españoles que asegure cierta reproducción de Cortes y estableciera a su hermano José como nuevo Rey de España. La constitución procuraba introducir las instituciones del constitucionalismo revolucionario francés y contó representación americana⁴⁰³, siendo pionera en esta pretensión de las colonias.

Martiré señala que sin perjuicio «que la representación americana fuese pobre en su número y que la designación resultara arbitraria, lo cierto es que la medida era enteramente novedosa, e iba dirigida a satisfacer viejos anhelos de esa parte del mundo»⁴⁰⁴. El Título X del Estatuto de Bayona trataba acerca de la regulación de los *Reinos y Provincias españolas de América y Asia*, y destaca de manera especial su artículo 87, que prescribe: «Los reinos y provincias españolas de América y Asia gozarán de los mismos derechos que la Metrópoli». La igualdad tiene presencia para españoles y americanos por primera vez en un documento que pretendía tener una función constitucional. Si bien la Junta de Notables (Junta Nacional⁴⁰⁵) como señala Núñez Martínez, no tenía «*funciones constituyentes*»⁴⁰⁶ no deja de importar que en ella hayan tenido presencia representantes americanos.

⁴⁰³ Con personas de origen americano que residían en España.

⁴⁰⁴ Eduardo Martiré, *La Constitución de Bayona entre España y América*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, 2000, 37.

⁴⁰⁵ Pese a la ocupación francesa y la imposición del Estatuto de Bayona, el concepto de *nación* también surge de manera inédita en la historia constitucional española.

⁴⁰⁶ María Núñez Martínez, *Cuba y Puerto Rico en el constitucionalismo español. Las Cartas Autonómicas primer antecedente del Estado Autonómico español*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, 2008, 16.

En Madrid, desde los hechos del 2 de mayo de 1808 sucedieron los enfrentamientos entre españoles y las fuerzas francesas de la ocupación, periodo que se conoce como Guerra de la Independencia española. Así llegamos a la instauración y desarrollo de las Cortes Cádiz, en medio de conflictos en dos frentes bélicos, el europeo y el americano; y podríamos agregar un tercero, el ideológico. Este último por la transición por medio de la cual el Antiguo Régimen era defenestrado en España para dar lugar a la soberanía nacional, que como señala de Julios, «se erigía así en principio constitutivo del nuevo orden político»⁴⁰⁷.

El contexto de las deliberaciones gaditanas estaba marcado por la transición y mixtura de Ilustración y liberalismo, Europa entera transcurría en esas tesituras que, en el caso español, se apreciaría en los debates entre realistas y liberales. Varela sostiene que el fondo de la contradicción de los dos sectores pasaba por la cuestión de la soberanía y menciona que «[e]n el caso de los ilustrados, al monarca; en el caso de los liberales, a la nación»⁴⁰⁸. Villaroya expresa que la naturaleza de la Constitución de Cádiz presenta tres rasgos: «popular», «extensa» y «rígida»⁴⁰⁹. Mientras que se erige sobre tres principios: *el de la soberanía nacional*, *la división de poderes* y *la nueva representación*⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Alfonso de Julios Campuzano, *La Constitución de Cádiz. Epopeya revolucionaria y mito constitucional. Discurso de Ingreso en la Academia Andaluza de Ciencia Regional*, Sevilla: Academia Andaluza de Ciencia Regional, 2021, 58.

⁴⁰⁸ Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, «Reflexiones sobre un bicentenario (1812-2012)», en *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, ed. de José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 77.

⁴⁰⁹ Véase Joaquín Tomás Villaroya, *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 12-13.

⁴¹⁰ *Ibid.*, 14-15.

Al final, la cuestión de una soberanía nacional, donde la nación estuviese constituida por españoles peninsulares y de ultramar, no solo era una necesidad ante la situación que atravesaba la península, sino un ejercicio coherente con los postulados de la época que la Constitución de Cádiz debía plasmar. Así decía: «La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios»⁴¹¹. El anhelado contenido del artículo 1 de la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, llegó tarde en la historia como único y último lazo que pudo haber hecho posible evitar la independencia de Hispanoamérica.

Tanto costó proyectar la igualdad para el lado americano del Atlántico que, tan sólo doce años después de la culminación de *La Pepa*, España perdió en la Batalla de Ayacucho, lo que había tenido por trescientos treinta años. La iniciativa constituyente de Cádiz debemos contrastarla con el estado en el que se encontraban los territorios de ambos hemisferios. Mientras la península se encontraba en crisis por la ocupación francesa de Bonaparte, el descontento e indignación era la constante en la España americana, no solo por los pueblos originarios y mestizos, sino porque había alcanzado a los españoles nacidos en América denominados criollos, muchos de ellos futuros dirigentes de la independencia.

3.4. - Ideario de la independencia en las acciones de Simón Bolívar.

Abya Yala, el Nuevo Mundo o América, es la geografía del planeta donde el colonialismo europeo conoció su fin; el lugar en el que hubo de nacer la Constitución en su forma contemporánea; y, el espacio

⁴¹¹ Texto del artículo 1 de la Constitución de Cádiz.

donde la república, como hoy la conocemos, una vez conseguida, jamás volvería a ser reino, con la excepción de los períodos de gobierno en México como Primer (1821-1823) y Segundo (1863-1867) Imperio.

Todo este esplendor de la humanidad sería conseguido por la inteligencia, sacrificio y sangre de los pueblos americanos que se hartaron de no ser libres, ni iguales, más la acción dirigencial de hombres y mujeres sin cuya participación no habría sido posible hazaña alguna. Con la certeza de dejar de mencionar otros nombres, podemos anotar los siguientes: George Washington, Deborah Sampson, Molley Pitcher, Sybil Ludington, Miguel Hidalgo, José María Morelos, Micaela Bastidas, Túpac Amaru II, Bartolina Sisa, Túpac Katari, José María Córdova, Francisco de Miranda, Policarpa Salavarrieta, Manuela Sáenz, Javiera Carrera, Juana Azurduy, José de San Martín, Antonio José de Sucre y Simón Bolívar.

Este último merece especial atención al ser la máxima figura de la independencia americana, o delimitando la cuestión, de la independencia latinoamericana, por lo que, en adelante, nos centraremos en él. Para ello, analizaremos a continuación las cuestiones más relevantes acerca de su vida⁴¹².

⁴¹² Simón José Antonio de la Santísima Trinidad Bolívar Ponte y Palacios Blanco, Libertador de las naciones de seis actuales Estados⁴¹² de América del Sur, cuyos territorios, en conjunto (dado su pensamiento y objetivo unionista) abarcan más de nueve veces el territorio de la España contemporánea. En cuanto al calificativo de Libertador debemos señalar que no es una lírica antojadiza. Al entrar triunfante en la ciudad de Mérida, el 23 de mayo de 1813, campesinos de la ciudad habrían denominado así a Bolívar, expresión que sería empleada por primera vez, por las autoridades del Cabildo para referirse a él y a su ejército. Nótese más adelante, en el enunciado del Decreto de Guerra a Muerte, que Bolívar ya comparece como *Libertador de Venezuela*. Sin embargo, tal título republicano le fue expresamente concedido en Caracas, el 14 de octubre de 1813 (a los treinta años de edad), por los representantes del Cabildo de esa ciudad.

Simón Bolívar, personaje de la historia universal que nació en Caracas, Venezuela, el 24 de julio de 1783, y murió en Santa Marta, Colombia, el 17 de diciembre de 1830, a la edad de cuarenta y siete años. Quedó huérfano de su padre a los tres años y perdió a su madre a los nueve años, quedando al cuidado de su abuelo materno y a la muerte de este bajo la tutela de su tío Carlos Palacios.

Heredó una de las mayores fortunas de su tiempo, siendo uno de los hombres más acaudalados de Venezuela. En esas circunstancias de infortunio personal conoció, aproximadamente a los doce años, a quien sería su maestro y persona más influyente en su formación y quien lo encauzó a ser la figura que Bolívar llegaría a alcanzar: Simón Rodríguez⁴¹³. Dada su acomodada posición económica pudo ser educado en Europa, en especial y por paradójico que parezca, en Madrid⁴¹⁴. A los dieciocho años contrajo matrimonio en Madrid, el 26 de mayo de 1802 con la española María Teresa del Toro Alayza, la cual fallecería de fiebres el 22 de enero de 1803, cuando la pareja había viajado a Venezuela. Una vez más, la figura de su maestro incidiría en Bolívar, cuando se encontraron en París en 1804 y emprendieron un viaje por Europa donde Simón Rodríguez logró orientar a su alumno hacia los asuntos políticos de la independencia americana. En este viaje, Bolívar

⁴¹³ Maestro personal del Libertador, conocido por innovaciones pedagógicas y por planteamientos que resaltaban la importancia de la educación pública como factor esencial de sostén de las nuevas repúblicas.

⁴¹⁴ Instrucción impartida por el II Marqués de Uztáriz, Gerónimo de Uztáriz y Tovar, quien, a decir del propio Bolívar, lo encaminó por el estudio de los filósofos más importantes de la Modernidad. Para profundizar acerca de la formación que Bolívar recibió en Madrid, véase Alejandro Cardozo Uzcátegui, «Simón Bolívar y el II Marqués de Uztáriz. Una vivencia cortesana e ilustrada del futuro Libertador americano» *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País* 57, 1-2 (2011):141-164.

realizaría su conocido juramento en el Monte Aventino, el 15 de agosto de 1805.

No podríamos entender la obra militar y política de Bolívar sin repasar, por lo menos, el capítulo de su vida relacionada con otro precursor de la independencia americana como fue Francisco de Miranda, cuyos antecedentes, contexto y repercusión veremos a continuación.

Dado el cautiverio de Fernando VII, los territorios coloniales de España se plantearon la interrogante acerca de la titularidad del poder. Ante la ausencia del Rey, en España se instalaron diversas juntas *conservadoras* de la monarquía con el propósito de mantener una regencia⁴¹⁵, aunque dicha tarea resultaba próxima a lo imposible desde el centro al norte peninsular debido a la presencia y superioridad militar de los franceses. Solo quedaba el sur como geografía aún no ocupada por las fuerzas napoleónicas. Sevilla, después de la masacre en Madrid, del 2 de mayo de 1808, sería la ciudad en la que se instalaría el 27 de mayo la Junta Suprema de España e Indias después llamada Junta Suprema Central y Gubernativa del Reino y, finalmente, a Consejo de Regencia de España e Indias cuando la milicia francesa ocupó, definitivamente, todo el territorio español, con excepción de Cádiz, el 21 de enero de 1810.

⁴¹⁵ Por su parte, en América, «los concejos municipales de las ciudades importantes fueron a menudo el vehículo y la base de dichas juntas». James Lockhart y Stuart B. Schwartz, *América Latina en la edad Moderna. Una historia de la América española y el Brasil coloniales*, trad. J. G Pérez Martín, Madrid: Akal, 1992, 383.

Emulando esta forma política de mantener el gobierno, en Caracas se formó el 19 de abril de 1810 la Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII⁴¹⁶, después de conocer los acontecimientos sucedidos en la península por la prensa británica que había llegado a Caracas y gracias a la traducción de la misma que efectuó Andrés Bello, novedades que provocaron la dimisión del Capitán General Vicente de Emparán y Orbe. Hay que entender este momento de la historia americana como inédito y crucial para el proceso de independencia. Por primera vez, los territorios americanos se encuentran libres de la presencia efectiva de la monarquía hispana, desde 1493 (segundo viaje de Cristóbal Colón) lo que hoy es América Latina no tenía la presión ibérica puesto que ella misma se encontraba bajo otra potencia europea. Ello, luego de tantos años realmente resultaba difícil de creer, por eso es que no en todas partes se procedió inmediatamente a aprovechar la oportunidad política y militar que representaba el cautiverio del Rey.

Esta Junta Central llevaría a cabo una serie de acciones diplomáticas importantes para entablar nexos con otros países a fin de

⁴¹⁶ Similar acción se implementó en otros territorios americanos y se conformaron sus juntas bajo la misma orientación que la de Caracas, Así, Buenos Aires establecería un proceso de conversión del Cabildo de Buenos Aires a la Junta de Buenos Aires, entre el 18 y 25 de mayo de 1810, que culminaría defenestrando al Virrey Baltasar Hidalgo de Cisneros. Después, el 20 de julio de 1810, Santa Fe de Bogotá daría paso a la formación de su Junta Suprema de Gobierno, la expulsión del Virrey Antonio José Amar y Borbón con la firma de un acta de independencia. El 16 de septiembre de 1810 se produjo en el municipio de Dolores, en el actual México, el levantamiento convocado por Miguel Hidalgo y Costilla, sacerdote católico considerado como uno de los precursores de la independencia de ese país. Y tan solo dos días después, el 18 de septiembre de 1810, sería el turno de Santiago, día en que se formó la Junta Provisional Gubernativa del Reino. Véase Miryam Báez Osorio, «Reflexiones: el juntismo hispanoamericano y el ideal republicano de los criollos», *Historia y Memoria* 2 (2011): 177-210.

explicar las razones de su funcionamiento y sus argumentos que, en sí, expresaban fidelidad a la persona del Rey cautivo, pero no reconocimiento de la autoridad española en Venezuela. Se formó una comisión encargada de visitar Inglaterra, la misma que estuvo conformada por Andrés Bello, Luis López Méndez y por Simón Bolívar, en aquel entonces, un joven de veintiséis años a la fecha de su arribo a Londres en 1810⁴¹⁷. La ciudad se convirtió en un punto estratégico para la empresa libertaria americana, no sólo por los intereses geopolíticos de Inglaterra en su disputa con España, sino por prestar una serie de condiciones propicias para el flujo de las ideas de la época.

Los dos caraqueños de la independencia americana, Francisco de Miranda y Simón Bolívar, se conocieron en Londres, el 21 de julio de 1810. Miranda⁴¹⁸, que bordeaba los sesenta años a la fecha, prestó inmediata atención a las motivaciones de los comisionados y ofreció su red de contactos al servicio de la misión diplomática, que incluso llegarían a mantener reuniones con Richard Wellesley, Secretario de Estado de Asuntos Exteriores de Gran Bretaña, quien había sido Embajador británico en España.

⁴¹⁷ Véase Francisco Martínez Hoyos, «Londres, capital de América: Francisco de Miranda y sus proyectos emancipatorios», *Diálogos* 14, n° 2 (2013): 140. Es importante señalar que la noción de una Colombia, como el continente de Colón, y la condición de colombiano, surgiría en Londres, pensadas por Francisco de Miranda que con la colaboración del guayaquileño José de Antepara las plasmaría en el periódico *El Colombiano*.

⁴¹⁸ Destacado por su participación en la Batalla de Pensacola, que culminó en mayo de 1781 favoreciendo a debilitar la presencia británica en favor de la Independencia de los Estados Unidos, lo cual le haría acreedor de un ascenso el rango de teniente coronel. De igual manera, participaría en el contexto de la Revolución Francesa, en combates posteriores a 1789, específicamente en el año 1792, que le hizo merecedor al rango de general y que su nombre conste inscrito en Arco del Triunfo, en París.

Bolívar, Bello y López Méndez confluyeron con la visión de Miranda acerca de la necesidad de la independencia, y pese a cierta resistencia que había advertido la Junta de Caracas hacia Miranda, los comisionados habrían formulado la invitación para que regrese a Venezuela, con las precauciones de no recaer en mayor actividad política, lo cual podemos entender en el sentido de que la junta se había constituido en 1810 como conservadora de los derechos de Fernando VII oponiéndose a la autoridad española local y no a la autoridad real.

Por aquella época es todavía temprano para hablar de independencia en Venezuela y esa idea aún no se había insertado en la sociedad de aquel tiempo, a más de la corriente de emancipación como expresión de un grado de autonomía con relación a un gobierno real en Madrid. López y Bello, permanecieron en Londres. En el caso de Bolívar, arribó a Caracas el 5 de diciembre de 1810, mientras que Miranda tocó tierra venezolana seis días después, no habiendo podido salir juntos de Londres debido a las precauciones tomadas por el gobierno británico, puesto que Miranda ya era un enemigo público de España.

Las acciones de la junta se encaminaron a realizar ciertas reformas en los territorios donde tenían incidencia; pero no sería hasta el 5 de julio de 1811 en que se firma, por parte de Francisco de Miranda, la declaración de independencia. Bolívar tuvo que ver en esta acción debido a la presión que, desde su privilegiada posición económica y social, ejercía desde la Sociedad Patriótica⁴¹⁹. Había dado inicio en Venezuela

⁴¹⁹ Una especie de organización o, en términos de Leal Curiel, un *club político* en los que se generaban debates acerca de las más importantes innovaciones políticas de la época, especialmente los referentes a cuestiones de republicanism. Carol Leal Curiel,

el período de tiempo que conocemos como Primera República, que culminaría el 25 de julio de 1812, con la Capitulación de San Mateo⁴²⁰.

Después de la existencia de una república independiente, el siguiente paso era tener una Constitución. El 21 de diciembre de 1811 se promulga la Constitución de los Estados Federados de Venezuela, que contó con representantes de Margarita, Mérida, Cumaná, Barinas, Barcelona, Trujillo y Caracas. Para ser la primera Constitución continental en la región (la de Haití fue la primera, en general) era muy amplia, con 228 artículos, tuvo una fuerte influencia de la Constitución de Estados Unidos; daría muestras de un largo camino que habría de recorrer el constitucionalismo latinoamericano para acercar la democracia a sus países.

Por primera vez, la tristeza de lo barroco fue desplazada por una finalidad tendiente a la felicidad como objetivo social, así lo señala el artículo 155 de esta Constitución: «El objeto de la sociedad, es la felicidad común y los Gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces y procurándoles el más justo y honesto ejercicio de sus derechos».

«Imaginario político republicano de la provincia de Venezuela (1808-1812)», *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n° 35 (2008): 314.

⁴²⁰ Por medio de la cual el Capitán General español, Domingo de Monteverde, reconquistó el territorio bajo el mando de Francisco de Miranda y repuso el poder colonial en Venezuela, luego de haber derrotado al ejército patriota. Un trabajo acerca de las acciones de Monteverde puede verse en Jorge Paredes Muñante, «La conspiración contra Miranda del 31 de julio de 1812», *Diálogos* 16, n° 2 (2015): 242.

En cuanto a la situación en general del continente, Venezuela (los territorios que la conformaban en aquella Primera República) entiende con claridad meridiana, gracias a la visión de Miranda, que debía adherir a su causa a más pueblos y territorios. La tarea no sería sencilla, pero esta Constitución refleja formalmente el objetivo de Colombia como proyecto continental de la independencia. Su artículo 200 aborda la cuestión indígena, que había sido tan importante al comienzo de la conquista y lo seguiría siendo a lo largo de la historia republicana en la región:

«Artículo 200.- Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se han denominado Indios, no han conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la Monarquía Española dictó a su favor, porque los encargados del gobierno en estos países tenían olvidada su ejecución; y como las basas del sistema de gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela, no son otras que la de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los Gobiernos provinciales, que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, procuren por todos los medios posibles atraer a los referidos ciudadanos naturales a estas casa de ilustración y enseñanza, hacerles comprender la íntima unión que tiene con todos los demás ciudadanos, las consideraciones que como aquellos merecen del Gobierno y los derechos de que gozan por el solo hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie (...).».

Como apreciamos, la república venezolana, primera latinoamericana de Hispanoamérica se levanta sobre la intención de procurar la igualdad con quienes venían siendo las principales víctimas de la colonia española: los indígenas.

Es sabido, que la historia política republicana y constitucional de América Latina surgiría de manera controvertida, como en parte se ha

mantenido a lo largo de doscientos años de república, debido a que la Constitución de la Primera República se aprobaría con la expresa oposición parcial de Francisco de Miranda, quien incorporó su protesta:

«Considerando que en la presente Constitución los Poderes no se hallan en el justo equilibrio, ni la estructura u organización general suficientemente sencilla y clara, para que pueda ser permanente; que por otra parte no está ajustada con la población, usos y costumbres de estos países, de que en lugar de 76 reunirnos en una masa general o Cuerpo social, nos divide y separe, en perjuicio de la seguridad común y de nuestra Independencia; pongo éstos reparos en cumplimiento de mi deber: (...)».

Está claro que España no se iba a quedar en completa pasividad. Con rey o con gobierno temporal liberal, dada la ocupación y dominio francés, iba a darse una reacción, que no podía ser otra que de carácter militar y con total violencia para, una vez más, dar ejemplo a quienes intentasen desafiar a la península, como lo habían hecho en Quito, el 2 de agosto de 1810. La respuesta española durante la Primera República tendría un nombre específico: Domingo Monteverde. Este oficial de la marina española, luego vinculado al ejército real, con amplia experiencia en combate naval y terrestre, dirigió una campaña militar de reconquista de las localidades adscritas a la confederación, logrando sus objetivos militares, debido a la división interna que había en algunas ciudades venezolanas, o por las consecuencias del terremoto de Caracas⁴²¹ que tuvo una repercusión directa, especialmente en el bando independentista.

⁴²¹ Ocurrido un jueves de la Semana Santa, específicamente, el 26 de marzo de 1812, en plenas acciones de combate entre los ejércitos republicano y real, afectando especialmente a las ciudades en las que tenía influencia el primero. Existen estimaciones sobre varios de miles de fallecidos, según sea la fuente. Dada la fecha y la importancia del catolicismo, el clero empezó a difundir entre el pueblo que tamaño acontecimiento era una señal divina por ir contra sus designios y separarse de España. Rogelio Altez, «El terremoto de 1812 en la ciudad de Caracas: un intento de microzonificación histórica» *Revista Geográfica Venezolana* 46 (2005): 171-198.

La derrota de la Primera República era inminente y el 25 de julio de 1812, Francisco de Miranda suscribió la Capitulación de San Mateo, después de realizar consultas a otras autoridades de la república y de, infructuosamente, tratar de lograr un mejor armisticio para el bando venezolano. Por supuesto, sería rechazado por el vencedor Domingo Monteverde, quien el 29 de julio, ingresaría triunfante a Caracas y empezaría una violenta represalia contra quienes había suscrito no tomar venganza alguna, con el fin de evitar que se presenten de nuevos intentos republicanos.

A Bolívar se le reprocha la detención y entrega de Miranda a Monteverde, que habría realizado en conjunto con otros oficiales republicanos, ante su inconformidad por la firma de la Capitulación de San Mateo. Hay margen de duda a favor del Libertador, puesto que, en reseñas posteriores, escritas por Daniel Florencio O'Leary⁴²², Bolívar no habría aceptado que coadyuvó a la entrega de Miranda por favorecerse con indulgencia alguna de Monteverde, cuanto por considerar que Miranda había cometido una traición a la patria.

En aquella época, mediados de 1812, Bolívar, a esta fecha no era la principal figura del movimiento independentista ni del gobierno de la república (sin desmerecer su influencia política) ni siquiera tenía el rango de general, pero era dueño de una gran fortuna y de extraordinarios nexos familiares, personales y comerciales. Esta circunstancia le permitió

⁴²² Militar irlandés, uno de sus edecanes europeos (como Louis Perú de Lacroix, Belford Wilson y William Ferguson) y en el plano personal, de sus más cercanos amigos, quizá solo superado en estima por la que Bolívar profesó hacia Antonio José de Sucre. Compartió las gestas independentistas con el Libertador desde que tenía dieciocho años. Dado su puesto junto al prócer venezolano, recibió el encargo de escribir los acontecimientos más relevantes de la guerra por pedido del propio Bolívar.

conocer al comerciante español Francisco Iturbe, salvar su vida gracias al salvoconducto que el propio Monteverde le otorgó para abandonar Venezuela, dirigirse a Curazao y posteriormente a Cartagena. España perdió así la oportunidad de haber acabado con quien luego sería su máximo enemigo. Citando a Arreaza, así lo reseña Jorge Paredes al analizar la conspiración que se urdió contra Francisco de Miranda:

«En 1812 Bolívar no era la figura descollante que pronto, muy pronto, llegaría a ser. Esto explica por qué pudo abandonar Venezuela con el permiso otorgado por el propio Monteverde. Es cierto que fue gracias a la intervención de su amigo, el comerciante español Francisco Iturbe, pero tal mediación solo fue posible porque Bolívar no era aún una figura de gran importancia. De haberlo sido ni Monteverde hubiera entregado el permiso ni el propio Iturbe, reconocido go, se hubiera atrevido a solicitarlo. Bolívar guardó infinita gratitud para con su amigo Francisco Iturbe, que por esos azares de la vida resultaba amigo del vencedor (Monteverde) y del vencido (Bolívar)»⁴²³.

Instalado en Cartagena, Bolívar escribe un documento que lleva por título *Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un caraqueño*⁴²⁴ (el Manifiesto de Cartagena) fechado el 15 de diciembre de 1812. En él, demuestra el aprendizaje adquirido en la derrota y exhibe con claridad su rol personal en lo que serán las futuras batallas por la independencia de Venezuela y el resto de Hispanoamérica, y fundamentalmente esboza algunos elementos de su pensamiento constitucional. Respecto a las causas por las que fracasó la Primera República en Venezuela, expresa, en primer lugar, la excesiva tolerancia con la que se ejercía el gobierno:

«El más consecuente error que cometió Venezuela, al presentarse en el teatro político fue, sin contradicción, la fatal adopción que hizo del sistema

⁴²³ Jorge Paredes Muñante, «La conspiración contra Miranda» *op. cit.*, 248.

⁴²⁴ Conocida como Federación de las Provincias Unidas de Nueva Granada, que había suscrito su independencia y dado una Constitución el 27 de noviembre de 1812.

tolerante; sistema improbadado como débil e ineficaz, desde entonces, por todo el mundo sensato, y tenazmente sostenido hasta los últimos periodos con una ceguera sin ejemplo. (...)

Los códigos que consultaban nuestros magistrados no eran los que podían enseñarles la ciencia práctica del gobierno, sino los que han formado ciertos buenos visionarios que, imaginándose repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano, por manera que tuvimos filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica y sofistas por soldados»⁴²⁵.

Crítica el tipo de ejército del cual dispuso Venezuela, que no era profesional sino en base a milicias: «Por el contrario: se establecieron innumerables cuerpos de milicias indisciplinadas, que además de agotar las cajas del erario nacional con los sueldos de la plana mayor, destruyeron la agricultura, alejando a los paisanos de sus hogares, e hicieron odioso el gobierno que obligaba a éstos a tomar las armas y a abandonar sus familias»⁴²⁶. Manifiesta su oposición constitucional al federalismo y se muestra partidario del centralismo, cuestionando al primero como causa de la derrota venezolana y exaltando al segundo como el sistema político que convenía en el marco de la lucha por la independencia y para permanecer una vez alcanzada:

«Pero lo debilitó más el Gobierno de Venezuela fue la forma federal que adoptó, siguiendo las máximas exageradas de los derechos del hombre que, autorizándolo para que se rija por sí mismo, rompe los pactos sociales y constituye a las naciones en anarquía. Tal era el verdadero estado de la Confederación. Cada provincia se gobernaba independientemente; y, a ejemplo de éstas, cada ciudad pretendía iguales facultades alegando la práctica de aquéllas y la teoría de que todos los hombres y todos los pueblos gozan de la prerrogativa de instituir a su antojo el gobierno que les acomode (...)

Por otra parte, ¿qué país del mundo por morigerado y republicano que sea, podrá, en medio de las facciones intestinas y de una guerra exterior, regirse por

⁴²⁵ Rufino Blanco Fombona, *Simón Bolívar. Escritos políticos. El espíritu de Bolívar*, México, Porrúa, 1999, 4-5.

⁴²⁶ *Ibid.*, 5

un gobierno tan complicado y débil como el federal? No, no es posible conservarlo en el tumulto de los combates y de los partidos»⁴²⁷.

Ya en Cartagena, a Bolívar se le dispone ponerse a las órdenes de un militar francés de nombre Pierre Labatut, quien le asignó mantener una posición en el río Magdalena, pero desde allí Bolívar desplegaría una serie de acciones bélicas, que en los primeros días de 1813 lo llevó a culminar con éxito, en muy poco tiempo, una campaña militar que despejaría de la presencia hispana a la zona del alto Magdalena, abriéndose victorioso para entrar a Venezuela, en el mes de marzo. No era el único que se había propuesto librar expediciones para restaurar la república en Venezuela. A la par, Santiago Mariño⁴²⁸, había iniciado la Campaña Oriental y Bolívar iba avanzando en el frente occidental. Mientras iba acumulando victorias militares, hizo un alto en la ciudad de Trujillo, en la que inicia una etapa dentro de las guerras de independencia de América, en la que tomaría conciencia acerca del camino a seguir que plasmó en un documento con una valía histórica sin precedentes: el Decreto de Guerra a Muerte, de 15 de junio 1813.

En este documento describe el proceder que en adelante va a adoptar el ejército libertador con el enemigo: la muerte de todo español que no pase al bando independentista o que no colabore con el mismo. Mientras que para los americanos que hubieran colaborado antes con

⁴²⁷ *Ibid.*, 6-7.

⁴²⁸ Considerado como uno de los próceres de la independencia de Venezuela que llegó a desempeñar el cargo de Secretario de Guerra y Marina una vez consolidado el mando en ese país del General José Antonio Páez, prócer venezolano que definió la separación de Venezuela del proyecto colombiano de Simón Bolívar, ya en la recta final de la vida del Libertador. Para acercarnos al perfil biográfico de Mariño, véase: José Alberto Olibar, «Reseña de “Santiago Mariño” de M.A. Donís», *Politeia* 33, n° 44 (2010): 219-221.

España, se les concedía un perdón generalizado por la sola condición de ser americanos. Este tipo de guerra, que había sido aplicada en Haití en su proceso de independencia de Francia, disponía la muerte de miles de personas blancas para infundir terror al enemigo. John Lynch refiere:

«La guerra de liberación en Venezuela fue cruel, destructiva y total. Esto refleja la inseguridad que sentía cada bando, pues ninguno tenía la preponderancia de poder o podía impedir que el otro creciera. Monteverde intentó desequilibrar la balanza a su favor aterrorizando a la población y permitiendo que sus subordinados mataran tanto a civiles como a los beligerantes (...). Las atrocidades fueron cometidas por ambas partes, inevitablemente, pero fue Monteverde quien primero aplicó la «ley de la reconquista». En opinión de Bolívar, el enemigo combatía en una no declarada guerra de exterminio, asesinando a prisioneros cuyo único crimen era combatir por la libertad. Creía que los patriotas estaban en desventaja y que no podía mantener por mucho tiempo una guerra civilizada con los españoles»⁴²⁹.

En el Decreto de Guerra a Muerte define el objetivo del ejército republicano que él dirige. Esta es una reflexión que acompañará y definirá para siempre a Bolívar. Su ejército era libertador y no uno de conquista, como el español:

«Nosotros somos enviados a destruir a los españoles, a proteger a los americanos, y a restablecer los gobiernos republicanos que formaban la Confederación de Venezuela. Los Estados que cubren nuestras armas, están regidos nuevamente por sus antiguas constituciones y magistrados, gozando plenamente de su libertad e independencia; porque nuestra misión sólo se dirige a romper las cadenas de la servidumbre, que agobian todavía a algunos de nuestros pueblos, sin pretender dar leyes, ni ejercer actos de dominio, a que el derecho de la guerra podría autorizarnos»⁴³⁰.

⁴²⁹ John Lynch, *Las revoluciones hispanoamericanas*, op. cit., 201.

⁴³⁰ Simón Bolívar. «Decreto de guerra a muerte», *Procesos Históricos*, n° 24 (2013): 150.

El decreto plantea la posibilidad de un último encuentro con los españoles para estar juntos en un mismo bando y plantea una invitación para ello:

«A pesar de nuestros justos resentimientos contra los inicuos españoles, nuestro magnánimo corazón se digna, aún, abrirles por la última vez una vía a la conciliación y a la amistad; todavía se les invita a vivir pacíficamente entre nosotros, si detestando sus crímenes, y convirtiéndose de buena fe, cooperan con nosotros a la destrucción del gobierno intruso de España, y al restablecimiento de la República de Venezuela»⁴³¹.

Concluye, con el mensaje para los españoles y americanos, que resume su concepto de guerra a muerte: «Españoles y Canarios, contad con la muerte, aun siendo indiferentes, si no obráis activamente en obsequio de la libertad de América. Americanos, contad con la vida, aun cuando seáis culpables»⁴³².

Los combates dirigidos por Bolívar, conocidos como Campaña Admirable, continuaron hasta el 4 de agosto de 1813, en que Domingo de Monteverde capituló ante la continua derrota. En aquel momento Bolívar conocería a un militar de dieciocho años que se convertiría en su más efectivo y leal comandante, político y diplomático, su amigo al que llegó a considerar como un hijo y su indiscutible sucesor al frente de Colombia: Antonio José de Sucre y Alcalá.⁴³³

⁴³¹ *Ibid.*, 150.

⁴³² *Ibid.*, 151.

⁴³³ La importancia de Antonio José de Sucre en las guerras de independencia y en la formación de las repúblicas liberadas por Bolívar era tal, al punto que el mismo Libertador escribió en Lima, en 1825, una biografía de Sucre, en el marco del nombramiento de Sucre como Gran Mariscal de Ayacucho que le fue conferido por el Congreso del Perú, el 14 de febrero de 1825. Al final de su biografía, Bolívar dice de Sucre: «El general Sucre es el padre de Ayacucho: es el redentor de los hijos del sol; es el que ha roto las cadenas con que envolvió Pizarro el imperio de los incas. La posteridad representará a Sucre con un pie en el Pichincha y el otro en el Potosí,

Bolívar ingresó victorioso en Caracas el 6 de agosto de 1813 y sentó las bases del período conocido como Segunda República. Ahora tenía que enfrentar en el campo militar, además de Monteverde, a José Tomás Boves de la Iglesia⁴³⁴. El 2 de enero de 1814 Bolívar asumió todos los poderes de Venezuela convirtiéndose en dictador, figura que paradójicamente debió ejercer pese a que ostentaba el trato protocolar de *Libertador*.

La puesta en escena militar de Boves de la Iglesia significaría para el proceso independentista una serie de enfrentamientos con victorias y derrotas, éstas últimas en detrimento paulatino de las fuerzas militares. Lynch describe de manera particular a Boves de la Iglesia:

«Es dudoso que fuera un populista verdadero que ofrecía una reforma agraria a los llaneros o libertad absoluta a los esclavos. En cualquier caso, el hecho es que fue capaz de reclutar seguidores entre los negros y los pardos porque les prometió las propiedades de los blancos, algo a lo que contribuyó el resentimiento que había propiciado en la región la oligarquía criolla de la primera república, que había fomentado en los llanos la privatización del ganado y una mayor concentración de la tierra en detrimento de los intereses de las clases populares. Ésta fue la razón por la que los llaneros se unieron a Boves: para luchar por su libertad y por su ganado»⁴³⁵.

La fuerza armada de Boves de la Iglesia evidenciaba la vigente fractura social por motivos raciales y falta de identidad de una causa común respecto a la independencia que aún existía en Venezuela en los

llevando en sus manos la cuna de Manco Cápac y contemplando las cadenas del Perú, rotas por su espada». Véase el texto completo en: Rufino Blanco Fombona, *Simón Bolívar. Escritos políticos, op. cit.*, 194.

⁴³⁴ Conocido por haber estado en más de una ocasión del lado republicano y realista y por su estilo despiadado desplegado en los llanos venezolanos cuando emprendió acciones de reconquista. Una reseña biográfica acerca de Boves puede encontrarse en: «Real Academia de la Historia», biografía de José Tomás Boves, consultado el 15 de junio de 2022, <https://dbe.rah.es/biografias/8729/jose-tomas-boves-y-de-la-iglesia>.

⁴³⁵ John Lynch, *Simón Bolívar*, Bogotá: Crítica-Planeta Colombiana, 2019, 111.

primeros meses de 1814. La ferocidad de la guerra a muerte en ambos bandos hacía que la crueldad llegase a prácticas extremadamente violentas. Sin embargo, la balanza de los resultados se inclinaba a favor de los realistas, que, pese a ello, empezaron a enfrentar un problema derivado del poder que iba acumulando Boves: su autonomía respecto a las autoridades españolas.

La Segunda República empezaba a derrumbarse a medida que caían las ciudades más importantes en manos de los realistas. Bolívar y Mariño tuvieron que replegarse ante el incontenible avance de reconquista española. En julio de 1814 el bando realista logró tomar Caracas y Valencia, nombrándose Boves de la Iglesia asimismo como comandante de las fuerzas españolas y desplegando un gobierno tiránico. Al emprender sus acciones bélicas hacia la zona oriental del país logró finalizar con todo vestigio republicano, sin embargo, perdió la vida el 5 de diciembre de 1814 en la batalla de Urica al ser alcanzado por un lancero. En septiembre de ese año, Bolívar había salvado su vida y una vez más partió hacia el exilio, primero hacia el Caribe y luego hacia Cartagena, no sin antes, contestar con el Manifiesto de Carúpano a quienes le recriminaban la derrota, manifestando las razones del fracaso de la Segunda República.

Lynch refiere que, pese a la situación afrontada en Venezuela, Bolívar aún tenía una buena posición Nueva Granada, debido a que en esa sobreviviente y reciente confederación tenía el rango de general e incluso sería ascendido al rango de general de división por decisión del Congreso, que reunido en Tunja recibió sus informes el 22 de noviembre de 1814 y le encargó asumir el mando militar para que lograse la

unificación de Cundinamarca. Bolívar ingresó a Bogotá el 12 de diciembre de 1814 y ya en 1815 fue nombrado como capitán general de los ejércitos de Nueva Granada. Lynch describe este momento de la historia de la independencia, haciendo notar parte de los movimientos de Bolívar a principios de 1815:

«La tarea más urgente de Bolívar era garantizar la seguridad del frente Atlántico, donde los españoles contaban con una cabeza de puente vital, y la estabilidad de Cartagena, en donde Castillo estaba ocasionando problemas. Liberó Ocaña y Mompós, pero antes que pudiera alcanzar la última base española en Santa Marta cambió de objetivo. El desvío sería fatídico»⁴³⁶.

Se refiere a las diferencias entre el jefe militar de Cartagena, Manuel del Castillo y Rada, y Bolívar que terminarían en una acentuada confrontación interna que daría a sus enemigos la oportunidad para reponer sus fuerzas para conservar su puesto en Santa Marta (Colombia). A la par, España había logrado liberarse del dominio de Francia y el Rey Fernando VII restauró⁴³⁷ su reino y consiguientemente restablecería su autoridad en América. El monarca español dispuso de una fuerza naval y militar nunca antes ordenada para dirigirse hacia las Indias y designó como jefe de la expedición militar al general Pablo Morillo y Morillo, que tenía experiencia en la armada y había tenido una muy destacada

⁴³⁶ John Lynch, *Simón Bolívar, op. cit.*, 119.

⁴³⁷ En paralelo, Europa se redefine debido a los movimientos geopolíticos de la Santa Alianza para reponer las instituciones y el poder de la monarquía absoluta. La legitimidad de la autoridad divina vuelve a la escena de la confrontación de las ideas del liberalismo que ya se habían arraigado en países como Francia y España. Inglaterra y Estados Unidos jugaban un rol importante en la contención de la Santa Alianza; sin embargo, los segundos optarían por definirse en base a sus intereses de ser una potencia que englobe al hemisferio, que vería la luz en la Doctrina Monroe de 1823. Acerca de estas tensiones entre Europa de la Restauración monárquica con Estados Unidos y los territorios que luchaban por su independencia de España, véase: Stefan Rinke, *América Latina y Estados Unidos. Una historia entre espacios desde la época colonial hasta hoy*, México: El Colegio de México/Marcial Pons, 2015, 49-53.

participación en la resistencia hispana contra los franceses, además de contar con prestigio en el ámbito militar. Este sería, por lo tanto, el último comandante español que tendría que enfrentar Simón Bolívar antes de lograr la libertad de Venezuela y Nueva Granada.

La flota española tenía el reto de retomar el control de Venezuela y la Nueva Granada y dieron a su propósito un alto de grado de cuidado, señalando a la tripulación, que se dirigieran hacia Montevideo, pero ya emprendida la travesía se informó del real objetivo de la misión. Morillo llegaría a costas de Venezuela a inicios de abril de 1815 y posteriormente, llegaría a Santa Marta en el mes de julio. Precisamente a la ciudad que los españoles habían logrado mantener gracias a las divisiones internas en las que Bolívar estaba ocupado desgastando sus fuerzas. Desde allí, Morillo cercó Cartagena, siendo esta ciudad tomada por los españoles el 6 de diciembre de 1815⁴³⁸. Bolívar se salvó de morir al huir hacia Jamaica en el mes de mayo de ese mismo año. Después, el infortunio llegó a los españoles en un hecho que tendría relevancia en los siguientes encuentros militares. Morillo perdió el buque San Pedro Alcántara que transportaba un importante contingente de la artillería y recursos económicos para solventar gastos, viéndose obligado a tomar medidas para financiar a sus fuerzas.

Por su parte, Bolívar se encontraba ya en Jamaica, desde el 14 de mayo de 1815, lugar en el que el 6 de septiembre de ese año redactaría lo que para algunos sería el documento cumbre de su proyecto político para América Latina: la Carta de Jamaica⁴³⁹. Se trata de un texto que

⁴³⁸ John Lynch, *Simón Bolívar, op. cit.*, 120.

⁴³⁹ Documento que se conoce como la Doctrina Latinoamericana o la Doctrina del Libertador por la cantidad de aspectos, especialmente políticos, que son analizados en

sorprende a propios y extraños de América por la acentuada capacidad de análisis de su época. Tanto por la información que manejaba acerca del continente como por la prospectiva que trazó para el futuro de la región.

Gómez García, explica que Bolívar se dirigió a Jamaica con la intención de emplear a esta isla como puente con Inglaterra y desde allí reiniciar sus actividades en pro de la independencia⁴⁴⁰. Esta hipótesis cobra sentido si tenemos presente que, previamente, Bolívar ya había remitido comunicaciones anteriores a Sir Richard Wellesley, Ministro de Asuntos Exteriores de Gran Bretaña. La primera, el 14 de enero de 1814, en la que recuerda su encuentro de años pasados y en la que le informa a Wellesley de los acontecimientos más relevantes que llevaron a la Segunda República. En cambio, en la segunda carta, presenta su queja diplomática por los constantes impases navales con el Gobernador británico de San Thomas. El prócer venezolano intentó recordar lo conveniente que podía ser para Inglaterra mantener una fluida relación con Venezuela, no como un apéndice de España, sino como un Estado soberano.

En Jamaica, en su carta de 19 de mayo de 1815, dirigida a su amigo Maxwell Hyslop, explicó los acontecimientos sucedidos en Cartagena: «Por una desgracia frecuente en las revoluciones, en Cartagena existían dos partidos, el uno moderado e indiferente, el otro

dicha carta y por la forma en la que Simón Bolívar pone de manifiesto su pensamiento; particularmente, en lo atinente a la unión de las naciones americanas, fundamento de la contemporánea integración latinoamericana.

⁴⁴⁰ Juan Guillermo Gómez García, *La Carta de Jamaica, 200 años después. Vigencia y memoria de Bolívar*, Bogotá: Ediciones B, 2015, 88.

era exaltado contra los españoles realistas. El primero triunfó del segundo, porque el general de las tropas sitió a la ciudad y destruyó a los que se titulan *patriotas*, por excelencia»⁴⁴¹. Estaba claro que Bolívar, una vez más exponía su contrariedad y hallaba en la desunión americana la causa de sus exilios. En Jamaica, plantea una vez más a Inglaterra la cuestión de la independencia americana, tal como lo había hecho en 1810. Más allá de las cartas referidas previamente, el 27 de mayo de 1815, escribe una comunicación a Wellesley en la que solicita frontalmente el auxilio para la causa de la independencia.

«(...) me dirijo a Vd., respetable amigo y señor, para interesar su influencia en obsequio de un mundo tan digno de compasión por su inocencia, como cruelmente perseguido por sus tiranos. Sí, señor, la suerte de la América reclama imperiosamente el favor de cuantas almas generosas conocen el precio de la libertad y se glorían de defender la justicia (...)»⁴⁴².

En esta misma carta describe el rol que decidió asumir desde Jamaica y el que estaba dispuesto a cumplir en el plano exterior en cualquier potencia a la que deba recurrir, lo que hace notar la acertada comprensión que tenía Bolívar de la importancia de las relaciones internacionales⁴⁴³ y, hasta cierto punto, de lo mucho que inciden en el campo de lo interno de los países:

«Yo vi, amigo y señor mío, la llama devoradora que consume rápidamente a mi desgraciado país. No pudiéndole apagar, después de haber

⁴⁴¹ Blanco Fombona, *Simón Bolívar. Escritos políticos*, *op. cit.*, 57.

⁴⁴² *Ibid.*, 61.

⁴⁴³ Que comprendía muy bien dado que había recorrido en su vida los actuales: Estados Unidos, Cuba, Puerto Rico, Jamaica, Haití, México, Venezuela, Colombia, Panamá, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile, Portugal, España, Inglaterra, Francia, Italia, Alemania, Austria y Bélgica. Una revisión acerca de los viajes de Bolívar a Europa, que permite, además, entender la formación de su visión internacionalista puede apreciarse en: Gregorio Valera-Villegas, «Simón Bolívar: viajes de formación y *bildung*», *Revista de Pedagogía* 33, n° 94 (2013): 201.

hecho inauditos e innumerables esfuerzos, me he salido a dar la alarma al mundo, a implorar auxilios, a anunciar a la Gran Bretaña y a la humanidad toda, que una gran parte de su especie va a fenecer, y que la más bella mitad de la tierra, será desolada»⁴⁴⁴.

Concluye su misiva al responsable de la política exterior británica con el desenlace inevitable, que incluso, a manera de desesperación se aprecia en el estilo de su redacción, no podía luchar solo contra España, necesitaba aliados:

«Si me hubiese quedado un solo rayo de esperanza de que la América pudiese triunfar por sí sola, ninguno habría ambicionado más que yo el honor de servir a mi país, sin degradarlo a la humillación de solicitar una protección extraña. Esta es la causa de mi separación con la Consta-Firme. Vengo a procurar auxilios; iré en su busca a esa soberbia capital; si fuese preciso marcharé hasta el polo; y si todos son insensibles a la voz de la humanidad, habré llenado mi deber aunque inútilmente y volveré a morir combatiendo en mi patria»⁴⁴⁵.

La Carta de Jamaica es una comunicación de respuesta al británico Henry Cullen, comerciante reciente en Kingston, quien le había escrito una carta a Bolívar el 29 de agosto de 1815 indagando acerca del estado de América. Además de sostener otras comunicaciones durante la estancia de Bolívar en esa isla. El texto es extenso para ser una simple carta de respuesta, de hecho, Cagua Prada señala que Bolívar, asistido de uno de sus secretarios, escribió la Carta de Jamaica, en treinta y dos páginas, del 1 al 5 de septiembre⁴⁴⁶. Intenta lograr respaldos a la causa americana con el propósito de generar más apoyos de carácter financiero y respaldos políticos a la lucha por la independencia. De la lectura de la

⁴⁴⁴ Blanco Fombona, *Simón Bolívar. Escritos políticos, op. cit.*, 62.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, 62.

⁴⁴⁶ Véase Antonio Cagua Prada, «La Carta de Jamaica base de la construcción de América Latina», *Estudios Latinoamericanos*, n° 38-39 (2016): 5-18.

Carta de Jamaica podemos exponer los siguientes temas de su estructura, acompañados de las citas que les da sustento:

1) Identifica a España como el enemigo⁴⁴⁷, sin posibilidad de reconciliación o mecanismo político-constitucional alguno para mantener nexos nacionales.

2) Analiza, respaldado por datos, geografía e historia, la situación de las poblaciones de los territorios virreinales de América.

3) Expresa sus deseos de una América (Latina) unida, pero entiende las dificultades de un solo país en clave continental.

4) Se manifiesta contrario al federalismo y a los gobiernos mixtos.

5) Proyecta la importancia geoestratégica de Centroamérica y del canal de Panamá de cara al comercio mundial y lo que luego sería Colombia (la Gran Colombia⁴⁴⁸).

6) Se refiere a la consolidación de la independencia en México y el férreo factor cultural y religioso en especial se tenía (y tiene) en ese país hacia

⁴⁴⁷ «El suceso coronará nuestros esfuerzos porque el destino de la América se ha fijado irrevocablemente; el lazo que la unía a la España está cortado: la opinión era toda su fuerza; por ella se estrechaban mutuamente las partes de aquella inmensa monarquía; lo que antes las enlazaba, ya las divide; más grande es el odio que nos ha inspirado la Península, que el mar que nos separa de ella; menos difícil es unir los dos continentes que reconciliar los espíritus de ambos países». Simón Bolívar, «La Carta de Jamaica», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n° 61 (1983): 188.

⁴⁴⁸ Entiéndase la Gran Colombia, para que se pueda diferenciar de lo que, como parte de ella derivó la actual República de Colombia. La Gran Colombia (actuales Repúblicas de Venezuela, Colombia y Ecuador) existió desde 1822 con su extensión definitiva al anexar el Sur (actual Ecuador) hasta 1830.

la figura de la virgen de Guadalupe como elemento unificador, caso diferente a la cuestión religiosa en el resto de América. Es decir, el factor religioso orientado a la causa política de la independencia, que, en cambio era empleado por el poder colonial como discurso de conservación.

7) Llega a la conclusión del reto continental para alcanzar la independencia, la unión de los americanos, que precisamente, había sido el principal obstáculo que había enfrentado y agrega la necesidad de llevar a cabo la empresa de la independencia como el resultado de una acertada dirección de la guerra.

Bolívar no abandonaría Jamaica, sin antes ser objeto de un intento fallido de atentado en su contra. Partió hacia Haití, república caribeña a la que arribó el 24 de diciembre de 1815. Para el 2 de enero de 1816 Bolívar pudo reunirse con el presidente Alexandre Petión mandatario que le expresó su más discreto pero decisivo apoyo para sus siguientes movimientos militares que llevarían al triunfo definitivo del Libertador⁴⁴⁹. Ya en 1817, Bolívar, de regreso al continente suramericano, establece un Consejo de Gobierno en Angostura para que

⁴⁴⁹ Esta acción sería planeada por oficiales españoles a través de uno de los esclavos de Simón Bolívar, de nombre Pío, de diecinueve años, al que se le habían pagado dos mil pesos para matar al Libertador. Gómez García lo relata: «Este ocurrió el día diez de diciembre de ese año [1815]. La pobreza en que se hallaba el Libertador obró en favor de su salvación. Sin recursos para pagar su posada, la dueña había armado en la mañana de ese día un escándalo tremendo para lograr los cánones atrasados. Bolívar decidió alojarse en otra residencia, sin comentarlo con nadie, aparte de su criado Andrés. El señor José Félix Amestoy, antiguo proveedor del ejército y de paso por Jamaica hacia Haití, fue a visitarlo esa noche a su residencia habitual. Al no encontrar a Bolívar decidió esperarlo, con tan mala fortuna que se recostó, vencido por el sueño, en la hamaca del Libertador». Gómez García, *La Carta de Jamaica, 200 años después*, op. cit., 90.

se encargue de la administración pública de la reinstalada república de Venezuela y así poder emprender la guerra contra España.

El ejército español, desprovisto del apoyo militar de la península (debido a la presión que llevó al rey Fernando VII a jurar la Constitución de Cádiz) tuvo que buscar un acercamiento diplomático con su enemigo para firmar un armisticio, conocido como Tratado de Armisticio y Regularización de la Guerra, suscrito por ambos líderes militares el 25 de noviembre de 1820⁴⁵⁰.

Este documento, según señala Jesús Caldera, se «adelanta 43 años a la creación del Comité Internacional Cruz Roja y 44 años a los Tratados de Ginebra y echa las bases firmes e indelebles para el nacimiento sustantivo, dogmático y normativo del Derecho Internacional Humanitario»⁴⁵¹. Las partes procuraron superar el concepto de la guerra a muerte que mantenían desde 1813 y fundamentaron así la suscripción del tratado:

«Deseando los Gobiernos de España y de Colombia manifestar al mundo el horror con que ven la guerra de exterminio que ha devastado hasta ahora estos territorios convirtiéndolos en un teatro de sangre; y deseando aprovechar el primer momento de calma que se presenta para regularizar la guerra que existe entre ambos gobiernos, conforme a las leyes de las naciones cultas, y a los principios más liberales y filantrópicos, han convenido en nombrar comisionados que estipulen y fijen un tratado de regularización de la guerra, y en efecto han nombrado el excelentísimo señor General en Jefe del Ejército

⁴⁵⁰ Se sabe, por la biografía de Sucre, escrita por el Libertador en 1825, que el Tratado fue redactado por el Gran Mariscal de Ayacucho, documento que no sería una excepción en su carrera militar, política y diplomática, pues lo repitió en la capitulación española después de las batallas del Pichincha, en mayo de 1822, y de Ayacucho, en diciembre de 1824.

⁴⁵¹ Jesús Caldera Infante, «Sucre, pionero del derecho internacional humanitario durante la gesta de la emancipación», *Derecho y Realidad* 9, nº 18 (2011): 305-342.

Expedicionario de Costa Firme, don Pablo Morillo (...); y el excelentísimo señor Presidente de la República de Colombia, Simón Bolívar (...)⁴⁵².

El llamado a hacer la guerra como naciones civilizadas es la confluencia de las formas de humanidad, incluso en el campo de la guerra, que en adelante demostraría Sucre en el resto de batallas y que se resume en la frase *honor al vencido, gloria al vencedor*, que diría al vencer a La Serna en la Batalla de Ayacucho. El artículo 1 del Armisticio diría: «La guerra entre España y Colombia se hará como la hacen los pueblos civilizados, siempre que no se opongan las prácticas de ellos a algunos de los artículos del presente tratado que deben ser la primera y más inviolable regla de ambos gobiernos»⁴⁵³.

La condena a muerte ante la condición de desertor o al capturar prisioneros, se descarta definitivamente en el artículo 7:

«Originándose esta guerra de la diferencia de opiniones; hallándose ligados con vínculos y relaciones muy estrechas los individuos que han combatido encarnizadamente por las dos causas; y deseando economizar la sangre, cuanto sea posible, se establece que los militares o empleados que habiendo antes servido a cualquiera de los dos gobiernos, hayan desertado de sus banderas y se aprehendan alistados bajo las banderas del otro, no pueden ser castigados con pena capital. Lo mismo se entenderá con respecto a los conspiradores y desafectos de una y otra parte»⁴⁵⁴.

Apreciamos el tratado reconoce el complejo momento social que toda guerra implica y más si se trata entre partes que compartían un vínculo histórico y social como el que España había formado en

⁴⁵² «Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes», Tratado de Armisticio, consultado el 15 de junio de 2022, https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/tratado-de-armisticio-1820--0/html/ff6c3062-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_0_.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

América. Pese a que el Tratado de Armisticio duraría poco tiempo, sentaría las bases para un antes y después en el transcurso de la guerra y es una práctica pionera en el campo del derecho internacional humanitario.

3.5. - Rasgos del constitucionalismo de Simón Bolívar.

Bolívar no solo trascendió por los logros militares que terminarían con la presencia española en las zonas de acción independentista del Libertador. Tampoco se queda en el despliegue de su política, economía y diplomacia para alcanzar el fin anterior⁴⁵⁵, sino que destaca por su importante obra constitucional nacida por el momento fundacional del Estado nacional en el sur de América. Como contexto, cabe mencionar lo que manifiesta Gargarella acerca de que la región experimentó en sus primeros años de independencia las formas constitucionales del «*conservadurismo, radicalismo y liberalismo*»⁴⁵⁶.

Una primera cuestión acerca de su ideario constitucional lleva, indiscutiblemente a descifrar las fuentes de su pensamiento. Urueña Cervera y Rozo Acuña han escrito trabajos especializados en materia de la obra política y constitucional del Libertador, que nos proponemos

⁴⁵⁵ Es por sí solo admirable si consideramos los contactos diplomáticos que realizó con las personalidades y gobiernos más importantes de su tiempo. Sin ir más lejos, con Inglaterra y Estados Unidos, a el fin de sumar recursos y otros apoyos para su causa.

⁴⁵⁶ Roberto Gargarella, «Doscientos años de constitucionalismo americano: Estados Unidos y América Latina frente a frente», en *El constitucionalismo en el continente americano*, comp. Daniel Bonilla Maldonado, Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Universidad EAFIT, 2016, 166.

seguir para abordar esta temática, pero añadiendo algunos otros criterios propios. Diríamos que en Bolívar se encuentran las siguientes fuentes:

1) Estudio del funcionamiento de las instituciones de la Roma antigua, su interpretación moderna y de su derecho público⁴⁵⁷. Este aspecto estaría presente en todos los discursos y textos de índole constitucional. En relación a este elemento, hemos de destacar la importancia capital que tenía el cultivar las virtudes republicanas tanto en los ciudadanos, como en los gobernantes.

2) Conocimiento del desarrollo político y marco jurídico de los acontecimientos alrededor de La Gloriosa, en Inglaterra, la Independencia de los Estados Unidos, la Revolución Francesa y la tarea constituyente de las Cortes de Cádiz, así como del movimiento de las ideas de la Ilustración.

3) Comprensión de la historia de América, con especial énfasis en haberse percatado de las dinámicas económicas y políticas de los criollos, así como de la situación social y mestiza de las sociedades americanas. Bolívar entiende cabalmente la composición de las naciones del Nuevo Mundo, ya para ese entonces bien definidas como mestizas y no solo, o mayoritariamente indígenas. En su Discurso de Angostura, de 1819, diría:

⁴⁵⁷ Probablemente, de haber conocido las instituciones del derecho romano privado habrían otorgado mayor consistencia a la obra constitucional de Bolívar, pero sería su maestro, Andrés Bello, quien sí profundizara en esta cuestión, y le permitiría elaborar un derecho civil acorde a los momentos fundacionales del republicanismo latinoamericano, como en efecto sucedió en Chile, con la llegada de Bello a ese país, objeto de estudio en el último capítulo.

«Séame permitido llamar la atención del Congreso sobre una materia que puede ser de una importancia vital. Tengamos presente que nuestro Pueblo no es el Europeo, ni el Americano del Norte, que más bien es un compuesto de África y de América, que una emanación de la Europa; pues que hasta la España misma, deja de ser Europea por su sangre Africana, por sus Instituciones, y por su carácter. Es imposible asignar con propiedad, a qué familia humana pertenecemos. La mayor parte del indígena se ha aniquilado, el Europeo se ha mezclado con el Americano y con el Africano, y este se ha mezclado con el Indio y con el Europeo. Nacidos todos del seno de una misma Madre, nuestros padres diferentes en origen y en sangre, son extranjeros, y todos se difieren visiblemente en la epidermis: esta desemejanza trae un reato de la mayor trascendencia»⁴⁵⁸.

4) Unionismo o confederación de naciones, a partir de experiencias similares de la Grecia antigua, bajo la que llegaría a realizar el más conocido de sus planteamientos políticos y constitucionales: la unión de pueblos americanos⁴⁵⁹ (latinoamericanos). Esto ha dado lugar a lo largo del siglo XX a las ideas más complejas acerca de la *integración latinoamericana* que en varias ocasiones han procurado, no siempre con éxito, los gobiernos de algunos países de América Latina, con iniciativas regionales⁴⁶⁰ o subregionales como la Comunidad Andina de Naciones (CAN)⁴⁶¹, Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) o Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), entre otras.

⁴⁵⁸ Simón Bolívar, «Discurso pronunciado por Simón Bolívar ante el Congreso de Angostura, 15 de febrero de 1819», *Cuadernos de Cultura Latinoamericana* 30 (1978): 15.

⁴⁵⁹ La formación de la Gran Colombia es un ejemplo de esta visión de unión política, social y territorial.

⁴⁶⁰ Malamud presenta un enfoque crítico sobre la relevancia del proyecto continental de Bolívar y cuestiona que haya sido empleado por como parte de un «proyecto hegemónico chavista». Para profundizar acerca de estos cuestionamientos, en general sobre la figura de Simón Bolívar y como inspiración de la integración regional, véase: Carlos Malamud, *El sueño de Bolívar y la manipulación bolivariana. Falsificación de la historia e integración regional en América Latina*, Madrid: Alianza, 2021, 262.

⁴⁶¹ Uno de sus órganos lleva su nombre, la Universidad Andina Simón Bolívar.

5) Vasto conocimiento de las geografías a las cuales tocaba gobernar para otorgarles una Constitución por haber sido venezolano y por haber conocido la mayor parte del continente americano en las campañas militares por la independencia y a las que podía comparar con otros países por haber viajado, estudiado y vivido en buena parte de Europa del siglo XIX.

Los principales documentos que hoy disponemos para apreciar las dinámicas de las fuentes del constitucionalismo de Bolívar son:

1. Discurso pronunciado ante el Congreso de Venezuela en Angostura, el 15 de febrero de 1819, conocido como Discurso de Angostura, así como su proyecto de Constitución.
2. Discurso del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia, de 25 de mayo de 1826 y Constitución de Bolivia de 19 de noviembre de 1826.
3. Tratado de Unión, Liga y Confederación entre las Repúblicas de Colombia, Centro América, Perú y Estados Unidos Mexicanos, suscrito en Panamá⁴⁶² el 15 de julio de 1826.
4. Decreto Orgánico, suscrito en Bogotá, el 27 de agosto de 1828, por medio del cual asumió como Jefe Supremo del Estado, entendiéndose, por medio del cual se autoproclamó Dictador.

Como se adelantó en líneas anteriores, la cuestión de la *virtud bolivariana* tiene trascendencia constitucional. Ureña Cervera estudió este asunto y resume que el enfoque *moderno* de virtud es el que prima

⁴⁶² Producto del conocido como Congreso Anfictiónico de Panamá, el cual había sido convocado por Bolívar en la víspera de la Batalla de Ayacucho, con plena certeza del triunfo que podía obtener Antonio José de Sucre, como en efecto así sucedió.

en Bolívar, ante lo cual se puede hallar en el Libertador dos clases de virtud; la *cívica* y la *política*. Bolívar establece estos dos tipos en el marco de su proyecto constitucional de 1819. El primero versa sobre los límites en el comportamiento ético de todo ciudadano en relación con la cosa pública y con sus conciudadanos; el segundo, su participación activa en el gobierno de la república⁴⁶³. Rozo Acuña estima que en Bolívar es posible la recepción del pensamiento de Maquiavelo y Gaetano Filangieri. En el primer caso, tales ideas se pudieron forjar debido a la experiencia militar del propio Bolívar y su conocimiento sobre Napoleón. Así, expone:

«1) el concepto de buenas armas, es decir el papel fundamental de los ejércitos nacionales, identificados como las fuerzas armadas compuestas por patriotas y no por mercenarios, como las únicas que pueden asegurar la existencia y el progreso de la patria; 2) el concepto de buenas leyes, en el sentido de modelos de conducta social e individual que deben servir como instrumento para lograr el mejor gobierno posible, 3) y el concepto de buenos ciudadanos, es decir gobernantes y gobernados todos hombres virtuosos, en el sentido romano, por tener siempre, como horizonte y bien en alto, los valores de la patria y de los conciudadanos»⁴⁶⁴.

Por su parte, en el segundo caso, Filangieri incide directamente en las acciones del caraqueño en algunos aspectos que el napolitano había adelantado en sus textos sobre la *Ciencia de la Legislación* en la que defiende la importancia de la educación como forma de asegurar ciudadanos virtuosos. El italiano dice que se puede «observar al hombre en aquel estado de instrucción que es necesaria para conocer sus verdaderos intereses, para distinguir las ventajas reales de las aparentes,

⁴⁶³ Véase: Jaime Urueña Cervera, *Bolívar y la virtud republicana*, Bogotá: Aurora, 2019, 59.

⁴⁶⁴ Eduardo Rozo Acuña, *Simón Bolívar, obra política y constitucional*, Madrid: Tecnos, 2007, XXXVII.

y para librarse de los errores que nos hacen confundir los prestigios de la virtud con la virtud verdadera, los prestigios del mal con el verdadero mal, y los prestigios de la felicidad con la felicidad real y efectiva»⁴⁶⁵. Dicho planteamiento que se puede apreciar en la figura institucional del Areópago, tribunal en el que residía una especie de *poder moral*, cuya estructura la que podemos encontrar en la Cámara de Educación, como planteamiento en algunos discursos constitucionales de Bolívar. Todo ello encuentra razón de ser en la importancia de la educación pública que Filangieri había manifestado: «Para formar un hombre prefiero la educación doméstica; pero prefiero la pública para formar un pueblo»⁴⁶⁶.

Además, de Filangieri podemos destacar la incidencia del republicanismo italiano era un importante marco de referencia de la modernidad en Bolívar como lo fue el republicanismo francés, aunque este último más en la parte intelectual o en la concerniente a la organización territorial de las repúblicas nacidas de sus acciones militares. Como lo habíamos advertido, tanto para librar la guerra que mantuvo contra España y para construir la nación colombiana, la virtud era un pilar fundamental y no podía ser cualquiera más que la virtud republicana elemento sustancial y presupuesto constitucional de Bolívar.

A través de la extensa correspondencia del prócer americano, se puede establecer que logra plantear dos formas o tipos de virtud, una privada y otra política o pública. En el primer tipo, no habría mayor nexo con el funcionamiento de la república; pero, en el segundo, sí y Urueña nos muestra cómo Bolívar sigue la línea trazada por Montesquieu acerca

⁴⁶⁵ Gaetano Filangieri, *Ciencia de la Legislación*, volumen II, Madrid: Agencia Boletín Oficial del Estado, 2018, 17.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, 25.

de asimilar a esa clase de virtud, la política, como el «amor a la patria y amor a las leyes»⁴⁶⁷. En ambos casos, la igualdad y la libertad emergen como la base de toda virtud republicana. Esta preocupación por las virtudes republicanas ya había ocupado a personalidades americanas antes que a Bolívar. Este es el caso de John Adams, figura política e intelectual de Estados Unidos, de quien el venezolano evidenció seguir sus máximas. Urueña, reseña de Adams los principios más importantes de su pensamiento, que generaron repercusión directa en el Libertador y, por lo tanto, en su desarrollo constitucional:

- «1. La felicidad social depende de las constituciones políticas, no de las costumbres virtuosas.
2. La felicidad social e individual es la finalidad de los gobiernos.
3. El mejor gobierno es el que produce más felicidad para el mayor número de personas y en el mayor grado.
4. Todo buen gobierno es y debe ser republicano: un gobierno de leyes, no de hombres.
5. La historia enseña que los mejores gobiernos republicanos han sido los mixtos; y que el más perfecto de todos es el gobierno inglés.
6. La historia enseña que la mejor de las repúblicas es la que tiene por objeto la libertad de los ciudadanos, la inglesa.
7. No hay gobierno libre sin una constitución fija bien ordenada.
8. No hay un gobierno libre sin una constitución realista que tome a los hombres por lo que son y no por lo que deberían ser.
9. No hay gobierno libre sin la representación de la pluralidad de la nación.
10. No hay gobierno libre sin una triple balanza en la legislatura.
11. No hay gobierno libre si el poder no está dividido en tres ramas distintas, separadas e independientes.
12. No hay gobierno libre sin un ejecutivo fuerte con un derecho de veto.
13. No hay gobierno libre sin virtudes públicas; pero esas virtudes serán más el resultado de una constitución bien ordenada que su causa»⁴⁶⁸.

Estos parámetros que Bolívar tendría en cuenta a la hora de diseñar sus textos constitucionales se conjugan con la acentuada influencia de

⁴⁶⁷ Urueña Cervera, *Bolívar y la virtud republicana*, op. cit., 31.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, 187-188.

las ideas de Benjamin Constant bajo las que habría, por ejemplo, de manifestar su simpatía por la desobediencia civil ante una alteración a la Constitución, estimando a la resistencia como un derecho, como ya constaba en el artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789⁴⁶⁹. Bolívar manifestaría su conformidad a la desobediencia en momentos en que, mientras se preparaba para emprender la campaña militar por la independencia del Perú, el Congreso de Colombia planteaba una reforma a la Constitución de Cúcuta para adoptar el federalismo; figura que como hemos visto, contaba con la absoluta oposición del Libertador. Esta pugna de poder entre Bolívar y el congreso daría paso a lo largo de la historia constitucional latinoamericana a las constantes diferencias que han afectado a la gobernabilidad de la región. La desobediencia que entiende Bolívar se produce a nivel político en el Estado y no como resistencia ciudadana. Urueña manifiesta que Constant está presente en Bolívar en las formas de limitar la soberanía, proteger la Constitución e impedir las arbitrariedades del poder.⁴⁷⁰ Para tal fin el suizo-francés, conforme explica Urueña Cervera, plantea dos mecanismos: la división clásica de poderes y la fuerza de la opinión. Siendo Constant el exponente del poder neutro, a la hora de plantear la división de poderes, Bolívar reconfigura la fórmula tradicional para proponer un Senado Hereditario y para garantizar la opinión pública planteó el Areópago.

⁴⁶⁹ Que dice: «La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». El documento completo puede verse en la página web del Consejo Constitucional de Francia, *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, consultado el 6 de abril de 2022, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>

⁴⁷⁰ Véase Jaime Urueña Cervera, *Bolívar republicano. Fundamentos ideológicos e históricos de su pensamiento político*, Bogotá: Aurora, 2007, 173-174.

3.5.1. – Garantías constitucionales.

Un rasgo común, a lo largo de las primeras Constituciones de América Latina, es la no distinción entre los conceptos de derechos y garantías, utilizados como si fueran sinónimos. Resulta imprescindible esta aclaración a la hora de analizar esta parte del constitucionalismo de Bolívar porque podría darse una confusión con el significado que tienen en la actualidad. Un segundo elemento es que, pese a que se hallan declaraciones de derechos plenamente identificables, como las que conciernen a las libertades individuales y a la propiedad, el Libertador no profundiza en su obra jurídico-constitucional en amplios catálogos de derechos. En consecuencia, para que podamos notar su visión acerca de lo que sería una parte dogmática constitucional, tenemos que analizar sus planteamientos sobre la parte orgánica que tienen incidencia directa en los derechos o garantías constitucionales porque de dicho proceder orgánico se deriva una forma de contención del poder en el juego propio de las dinámicas políticas, es decir, el garantismo de Bolívar, es realidad, una forma de control constitucional del poder.

En lo orgánico, siendo Bolívar un republicano de su tiempo, seguiría el esquema clásico de la división del poder en tres funciones: ejecutivo, legislativo y judicial. La innovación de su constitucionalismo, seguidor de formas antiguas romanas y de la reinterpretación de estas instituciones romanas en la modernidad, estarían en las figuras constitucionales que planteó en Angostura, en 1819, y que, pese a no

plasmárlas en ese momento, las reeditó en la Constitución de Bolivia⁴⁷¹ de 1826.

En el primer escenario, Angostura, nos referimos al poder neutro, que consistía en un Senado hereditario y al poder moral que se ejercía en el Areópago, estructurado, a su vez, en la Cámara de Moral y en la Cámara de Educación. En el segundo caso, el de Bolivia, por la creación de tres Cámaras Legislativas: tribunos, senadores y censores. La Cámara de Censores representaría la más llamativa de sus instituciones constitucionales, ya que se trata de un replanteamiento de las formas constitucionales planteadas años atrás en el Congreso de Angostura. Las funciones de la Cámara de Censores, constan en los artículos 51 y 60 de la Constitución de Bolivia de 1826.

Esta capacidad de la Cámara de Censores facilita que en el legislativo boliviano se mantenga la visión de Bolívar acerca de la protección y fomento permanente de las virtudes ciudadanas, tanto para los gobernados como para el desempeño de los cargos en el gobierno. Esta Cámara entra hasta revisar los planes de estudio y las leyes de imprenta. Se trata de una maximización de la moral pública que incluso generó, en su momento, que Bolívar sea considerado como conservador.

⁴⁷¹ País andino que inicialmente se denominó como República de Bolívar, en homenaje al Libertador venezolano, como se aprobó mediante Decreto del 13 de agosto de 1825, denominado Ley Constitucional de División de Poderes, antecedente directo de su primera Constitución.

3.5.2. – Forma de gobierno y Estado.

Simón Bolívar fue republicano, sus acciones militares, políticas y constitucionales tuvieron como inicio y fin a la república como forma de gobierno. Su esencia republicana le permitió tomar distancia de las distintas ocasiones de su vida a las que estuvo expuesto para erigirse en aquello contra lo que había combatido. Rehuyó a la monarquía, antes, durante y después de ser considerado Libertador.

Antes del último y más importante de sus triunfos militares, la batalla de Ayacucho⁴⁷², y frente al otro prócer de la independencia americana, José de San Martín, en su histórico encuentro conocido como la *entrevista de Guayaquil*⁴⁷³, de 26 de julio de 1822, ratificaría su

⁴⁷² Lograda por Bolívar en la persona de Sucre, puesto que no estuvo presente aquel 9 de diciembre de 1824.

⁴⁷³ Los asuntos tratados en la reunión se conocen por el descubrimiento documental que realizara en Quito Armando Martínez Garnica, al hallar un informe dirigido a Antonio José de Sucre, por parte del secretario de Bolívar, en el que se narra un momento de la reunión: «El Protector se quejó mucho del mando y sobre todo de sus compañeros de armas que últimamente lo habían abandonado en Lima. Aseguró que iba a retirarse a Mendoza; que había dejado un pliego anexo para que lo presentasen al Congreso renunciando el Protectorado y que también renunciaría la reelección que contaba se haría en él; que luego que ganara la primer victoria se retiraría del mando militar sin esperar a ver el término de la guerra; pero añadió que antes de retirarse pensaba dejar bien puestas las bases del Gobierno; que este no debía ser Democrático porque en el Perú no conviene, y últimamente dijo que debería venir de Europa un Príncipe solo y aislado a mandar el Perú. S. E. contestó que en América no convenía ni a Colombia tampoco la introducción de Príncipes Europeos porque eran partes eterogéneas a nuestra masa, y que por su parte S. E. se opondría a ello si pudiese, mas sin oponerse a la forma de Gobierno que cada uno quiera darse. S. E. repuso todo lo que él piensa sobre la naturaleza de los Gobiernos, refiriéndose en todo a su discurso al Congreso de Angostura. El Protector replicó que la venida del Príncipe sería para después. Es de presumirse que el designio que se tiene en el Perú es el de erigir una Monarquía sobre el principio de darle la Corona a un Príncipe Europeo con el fin, sin duda, de ocupar después el trono el que tenga más popularidad en el pays o más fuerza de que disponer. Si los discursos del Protector son sinceros ninguno está más lejos de ocupar tal Trono. Parece muy convencido de los inconvenientes del mando» (*sic*). Véase Armando Martínez Garnica, «La entrevista de Guayaquil», *Procesos* 37, n° 1 (2013): 143-144.

oposición ante el planteamiento de instauración, en Perú, del gobierno de un príncipe trasladado de Europa que tenía en mente San Martín. Valga en esta parte, realizar una digresión acerca de dos visiones que estuvieron presentes en la vida de Bolívar. La primera, la monarquía, como hemos visto, desde lo militar y constitucional, el Libertador la enfrentó y evitó. La segunda, que señalamos ahora, es la dictadura, que Bolívar sí ejerció en más de una ocasión y que hasta llegó a ser empleada en los discursos de sus adversarios para acusar de tirano al Libertador.

Cabe señalar que la figura dictatorial que asumía Bolívar no era la que conocemos en la actualidad como un ejercicio omnímodo y despótico⁴⁷⁴ del poder estatal. Lo comprendía en las formas romanas del mundo antiguo, específicamente, como señala Urueña Cervera, el modelo de la dictadura de Lucio Cornelio Sila. Estableciendo una tipología de las dictaduras practicadas por Bolívar, concluye:

«En nuestra opinión, la clave de la explicación se encuentra en primer lugar en la importancia que tenían en el ideario de Bolívar las enseñanzas de la historia, especialmente los contrastes históricos. Bolívar razonaba por contrastes y contraposiciones históricas, esto es, por el método crítico histórico-comparativo. Armado de una dilatada información sobre la historia antigua y moderna, su razonamiento parte frecuentemente de la comprobación de diferencias y contrastes históricos, a partir de los cuales ilustra, establece paralelos y oposiciones, saca conclusiones, explica sus puntos de vista críticos y sugiere, por último, propuestas constructivas en materias diversas entre otras de orden constitucional y militar»⁴⁷⁵.

En cuanto al tipo de Estado, Bolívar era partidario del modelo unitario o centralista, en franca oposición al federalismo, que por su

⁴⁷⁴ Aunque se temía siempre la proximidad o transformación en tiranía.

⁴⁷⁵ Jaime Urueña Cervera, *Bolívar, dictador y legislador republicano. Influjo romano en su ideario*, Bogotá: Aurora, 2012, 57.

tiempo tenía cogida debido a las referencias que se tenía de los primeros años de independencia de los Estados Unidos. Y dicha postura de Bolívar tenía una explicación. Desde el nacimiento de la república, en Venezuela, había presenciado que, ante los primeros pasos de autonomía de la nación, los territorios regionales reclamaron de inmediato sus propios espacios de decisión local antes de consolidar la independencia definitiva que aún no se había consolidado en Venezuela. Esta situación provocó la reorganización de la fuerza armada española y con ello la caída de la Primera República.

Para enfrentar la amenaza externa del nivel del poderío español, el Libertador entendía que debía concentrar, unificar el poder del gobierno, tanto para dirigir la guerra como la administración interna de los asuntos públicos, dicha unidad gubernamental estaría garantizada bajo un Estado centralista o unitario. El federalismo, por su parte, acrecentaba las disputas por el poder en los territorios, generando dispersión en los recursos y esfuerzos para la guerra contra España. No era un asunto cualquiera, sino un aspecto de suma preocupación para Bolívar⁴⁷⁶.

Rosendo Bolívar Meza, explica que Simón Bolívar se decantó por atender más la efectividad del Ejecutivo central para suplir su negativa a estados federales:

«Bolívar sacrifica el federalismo en aras de una eficacia administrativa y política al decir que cuanto más resortes haya que mover en una máquina, tanto más lenta será su acción; pero si no hay más que un sólo resorte, gira con rapidez y son más sus efectos. Por ello propuso simplificar los elementos del gobierno.

⁴⁷⁶ Y aún en nuestros días, la cuestión territorial cobra especial relevancia jurídico-política y ejemplos no faltan como en España con Cataluña y el País Vasco.

Piensa que dentro del sistema republicano centralista la división geográfico-política deberá hacerse por departamentos o provincias»⁴⁷⁷.

Así es como se observa en el artículo 86 de la Constitución de Bolivia de 1826, que contiene un amplio marco de competencias del Presidente de la República, respaldada en una muy privilegiada posición del Vicepresidente con quien comparte de forma marcada el desempeño del poder y actúa mayoritariamente a través de él, sin duda, pensando en la figura Sucre.

Esta visión acerca del Estado unitario tendría después en el transcurso del siglo XIX y especialmente del siglo XX, un resultado exagerado hacia el centralismo administrativo que perjudicaría las administraciones públicas de los países bajo la influencia bolivariana. Tanto es eso que a partir de 1990 casi todas las naciones andinas empezaron a reivindicar en sus procesos constituyentes⁴⁷⁸ y en reformas legales la necesidad de una descentralización y desconcentración administrativa producto de su opuesto: una excesiva centralización en los órganos de poder público en las ciudades capitales.

El centralismo bolivariano es una posible causa para que se consolidara un amplio margen de competencias para el ejecutivo que, en

⁴⁷⁷ Rosendo Bolívar Mesa, «Simón Bolívar: su propuesta de gobierno republicano centralista y la utopía de la construcción de una Patria Grande», *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales* 39, n° 158 (1994): 53.

⁴⁷⁸ Como referencias a la descentralización que hallamos en la Constitución de Ecuador: Artículo 3.6. – Son deberes primordiales del Estado: (...) 6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización. Artículo 227. - La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

su relación con el legislativo, el segundo quedara en desventaja, pues no siempre puede ser el contrapeso que equilibre la relación de fuerza y peso que tiene el primero. Al fin y al cabo, por contradictorio que parezca, en una representación de sucesión histórica, el legislativo sería el pueblo, y el ejecutivo, el rey.

Capítulo IV

Pensamiento iusfilosófico en la república

«Del mismo modo, el constitucionalismo puede concebirse como la traslación al ámbito del Derecho positivo de los esquemas típicos del iusnaturalismo racionalista: de un lado, el acto constituyente que da vida al Estado representa una clara evocación de la doctrina del contrato social; de otro, la protección de los derechos fundamentales como tarea básica y fuente de legitimidad de las instituciones no es más que una proyección al orden político de la vieja pretensión iusnaturalista de imponerse al Derecho positivo»⁴⁷⁹.

4.1. – Constitucionalismo y positivismo jurídico.

La consolidación del Estado europeo, como rasgo de una afianzada modernidad, trasciende por los resultados que exhibe en la producción del derecho, es decir, en la prelación y dinámica de su sistema de fuentes. La costumbre cedió terreno a un rol mucho más protagónico de la ley; mientras que la doctrina, como producto de los *doctos* que analizaban casos para extraer enseñanzas generales, venían ocupando un lugar secundario frente a la asignación de significado que otorga la ley. La contundencia con la que se plantea ahora la objetividad del derecho en la comprensión del concepto de ley, intenta dejar en el pasado la subjetividad del iusnaturalismo, al menos del anterior al racionalista. El Estado empezó a concentrar, o mejor dicho, a centralizar la producción del nuevo derecho, visualizado en la ley, lo que hace necesario que aparezca un conglomerado de personas que funcionen

⁴⁷⁹ Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo* (México: Fontamara, 2011), 310.

como agentes de control del espectro de la legalidad: la burocracia. Xavier Garaicoa y Alfonso Ruiz Miguel, en su orden, observan este fenómeno:

«En realidad, considero que se trata más bien de un *Estado de Legalidad Procedimental Burocratizado*, considerando para ello tanto la metodización rigurosa de su producción legislativa, articulada a través de una representación delegacional que se atribuye a sí misma la facultad soberana; cuanto la concentración decisionista en un aparato administrativo y de seguridad pública que la rige»⁴⁸⁰.

En cierta manera, el centralismo es la continuidad del absolutismo. La ley, como producto de un poder centralizado, contribuye a distintas formas de desigualdad porque supone de una élite sobre la que gira la producción legislativa.

«Tal supremacía de la ley, en alianza con el ascenso del absolutismo monárquico, fue cercenando los poderes locales y de la nobleza y supuso un proceso de centralización y burocratización que preparó el desarrollo de la organización administrativa en el siglo XIX»⁴⁸¹.

En tal sentido, la codificación fue la principal técnica de producción del derecho que se presentó como parte de esta concentración política de la que también debemos agregar contribuyó a dar rigidez a los textos constitucionales debido al empleo mayoritario del lenguaje escrito⁴⁸² para plasmar los acuerdos constitucionales. El código⁴⁸³ supera

⁴⁸⁰ Xavier Garaicoa, *Normativismo sistémico de los derechos. El proceso de la constitucionalización del Buen Vivir*, Guayaquil: Edilex, 2012, 23.

⁴⁸¹ Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, op. cit., 270.

⁴⁸² Véase Alessandro Pace y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *La rigidez de las constituciones*, trad. Paloma Biglino Campos y Luis Delgado del Rincón, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, 69.

⁴⁸³ Véase las definiciones de *código* que expone el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico: 1. Conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada. 2. Para el iusnaturalismo racionalista, ordenación de todas las normas positivas en una serie de proposiciones lógicas y racionalmente expresadas. 3.

a la simple y pasada recopilación de leyes que, en el ámbito del derecho privado, se desarrollaría de manera muy amplia y se puede apreciar con toda claridad en el derecho civil. Tanto que sería exportado a las nacientes repúblicas latinoamericanas como se evidencia en el trabajo legislativo de Andrés Bello, como veremos más adelante. Mientras que, en el campo del derecho público, llegaría a aportar a la redacción de constituciones, que en las geografías americanas, tendrían un alto influjo del texto constitucional de Estados Unidos. La codificación representa un paso trascendental para lograr la autonomía del derecho respecto a otros enfoques reguladores de la conducta humana.

El código es «un acto legislativo único y no una compilación de leyes, relativo a un único sector del ordenamiento (como el Derecho civil, el penal, el mercantil), con arreglo a un plan lógico desarrollado en títulos, capítulos y, al fin, en artículos, y con propósitos de claridad en el lenguaje y de exhaustividad y, por tanto, de plenitud y coherencia en su contenido»⁴⁸⁴. En el código se puede apreciar la transición de la conceptualización ética de la ley -que el iusnaturalismo había plasmado en la búsqueda de un ideal universal de justicia natural- hacia una determinación más precisa de la noción de *nomos* que ahora la norma jurídica podía ofrecer. Si planteamos esta cuestión de otra manera, podríamos afirmar que la ley, en el pensamiento jurídico iusnaturalista se centraba en la explicación o descripción de una conducta, mientras

Norma que recoge la voluntad revolucionaria de que el Parlamento monopolice la función legislativa. Supone una superación de la pluralidad normativa y de los particularismos y prerrogativas del Antiguo Régimen, al mismo tiempo que una imposición del principio de igualdad. Código es la realización del ideal de la certeza del derecho, que se había perdido en la confusión legislativa del siglo XVIII. «Real Academia Española», código, consultado el 20 de febrero de 2022, <https://dpej.rae.es/lema/c%C3%B3digo2>.

⁴⁸⁴ Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, op. cit., 271-2.

que la norma jurídica, que va a nutrir paulatinamente al iuspositivismo, tiene como objetivo ordenar o prescribir los comportamientos⁴⁸⁵. «Mientras que la ley natural sólo tiene sentido en el campo específico de unas disciplinas explicativas o empíricas, la norma, la normatividad, tiene sentido en el campo de las disciplinas normativas, de aquella que son prescriptivas»⁴⁸⁶. El derecho y el Estado, van a alcanzar su autonomía respecto a fuerzas externas como la religión o la moral, porque por sí mismos ahora pueden incidir en lo que *debe ser* en la sociedad y superar la contemplación eterna de lo que *es* o del *ser*.

«A Kelsen esta forma de contraponer ley natural y norma jurídica le sirve además para llevar a cabo la crítica del Derecho natural, al considerar que el que estamos hablando de una ciencia prescriptiva, formada por normas que nos dicen lo que debe acaecer, no significa que el mandato o la prescripción contenida en la norma sea resultado de la razón, de la naturaleza de las cosas o de cualquier otro principio extrajurídico, como hacen los iusnaturalistas. La norma se deduce exclusivamente del Derecho positivo, mientras que las explicaciones iusnaturalistas no nos hacen hablar propiamente de normas jurídicas, sino de normas provenientes de la Moral, de la religión o de otros poderes sociales»⁴⁸⁷.

El factor de lo político tiene una especial mención a la hora de consolidar la *pureza* del derecho, porque ahora el campo de la creación del Derecho es el Estado, y no el terreno de lo divino. De allí que debamos atender otra relación jurídica, que parece dialéctica, aquella que vincula a norma jurídica con ordenamiento jurídico. La norma tiene

⁴⁸⁵ Este cambio se entiende en el sentido que «[l]a norma se estructura por tanto como un instrumento de cualificación jurídica de los hechos a través de la tipificación de conductas que son asumidas en la hipótesis normativa como presupuestos para la verificación de los efectos jurídicos». Fabio Ciamarelli, *Instituciones y normas*, Madrid: Trota, 2009, 81.

⁴⁸⁶ Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, *Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho*, Madrid: Dykinson, 2017, 49.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, 50.

validez de acuerdo a la conformidad que guarde con otra. Por su parte, el ordenamiento existe gracias a la conjunción de normas. Es decir, la norma actúa como la unidad por la cual se estructura el ordenamiento, sin el conjunto no puede hablarse de dicha unidad y sin la agregación sistematizada de normas, no puede configurarse el ordenamiento jurídico. Existen vínculos *ordenados* y que *ordenan* a las normas jurídicas, de cuyo resultado deriva el ordenamiento, que, por cierto, no solo abarca a la noción de ley como norma jurídica, sino que integra a otras categorías del sistema de fuentes. La noción de ordenamiento «(...) expresa, en definitiva, la idea de que existe un nexo entre las normas que lo integran»⁴⁸⁸. En cuanto al fundamento social del positivismo hemos de mencionar que el orden de la sociedad al que intenta contribuir el derecho positivo plantea una «correlación esencial que existe entre protección y obediencia»⁴⁸⁹.

Como habíamos dicho, el Estado es el espacio donde, desde el positivismo (un primer positivismo) se crea el Derecho. Se trata de un ámbito de exclusividad en el que el Estado pasa a tener un monopolio para la producción del derecho. De igual manera, se hace extensivo a la administración de justicia en la que el ciudadano no participa en la emisión de decisiones judiciales, salvo los casos como los sistemas de jurado, como en Estados Unidos, la justicia de paz, o la justicia comunitaria o asamblearia propio de la justicia de los pueblos originarios de América Latina. Ciamarelli observa estas excepciones en base al reconocimiento de la pluralidad y las diferencias culturales:

⁴⁸⁸ *Ibid.*, 97.

⁴⁸⁹ Hans Welzel, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2020, 33.

«Sólo de este modo el obrar humano y sus significados podrían ser reconducidos victoriosamente a una presunta estabilidad originaria, universal y necesaria, que sin embargo resulta desmentida por la irreductible pluralidad de las experiencias sociales y culturales que constelan la vida cotidiana (y que, si quedara anulada la contingencia en beneficio de un fundamento necesario e indiscutible, deberían reducirse a apariencias engañosas e inconsistentes, cuya indiscutible multiplicación exigiría no obstante, a su vez, una explicación suplementaria)»⁴⁹⁰.

Pese a que pueda situarse al constitucionalismo en orilla diferente a la del positivismo, por cuanto su objeto teórico y práctico es la Constitución, no puede afirmarse que es un concepto exclusivo de la política y no del derecho. El término *Constitución* no es ajeno al derecho, sino todo lo contrario, surgió a partir de normar el «ámbito de la organización jurídica y política de un Estado, utilizándose para describir la realidad del mismo»⁴⁹¹. Si bien el positivismo jurídico tiene una base centrada en un modo distinto de entender la naturaleza y la sociedad, a partir de una nueva forma de conocimiento, tal aplicación cognitiva en el derecho no se habría consolidado sin la trascendencia política, que, bajo formas jurídicas, brindaba el constitucionalismo. A este constitucionalismo no le es ajena la actividad de creación o producción del derecho, con la sola precisión de qué actividad se relacionaba con aquello que era necesario como marco de lo indispensable.

La historia del derecho enseña que ya en el mundo antiguo romano la constitución se refería a la instauración de un aparato jurídico de carácter fundamental para la existencia del cuerpo socio-político. Pisarello describe la función de la Constitución en aquel tiempo:

⁴⁹⁰ Ciamarelli, *Instituciones y normas*, op. cit., 78.

⁴⁹¹ Horst Dippel, *Constitucionalismo moderno*, trad. Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez, Madrid: Marcial Pons, 2009, 14.

«El verbo *constituir* proviene del latín *constituere*, y significa crear, establecer, o fundar junto a otros. En el derecho público romano, el verbo designaba una práctica legislativa muy específica: aquella que permitía establecer o alterar las leyes o instituciones fundamentales de la República. No se trata, pues, de producir cambios cualesquiera, sino cambios en las instituciones básicas de la comunidad política. En su forma jurídica de *rei publicae constituendae*, la capacidad de *constituir* aludía al poder para iniciar cambios legales radicales. El título de *constitutor*, por su parte, remitía a aquel que ejercía la potestad de reformar y transformar. Solo tras el colapso de la República, el poder de *constituir* vino a confundirse con las decisiones judiciales ordinarias, los decretos y las leyes adoptados por el emperador (*constitutio*)»⁴⁹².

En cambio, el positivismo jurídico, reelabora al derecho que venía siendo entendido en los iusnaturalismos como la aplicación de distintas aristas de una teoría moral (especialmente religiosa), a partir de un soporte tripartito: como ideología del derecho, como teoría del derecho y, finalmente, como método para el conocimiento del derecho⁴⁹³. Prieto Sanchís describe esta tesitura en la que se pueden apreciar diferencias entre ambos conceptos:

«En cualquier caso y simplificando, el constitucionalismo alude a un modelo de organización jurídica, a un Derecho existente o que pretende existir, mientras que el positivismo representa una concepción a propósito del Derecho, por eso, al menos en apariencia, nada impide defender el constitucionalismo como opción política o cultivar el estudio “científico” de la Constitución y, al mismo tiempo, asumir las tesis positivistas: como, desde luego, tampoco nada impide adherirse al iusnaturalismo en alguna de sus versiones»⁴⁹⁴.

A nuestro juicio, el punto de confluencia entre constitucionalismo y positivismo jurídico es el Estado y su forma de gobierno llamada *república*. Siendo un concepto político, dado en las formas en que la

⁴⁹² Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, 22.

⁴⁹³ Esta comprensión del positivismo jurídico puede encontrarse en Manuel Calvo García, *Teoría del Derecho*, Madrid: Tecnos, 2018, 33.

⁴⁹⁴ Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, *op. cit.*, 7.

filosofía lo había tratado en el tiempo, ahora, desde la consolidación liberal, el constitucionalismo se ocupará de darle forma al Estado y de delimitar su margen de intervención en la vida de los ciudadanos.

La república, como tipo de forma de gobierno que se le otorga al Estado moderno, puede ser concebida en sus orígenes, bajo las aportaciones del constitucionalismo; pero siendo un desempeño público del poder que cualquiera puede cumplir y cuya acción se destina a la generalidad de la sociedad. Este es un ejercicio por las normas que emanan de los órganos estatales, una república no podría sostenerse sin la objetividad y rigurosidad que otorga el positivismo jurídico. En síntesis, «al Derecho le corresponde conseguir la despersonalización del proceso político mediante su objetivación en normas, lo que equivale a alcanzar la racionalización de dicho proceso»⁴⁹⁵.

Despersonalizar el poder político, es decir, lograr la traslación del poder de uno a la titularidad de un poder distribuido en el cuerpo de la comunidad política. Esta distribución se realiza a través de mecanismos que denominamos *normas* cuyo principal punto de encuentro es el constitucionalismo, el republicanismo y el positivismo. Lorenz Von Stein, al estudiar el Estado y la teoría administrativa, expone la conjunción que da paso a la comprensión de lo estatal en la manera que lo hemos venido analizando:

«Ahora bien, el Estado es la unidad personal de todas las personalidades individuales. En cuanto tal tiene que determinar la autonomía de éstas. Mediante esto surge un límite para ambas, que brota de su esencia, que penetra la vida completa del Estado, porque esta brota precisamente de la unidad y la autonomía de todos en él. Y a la totalidad de todas las normas jurídicas que se derivan de esto llamamos *derecho público* en contraposición al *derecho privado*, el cual

⁴⁹⁵ Ángel Garrorena Morales, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, 23.

brotan de los contactos de individuo a individuo. El derecho público contiene, por tanto, el conjunto de las delimitaciones de los individuos a través de su unidad con la personalidad del Estado»⁴⁹⁶.

Por su parte, el positivismo jurídico, desde el enfoque de validez de las normas jurídicas, se fundamenta en la precisión del órgano estatal con competencia para producirla, por lo que, aunque por vías distintas, el constitucionalismo y el positivismo se encuentran en el Estado, lo que no implica, en principio, sean opuestos, sino útiles y complementarios. En este sentido, señala Luis Prieto: «Muy probablemente lo mismo ocurra con el positivismo; éste tiene una fecha conocida de nacimiento que viene a coincidir con un modelo de organización jurídica y política bastante preciso, que es el modelo postrevolucionario del Estado de Derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación y el imperio de la ley, en la figura del juez “autómata”, etc.»⁴⁹⁷. Claro está, esta observación se circunscribe en el momento fundacional del constitucionalismo moderno y de desplazamiento del iusnaturalismo por el positivismo. Diferente es el caso de la actualidad en que ambos han sufrido una serie de cambios ante el surgimiento de nuevas condiciones sociales, como por el devenir de acontecimientos hitos en la historia de la humanidad. Con el positivismo jurídico el derecho toma distancia de elementos ajenos a los que intervienen en la manifestación la voluntad general y es funcional al constitucionalismo a la hora de limitar el poder. Se convierte en la más racional de las formas de contener al poder, objetivo trascendental del constitucionalismo. Así lo nota Prieto Sanchís: «Ciertamente, el constitucionalismo de nuestros días ha alterado en parte dicho modelo y,

⁴⁹⁶ Lorenz Von Stein, *Tratado de teoría de la administración y derecho administrativo*, trad. José Andrés Ancona Quiroz, México: Fondo de Cultura Económica, 2016, 152.

⁴⁹⁷ Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, *op. cit.*, 8.

aunque quizás no hasta el punto de alumbrar una nueva cultura jurídica, cabe preguntarse en qué medida ello repercute sobre el modo de concebir el Derecho que llamamos positivismo»⁴⁹⁸.

La supremacía de la Constitución determina una relación jerárquicamente superior de sus contenidos, por lo que podría apreciarse un régimen de niveles de preceptos normativos, como ocurría en la relación entre derecho natural y derecho positivo. No obstante, aunque podríamos señalar que la jerarquía y rigidez de la Constitución, para configurar al Estado, deviene del positivismo, para no dar margen a la subjetividad que pueda nacer del poder público, al que, precisamente pretende delimitar.

De igual manera, no solo entendemos al positivismo jurídico, desde una sola arista, sino desde varias funcionalidades que presenta. Ollero las resume indicando que cuando hablamos de positivismo jurídico, podemos entenderlo en los siguientes ámbitos:

«a) proyección jurídica de *teorías positivistas del conocimiento*, y, por ende, de la ciencia; b) intento de delimitar el objeto del saber jurídico (la *realidad jurídica*, por tanto) reduciéndola al derecho puesto; c) Expresión de una *opción ético-política* que considera a lo jurídico, no como un peculiar contenido ético-material, sino como un conjunto de normas identificado gracias a elementos formales y vinculado a un determinado concepto de la soberanía política e, incluso, de su legitimación democrática»⁴⁹⁹.

Por eso, este último escenario es el que de manera ordinaria se traslada al campo de la práctica jurídica, donde reflexiones

⁴⁹⁸ *Ibid.* 8.

⁴⁹⁹ Andrés Ollero, «La crisis del positivismo jurídico (Paradojas teóricas de una rutina práctica)», *Persona y derecho*, nº 28 (1993): 209-256.

procedimentales y de competencia suelen ser las que inicialmente el procura atender el derecho positivo antes de pasar a la aplicación de un silogismo que constate la adecuación de un hecho al precepto de la norma jurídica.

4.2. – Codificación y orden en Andrés Bello.

Mientras el derecho positivo se iba consolidando paulatinamente en Europa después de superar el derecho natural de corte católico, Hispanoamérica tenía el reto de dar sus primeros pasos en la formación de un ordenamiento jurídico republicano. Poner orden a las naciones emergentes sería el objetivo que la región debía afrontar una vez alcanzada la independencia política. Surgen textos que nos muestran un enfoque no tradicional a la hora de analizar la *naturaleza* del derecho y que podría acercarnos a la comprensión de la producción normativa de cualquier tiempo Así es como lo reseña la exposición de motivos del Código Civil de Chile:

«Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos, y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social»⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ Texto redactado por Andrés Bello en la Exposición de Motivos del Código Civil de Chile, que fue promulgado el 14 de diciembre de 1855 y puesto en vigencia el 1 de enero de 1857.

La figura del *código* aportó mucho más que, en términos de Bentham, una nueva nomografía. Codificar tenía una repercusión directa en la manera en que debía funcionar la sociedad. De ahí que, el código, como señala Prieto Sanchís, «encarna un diseño de nueva planta que pretende regular las relaciones sociales de modo uniforme, preciso, coherente y claro donde nada pueda quedar al arbitrio del intérprete»⁵⁰¹. Una *polis* que se *organiza* a partir de un *nomos* elaborado en base a la libertad de creación de escenarios de regulación, la cual se facilita gracias a los dispositivos del lenguaje que emplea una determinada lengua.

No se trata de apartar al derecho de los objetos de estudio de otros campos de las ciencias sociales, como el de la política, la historia, la sociología o la economía, sino de incorporar esos conocimientos a la formación republicana y del constitucionalismo en América Latina. El lenguaje hispanoamericano los aportó con el propósito de dar un *orden* a las nuevas naciones que empezaban a transitar su camino de independencia, tan anhelado en ese entonces, como en la actualidad.

La figura latinoamericana más destacada en esta finalidad, la de *ordenar* a las repúblicas que emergieron en la primera mitad del siglo XIX, es la del venezolano y chileno, Andrés Bello. Nació en Caracas, en 1781, y murió en Santiago de Chile, en 1865. Su historia personal está ligada a la historia de América y Europa, habiendo presenciado, observado y estudiado importantes acontecimientos que dieron paso a un nuevo tiempo. Fue uno de los maestros particulares de Simón Bolívar,

⁵⁰¹ Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, 179.

siendo ambos adolescentes, apenas era mayor a su alumno en dos años. Bello estuvo relacionado desde temprana edad con lo más destacado de la ciencia de su tiempo y desde temprana edad⁵⁰².

En 1810, Andrés Bello formaría parte de la Comisión que designó la Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII, desplazada a Londres en misión diplomática, para explicar a esa nación las razones por las que, en Caracas, se desconocía la autoridad española, pero se mantenía la fidelidad al Rey. En esa ciudad, además del cometido político y diplomático de alto nivel para el que fue enviado, terminaría de formarse intelectualmente. En Londres, permanecería por diecinueve años, tiempo en el que se cultivó en el estudio teórico de la lingüística, el derecho y otros conocimientos que adquiriría luego de arduas jornadas de estudio en la Biblioteca de Londres y de compartir ideas con personalidades como Jeremy Bentham, conocimientos que pondría en práctica en los siguientes años al regresar a América, específicamente, en sus altas funciones de Estado y académicas en Chile.

La influencia europea, inglesa en particular (debido al tiempo que vivió en Inglaterra), es innegable en su obra. No obstante, hemos de advertir que al caraqueño no le eran ajenas las doctrinas jurídicas prusianas y francesas, de estas últimas, con toda seguridad debido a que dominaba el francés. En su pensamiento existe, de manera clara, el influjo del utilitarismo *republicano* de Bentham. En la reflexión planteada para los estudios de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas

⁵⁰² Como a los dieciocho años cuando tuvo la oportunidad de compartir con Alexander von Humboldt, quien había llegado a Caracas a finales de 1799.

en el discurso de Bello con motivo de la inauguración de la Universidad de Chile, de la que él sería su rector fundador, expresó:

«A la facultad de leyes y ciencias políticas se abre un campo el más vasto el más susceptible y de aplicaciones útiles. Lo habeis oído: la utilidad práctica, los resultados positivos, las mejoras sociales, es lo que principalmente espera de la Universidad el gobierno; es lo que principalmente debe recomendar sus trabajos a la patria. Herederos de la legislación del pueblo rey, tenemos que purgarla de las manchas que contrajo bajo el influjo maléfico del despotismo; tenemos que despejar las incoherencias que deslustran una obra a que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias. Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas. ¿Y qué objeto más importante o más grandioso que la formación, el perfeccionamiento de nuestras leyes orgánicas, la recta y pronta administración de justicia, de seguridad de nuestros derechos, la fe de las transacciones comerciales, la paz del hogar doméstico?»⁵⁰³.

Para Bello, el estudio y dominio de la lengua era fundamental a la hora de organizar a la sociedad, porque en su obra la relación entre lenguaje y derecho permitía, a través del estudio de la gramática, dar un orden integral a los individuos y a la sociedad. Desde los años de su estancia en Londres, profundizó en el análisis del castellano concibiendo importantes contribuciones en la preservación y mejoras del uso del idioma, en los que destacaron, de manera especial, sus aportaciones a la gramática. Niebles Reales, observa la importancia que tenía en aquel tiempo el estudio de la gramática: «En realidad, la gramática es una especie de trans-manual que acoge materias diferentes con el pretexto de “enseñar la lengua” y lo que se pretende no es solamente que el nuevo ciudadano hable y lea correctamente, sino también que se comporte, que

⁵⁰³ Andrés Bello, «Discurso pronunciado por Andrés Bello en la inauguración de la Universidad de Chile», consultado el 9 de octubre de 2021, <https://www.uchile.cl/portal/presentacion/historia/4682/discurso-inaugural>.

actúe, que piense correctamente»⁵⁰⁴. Sin este dominio del lenguaje no habría podido alcanzar los logros referidos a su innovadora codificación.

Codificar era una tarea necesaria e ineludible para todo intelectual ilustrado, sea en Europa o en América. Codificar, no sólo era acción propia del campo jurídico, sino que era la idea movilizadora de todo el conocimiento. Se había pasado de un Antiguo Régimen a uno nuevo, de ser metrópolis con colonias a no serlo, de ser colonia a ser república. El caos era una consecuencia innegable de esta transición, de ser una realidad en algunos casos, a estar muy cerca de serlo en otros.

Tal situación ponía en riesgo a cualquier sociedad que fuera por la senda de la anarquía, o en su defecto, de la tiranía, ambas temidas por extremos lesivos a toda comunidad humana y política. El orden, que habíamos visto como noción de justicia en el mundo antiguo, surge de nuevo como criterio rector y función principal que debía cumplir el derecho. Las repúblicas independientes en América debían estructurarse bajo la idea de tener una legislación que fuera ordenada, y para ello, la codificación era el camino. Es decir, era el medio que la técnica del derecho y el lenguaje podían ofrecer para alcanzar esa ordenación.

El maestro de Bolívar fue el gran ausente en la tarea de construir estados republicanos una vez lograda la independencia. Alcanzada la libertad, por la vía de las armas, fue imposible sostener jurídicamente la unidad del proyecto bolivariano, porque la dispersión e incertidumbre

⁵⁰⁴ Eleucilio Niebles Reales, «Andrés Bello: la construcción de un orden civil fundamentado en la gramática», *Poligramas* 27 (2007): 12.

normativa⁵⁰⁵ generada por no saber qué preceptos aplicar. Esto es, si seguir los principios coloniales que habían sido vencidos en la guerra o los republicanos que eran desconocidos para las mayorías por ser declaraciones de corte intelectual e importadas desde de las monarquías que habían sido desterradas de América.

Probablemente, su posición de observador de los acontecimientos históricos de América y Europa, sumado a su amplia formación en humanidades, dieron a Bello el enfoque necesario para realizar en Chile una adecuada transición de colonia a república, visible en la relación entre codificación y constitucionalismo fundacional. Para 1830, año de la muerte de Bolívar, España conservó sus colonias en Cuba y Puerto Rico, además de en Filipinas⁵⁰⁶, acentuándose un proceder legislativo que ya había aplicado Castilla desde los primeros tiempos de la conquista y colonización (las Leyes de Indias). Nos referimos a la existencia de un régimen jurídico especial para estos territorios, que marcarse normativamente las diferencias que representaba haber nacido en la península y en las colonias. Alvarado comenta esta particular situación constitucional insular:

«Las Cortes de 1837 optaron por la solución más favorable a los intereses esclavistas. Tanto en las Antillas como en las Filipinas se sustituyó la aplicación de la Constitución por un sistema de *legislación especial*. Así, los habitantes de

⁵⁰⁵ Lo podemos apreciar por parte del propio Simón Bolívar en una carta del 12 de mayo de 1826, dirigida al Gran Mariscal de Ayacucho, Antonio José de Sucre, en el que le comenta el estado de la situación política de Colombia y en la que le comunica instrucciones. Al inicio de la comunicación, el Libertador, dice: «El Señor Pando, que ha venido del Istmo, me asegura que Colombia está en un estado de no poder marchar, y que toda amenaza ruina: primero por los partidos; segundo, por la hacienda; tercero, por la organización civil, que es lo más complicada y costosa; cuarto, porque las leyes son tantas que ahogan a la república», véase: Roza Acuña, *Simón Bolívar, op. cit.*, 38.

⁵⁰⁶ De haber conservado su dominio colonial en estas islas del Atlántico y del Pacífico, España hubiera consolidado una posición geopolítica inigualable.

dichos territorios quedaron privados de derechos políticos y, entre ellos, el de representación en Cortes. Esta distorsionadora presencia de los intereses coloniales es también la causante de que las Cortes del Sexenio, aunque devolvieran a las Antillas (no así a Filipinas) la representación política en Cortes, prolongaran el sistema de segregación o *communicatio*. Lamentablemente resultado de ello fue que mientras en la Península se aplicaba el sufragio universal (masculino), en Cuba y Puerto Rico se mantenía el censitario-capacitario»⁵⁰⁷.

Las islas serían el escenario en el que se empezaría toda una producción de normas que, en una sola materia (soberanía de ultramar) levantarían una maquinaria codificadora que se apartaría de, al menos, lo simbólico del constitucionalismo en cuanto su capacidad de limitar al poder.

El nivel de especialidad, en cuestiones de ultramar, tenía la intención de no implantar la Constitución sino un régimen jurídico propio que, abusando de la potestad reglamentaria, dio lugar al despotismo insular. Este hecho prolongó la condición colonial de estos territorios hasta 1898 momento en que, además de acciones locales⁵⁰⁸, Estados Unidos despojaría a España de estos territorios.

Una vez más, un trato jurídico igualitario pudo significar la oportunidad para que España conserve su presencia en las geografías insulares que aún tenía a 1898. No practicar la unidad jurídica con la España peninsular, sería una de las causas más relevantes para la

⁵⁰⁷ Javier Alvarado, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, 18.

⁵⁰⁸ Como en el caso de Cuba, influenciadas por el pensamiento independentista y revolucionario de José Martí.

separación definitiva de estas islas⁵⁰⁹ puesto que dos ordenamientos jurídicos tan marcados como diferentes, bajo una misma soberanía, jamás le fue posible sostener a España. Los efectos de estas diferencias de ordenamientos la apreciamos de la siguiente manera: «El *sistema de legislación especial* fue, en definitiva, una solución negociada para sustraer las islas al programa de reformas liberales que estaban aplicando en la metrópoli. Sin embargo, a la larga, fue un instrumento del Gobierno de turno para legislar cómodamente sin el control de las Cortes»⁵¹⁰.

Las Comisiones de Codificación, sea para el caso concreto que analizamos de España y sus dominios de ultramar del siglo XIX, como en cualquier otro país en el que la codificación se presentó como la «*técnica*» de organización jurídico-política a cargo de órganos ejecutivos, trajo un elemento de un riesgo (que aún existe) para la estabilidad democrática y republicana, nos referimos a lo que sucede cuando los «*técnicos*» desplazan a la voluntad política; se trata de un clásico enfrentamiento del reglamento frente a ley, que desentraña históricamente, una disimulada confrontación rey-parlamento, de monarquía frente a la república.

El andamiaje jurídico-colonial había durado tanto tiempo que era elemento arraigado en la forma de solventar los problemas cotidianos de las personas, aquellos ámbitos que son inherentes al derecho privado. Ese era el dilema que debían solventar las recién surgidas repúblicas

⁵⁰⁹ En el caso de Puerto Rico, aún a este día, su condición de Estado Libre Asociado de los Estados Unidos es una excepcionalidad jurídica, tanto para el Derecho internacional como para el Derecho constitucional.

⁵¹⁰ Alvarado, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar*, op. cit., 18.

americanas al tener que afrontar su independencia. Lira Urquieta⁵¹¹ analizó esta cuestión apreciando que, mientras los nuevos Estados redactaban Constituciones, se mantenían las leyes civiles de la colonia. Sobre estas últimas señala «(...) Pero infinitamente más confusa tenía que ser la aplicación de tales leyes en América, sea porque algunos textos peninsulares chocaban con otros textos dados especialmente para las Indias, sea sobre porque sobre determinados puntos había sobrevenido una precipitada legislación local. La simple enunciación de leyes que tenía vigencia en los países iberoamericanos, antes de estar concluido el proceso de codificación, nos da una idea de lo que fue ese laberinto legal»⁵¹². Esta situación presentaba la necesidad de comprender que el cambio jurídico era ineludible en las repúblicas americanas; sin embargo, esos cambios no podían ser repentinos. La regulación de los aspectos elementales de las nuevas sociedades debía seguir un camino y esa configuración jurídica es la que, años más adelante se aprecia en el trabajo legislativo y codificador de Bello. El político optaría por la línea de una transición jurídica paulatina a través de leyes que, *a posteriori*, sean codificadas. Ese era el método para salir jurídicamente de un régimen colonial a uno republicano, que previamente ya había cambiado desde lo militar y lo político.

⁵¹¹ El mismo Lira Urquieta, en la obra que citamos, nos presenta una prelación de leyes aplicadas en Chile, así como en el resto de la región, en los albores republicanos: 1º La legislación nacional, o sea, las leyes dimanadas del gobierno republicano; 2º Las Reales Cédulas y Provisiones Españolas expedidas para América después de la Recopilación de Indias y de las Ordenanzas de Bilbao, de Intendentes y de Nueva España; 3º Las indicadas Ordenanzas de Bilbao, de Intendentes y de Nueva España y la Recopilación de Indias; 4º Las Reales Cédulas posteriores a la Novísima Recopilación; 5º La Novísima Recopilación; 6º El Fuero Real y el Fuero Juzgo; 7º Las Leyes de Partidas. Rafael Caldera et al., *Significación histórica y vigencia moderna de la obra de Andrés Bello*, Caracas: La Casa de Bello, 1987, 259-260.

⁵¹² Caldera et al., *Significación histórica y vigencia moderna de la obra de Andrés Bello*, op. cit., 259.

La política chilena, en la que Bello estaba totalmente integrado, conoció el problema de tener que diseñar el nuevo régimen republicano desde la actividad legislativa del Congreso. Allí, algunos se inclinaban por la implantación de la traducción del Código Civil de Francia, que hubiese afrontado el problema de regular el orden civil a partir de una realidad social distinta, la francesa, en lugar de la chilena. Por su parte, la actitud prudente del venezolano tendía a hacer notar un enfoque distinto que el de solo codificar, que, sin ser conservador, tenga más bien un propósito estratégico en la tarea que debía realizar. Es decir, primero debía sortear en el plano de lo político, la tarea de codificar. Jaksic Andrade, comenta con acierto esta situación:

«Pero la connotación que daba Bello a esta palabra, “codificación”; era la de “compilación”; cosa que satisfacía a los miembros más cautelosos del Congreso. En efecto, comentando las virtudes de la propuesta de Vial, Bello señaló que “el plan de codificación debe separarse cuidadosamente del plan de reforma”, significando por “reforma” la transformación radical del sistema legal»⁵¹³.

No se haría justicia al amplio trabajo de Bello, tanto en el campo de la técnica legislativa codificadora, como del develamiento de lo que parecería una *estrategia codificadora* y edificante del constitucionalismo primigenio de Chile y de las naciones americanas, sino se menciona que su obra comenzó varios años antes que sea Senador e integrante de la Comisión de Codificación de leyes civiles⁵¹⁴. De hecho, fue el creador de algunas de esas leyes civiles, como aquellas en materia de propiedad

⁵¹³ Iván Jaksic Andrade, *Andrés Bello: La pasión por el orden*, Santiago: Editorial Universitaria, 2001, 193.

⁵¹⁴ Se oficializó el 10 de septiembre de 1840 y estaba compuesta por los senadores Andrés Bello y Mariano Egaña, y por los diputados Manuel Montt, Ramón Luis Irrázaval y Juan Manuel Cobo.

literaria, sucesiones de extranjeros e intestadas, navegación, matrimonio, prelación de créditos e hipotecas, mayorazgos y cuestión agraria⁵¹⁵.

La literatura jurídica sobre Bello resalta sobremanera el tratamiento legislativo que dio al problema de los mayorazgos en Chile, como uno de los principales problemas que afrontaba dicha nación y el resto de los países americanos⁵¹⁶, por asociarse al grave problema de concentración de la tierra⁵¹⁷, situación de la que se derivarían severos problemas internos representados en las disputas entre conservadores y liberales, como en los casos de Colombia y Ecuador. Bello tenía presente la necesidad de articular la cuestión de la propiedad con la existencia de

⁵¹⁵ Véase Jaksic Andrade, *Andrés Bello: La pasión por el orden*, op. cit., 269-70.

⁵¹⁶ Cabe señalar, como paradoja de la historia, que Simón Bolívar, en su niñez, fue titular de un mayorazgo que fundó en su beneficio el presbítero Juan Félix Jérez y Aristiguieta, pariente del Libertador, cumpliendo la voluntad de la madre de Bolívar. El mayorazgo, denominado Concepción (como la madre de Simón) estaba compuesto por una casa en Caracas, por tres haciendas que sumaban más de noventa mil plantas de cacao y por esclavos que vivían en dichas tierras, lo que convirtió a Simón Bolívar, pese a ser un niño todavía, en una de las personas más acaudaladas de Venezuela.

⁵¹⁷ Una descripción de lo que era un mayorazgo sería: «Esos bienes [los del mayorazgo] se diferenciaban de los bienes comunes y corrientes por una ligadura poderosísima. En virtud de esa ligadura —de este “vínculo”—, esos bienes no podían circular libremente (...) Ninguno de esos bienes podía ser arrancado del conjunto del cual formaba parte. Se llamó mayorazgo a esta vinculación de cosas valiosas, o sea bienes, porque generalmente pasaban de primogénito en primogénito. Por esto, al momento de morir un “mayorazgo”, el hijo mayor, por ejemplo, se convertía en el nuevo poseedor del mayorazgo y heredaba todo el conjunto vinculado. Ese conjunto —y esto es importantísimo— no lo heredaba el hijo mayor del padre mayorazgo, sino del mismísimo fundador de la vinculación, como si no hubiese, entre el nuevo mayorazgo y el fundador, historia familiar alguna (...) El fundador era a menudo un ancestro, casi mítico, que había conseguido un privilegio real. Ese privilegio era el de ligar sus bienes, el de generar este monumento patrimonial para la posteridad (...) La vinculación del mayorazgo desconocía, o bien aborrecía, la lógica capitalista de la inversión. Ningún bien podía ser enajenado para adquirir otros nuevos. Además, estos bienes no podían ser embargados, ese era el principal privilegio». Véase Joaquín Trujillo Silva, *Andrés Bello: libertad, imperio, estilo*, Santiago: Roneo, 2019, 128-129.

la república, visión que se compartía desde tiempos pasados del republicanismo británico⁵¹⁸.

Se eliminó la facultad de vincular bienes a los mayorazgos, permitiéndose su enajenación y división para que pudiera circular la propiedad de esos bienes (especialmente tierras) lo cual dio paso a pensar en la posibilidad de una industrialización al poder disponerse de esas propiedades, pero sin afectar del todo los beneficios económicos de los sucesores de los mayorazgos. Este es uno de los más importantes ejemplos sobre cómo el trabajo legislativo y codificador de Andrés Bello permitía a Chile ir sentando las bases de una república organizada, capaz de ir superando la condición de colonia, sin mayores impactos sociales de los que ya había sufrido producto de las guerras por la independencia⁵¹⁹. Esta consonancia entre regulación jurídica y realidad social es uno de los aciertos de la Constitución chilena de 1833⁵²⁰. En adelante, en perspectiva regional, la falta de armonía entre Constitución y ley, sigue siendo uno de los problemas fundamentales del constitucionalismo latinoamericano. Las Constituciones reflejan una orientación que la ley no plasma dado que se encaminan por sendas diferentes, donde el pragmatismo del poder termina por imponer la voluntad ejecutiva del reglamento.

⁵¹⁸ Como James Harrington, de quien Fernández opina que «la aportación más importante de este autor radica en la afirmación de que el sistema de propiedad determina el tipo de régimen». José Fernández Santillán, *Filosofía Política de la Democracia* (México: Fontamara, 1997), 52.

⁵¹⁹ Que por aquel tiempo seguía enfrentando por la Guerra de la Confederación Perú-Boliviana.

⁵²⁰ Diseñada por el jurista limeño Juan Egaña Risco, que sería la Constitución más estable en la Latinoamérica, dada su vigencia desde el 25 de mayo de 1833 (con reformas del 26 de junio de 1893.) hasta el 18 de septiembre de 1925.

La observación sobre la prudencia del primer constitucionalismo chileno, en el que apreciamos conformidad entre Constitución y ley, nos lleva a Gargarella, que, al estudiar rigurosamente el surgimiento y evolución del constitucionalismo de América Latina, dice que «las distintas respuestas que se fueron dando frente a los renovados problemas que se identificaron en la vida constitucional de la región se organizaron siempre en torno a dos ideales principales, que parecen inescapables en la historia del constitucionalismo. El primero nos refiere al ideal de la *autonomía individual*, y el segundo nos lleva a pensar en el ideal del *autogobierno colectivo*»⁵²¹. La cuestión de la religión y el derecho a decidir serían los grandes debates en cuanto a la autonomía individual y autogobierno colectivo, respectivamente, como señala Gargarella. Chile, a través de Juan Egaña (Constitución) y Bello (ley), pudo enlazar un factor de unidad (en la religión); trazar un futuro común en base a la independencia (la república) y preservar los intereses de los individuos (liberalismo) en una especie de equilibrio entre las posiciones conservadora, republicana y liberal, de acuerdo al análisis de Gargarella⁵²². Todos estos factores se entienden como problemas de poder, de acuerdo a lo que Lassalle analiza sobre el concepto de Constitución: «Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas *de derecho*, sino de *poder*; la *verdadera Constitución* de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más

⁵²¹ Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución, dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1801-2010)*, Buenos Aires: Katz, 2015, 20.

⁵²² *Ibid.*, 21-22.

que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social»⁵²³.

El Código Civil de Chile puede ser comparado con otros de la época como el de Francia, que era el referente de todos, el que se intentó en España y fue denominado Proyecto García Goyena⁵²⁴ y con el de Argentina, del jurista Dalmacio Vélez Sarsfield. El código redactado por Andrés Bello posee notables diferencias a su favor debido a su condición de estudioso de la lengua. Pese a tener como fuentes a los textos francés y español, su obra, en general, es un producto original. Solo el Código Civil de Chile (de Bello) fue capaz de plantear una definición de ley (que se replicó en los códigos de Ecuador y Colombia), lo que no presentan otros afamados códigos como los expuestos a continuación:

Código Civil francés, 1804.	Proyecto de Código Civil español, 1851.	Código Civil chileno, 1855-1857.	Código Civil argentino, 1869-1871.
Artículo 1.- Las leyes y, desde su publicación en el Diario Oficial de la República francesa, los actos administrativos entran en vigor el día que señalen o, en su	Artículo 1.- Las leyes sólo son obligatorias y surten efecto desde el día que en ellas mismas se designe; y en su defecto lo surtirán, en la Península a los	Artículo 1. - La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución,	Artículo 1.- Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros,

⁵²³ Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, trad. Wenceslao Roces, Barcelona: Ariel, 2012, 100.

⁵²⁴ Por su autor, el jurista Florencio García Goyena y Ororbía, que era integrante de la Comisión General de Codificación, que había sido creada mediante Real Decreto de 19 de agosto de 1843 con el fin de preparar cuatro códigos: civil, penal, procedimientos civiles y procedimientos penales. Para profundizar más al respecto de la historia de la Comisión General de Codificación en España, véase: «Ministerio de Justicia de España», Comisión General de Codificación, consultado el 28 de marzo de 2022, <https://www.mjusticia.gob.es/en/areas-tematicas/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/quienes-somos>.

<p>defecto, al siguiente de su publicación. Sin embargo, aquellas de sus disposiciones cuya ejecución precise de medidas de aplicación entran en vigor el día en que éstas lo hagan.</p> <p>En caso de urgencia, entran en vigor, desde su publicación, las leyes cuyo decreto de promulgación lo prescriba y los actos administrativos para los que lo ordene el Gobierno por disposición especial.</p> <p>Las disposiciones del presente artículo no se aplican a los actos individuales.</p>	<p>diez días siguientes al de su inserción en la Gaceta Oficial del Gobierno; en las Islas Baleares a los veinte y en las Canarias a los treinta.</p>	<p>manda, prohíbe, o permite.</p>	<p>domiciliados o transeúntes.</p> <p>Artículo 2.- Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.</p>
---	---	-----------------------------------	--

Fuente: elaboración propia

Lo anotado no es un simple acierto. Bajo la óptica de la historia del constitucionalismo apreciamos el bagaje intelectual de su contribución. Bello, que también había estudiado el derecho romano y era una de las fuentes de su labor como jurista, entendía cabalmente la trascendencia de la ley y su relación con la Constitución⁵²⁵, en especial

⁵²⁵ McIlwain destaca alrededor de estos vínculos: «Si se quiere entender la médula del espíritu del constitucionalismo romano, es necesario, por encima de todo, analizar la naturaleza de la *lex*». Véase Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. Juan José Solozabal Echavarría, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, 69.

esta última que «debía ser más un mecanismo para el gobierno de la sociedad»⁵²⁶.

Un Código Civil siempre será una tarea inmediata y de permanente actualización del constitucionalismo, y más en las etapas fundacionales y constituyentes. La regulación de la vida particular, como irradiación constitucional, no puede ser distante, ni distinta, de las pautas constitucionales.

Los objetivos de la Constitución están cumplidos cuando se reconoce un marco de derechos y garantías que permitan el progreso individual y colectivo de los ciudadanos y la delimitación del marco de acción del poder estatal, pero dichos objetivos tienen que verse reflejados en la edificación legal del derecho privado, empezando por el derecho civil, que, al menos en América Latina, tiene la característica de ser inamovible, pese a las dinámicas de la Constitución.

Las repúblicas latinoamericanas, que surgieron de las guerras de independencia, encontraron en la obra codificadora de Andrés Bello la armonía entre un constitucionalismo de génesis nacional y la redacción de normas civiles que permitió sentar las bases de las nuevas sociedades de esa época, en conformidad con los principios que necesitaba un país que surgía como Estado nacional. Han cambiado y cambian las Constituciones latinoamericanas; pero no se han modificado, salvo ligeras excepciones⁵²⁷, las regulaciones de fondo de las instituciones del

⁵²⁶ José M. Portillo Valdés, *El constitucionalismo en América Latina*, México: El Colegio de México, 2016, 62.

⁵²⁷ Como las que se han venido cumpliendo a través de la jurisprudencia de Cortes y Tribunales Constitucionales de Colombia, Ecuador y Perú en fallos relativos a temas

derecho privado, por lo que sigue siendo una tarea pendiente en América Latina la actualización del derecho civil, de acuerdo con los nuevos paradigmas del derecho constitucional.

como matrimonio igualitario, titularidad de derechos de la naturaleza, entre otros. O por medio de reformas legislativas en el campo de otras materias en las que, por ejemplo, se ha instaurado la responsabilidad administrativa o penal de las personas jurídicas.

Conclusiones

La investigación, presenta las siguientes conclusiones:

1.- El constitucionalismo es un constructo histórico y filosófico de origen europeo, que se manifiesta en un doble sentido; el primero, como una forma de limitar al poder, para lo cual emplea el reconocimiento de derechos a los miembros de la sociedad, básicamente, los que derivan de la igualdad y libertad, ejercidos bajo la autonomía del cuerpo político, y el segundo, organizando y estructurando dicho poder de acuerdo a formas de gobierno que atienden a la concreta realidad de su momento histórico.

2.- El iusnaturalismo y el positivismo jurídico, desde la óptica de la filosofía del derecho, constituyen fuentes del constitucionalismo. En el primer caso, el devenir histórico evidencia que las tensiones alrededor de la *desigualdad* llevaron siempre al intento de las élites sociales cercanas al centro del poder, la monarquía, a reclamarle similares condiciones o, al menos, muy próximas a ello. El iusnaturalismo se transforma a partir del largo camino transitado entre la justificación de la desigualdad hasta la igualdad. En el segundo caso, el positivismo jurídico contribuyó a la tarea de ordenar a la sociedad a partir de la técnica de la codificar la legislación y otorgar rigidez a la constitución.

3.- La república, en la premodernidad y modernidad, es una de esas expresiones de reclamo de las élites, que, a nombre de los súbditos de base -luego convertidos en ciudadanos- reivindican para sí mismos espacios de autonomía para la toma de decisiones. A esto debemos agregar una reinterpretación del cristianismo que, procurando

distanciarse del voluntarismo divino de corte agustiniano, daría paso a una mayor posibilidad de márgenes de acción individual y colectiva.

4.- La república moderna se configuró a partir de las exigencias por tratos de igualdad entre élite y monarquía, pero no como una manifestación de igualdad común entre todos los miembros de la comunidad. La tarea de intermediación entre monarquía y pueblo daría paso a que se forje la necesidad del concepto de representación.

5.- El encuentro de Europa con lo que hoy es América, además de ser un hito de la historia, significó un nuevo escenario en la manera de entender la desigualdad y la primera ocasión en la que se plantearía la igualdad como parte de la condición humana. La conquista española siguió la lógica de una guerra e invasión contra los pueblos originarios, siguiendo la enseñanza aristotélica en cuanto al derecho que le asiste al civilizado sobre el salvaje, cuyo fundamento fue la difusión de la fe cristiana fundamento y su forma jurídica el dominio por ocupación.

6.- Las instituciones jurídicas castellanas y romanas, transformadas en derecho indiano, se convirtieron en los mecanismos para que transiten, de Europa a América Latina, las ideas del republicanismo moderno, la evolución escolástica, la Ilustración y el liberalismo. Estas doctrinas irían tomando sus propios matices en el lado americano e inspirarían a una progresiva rebelión durante todo el siglo XVIII y principios del siglo XIX.

7.- En el caso europeo, el iusracionalismo y el utilitarismo se convierten en corrientes que sentaron las bases del constitucionalismo y

republicanismo modernos. La invasión francesa de España y Portugal supuso una oportunidad para los criollos americanos que, por primera vez en casi tres siglos, estaban frente a un amplio vacío de poder en la península, que permitió adaptar sus intereses al movimiento del juntismo que decía conservar los derechos del rey. Como consecuencia, la autoridad española en América empezó generalizadamente a ser desconocida y con la restauración monárquica se daría inicio a las guerras de la independencia americana, siendo Simón Bolívar su principal líder político y militar.

8.- La independencia americana trajo consigo el reto, para el constitucionalismo de las naciones emergentes, de crear estados con una forma de gobierno republicana. En el caso concreto, el constitucionalismo de Simón Bolívar, de inicio a fin de su obra constitucional, innovó la tradicional división tripartita del poder con un cuarto poder, orientado hacia el arbitraje entre el ejecutivo y legislativo y al fomento de las virtudes ciudadanas para sostener la república, a través de la opinión pública y la educación. Sin embargo, su mayor impacto ha sido en el campo de la integración latinoamericana, aunque no siempre con experiencias sólidas y perdurables en el tiempo. El centralismo en la Administración pública es otro rasgo de esta primera fase del constitucionalismo latinoamericano, que perduraría notoriamente hasta los años noventa del siglo pasado.

9.- El positivismo jurídico presenta una teoría del derecho a partir de la separación de elementos subjetivos en la formulación de preceptos jurídicos que ahora, desligados de aspectos como la religión, se enfocaría en la dimensión objetiva que solo ofrece la norma jurídica.

10.- La producción del derecho ya no será el resultado de la voluntad personal del rey, sino que ahora en el Estado liberal será el legislador el titular de la voluntad general para promulgar las leyes. Esa creación de leyes se dará gracias a la técnica legislativa de la codificación. Los regímenes liberales, tanto en Europa como en América Latina, procurarán desarrollar códigos que ordenen u organicen las cuestiones más relevantes del derecho privado, es decir, primordialmente de la regulación de los asuntos de la propiedad y la voluntad.

11.- En América Latina tendría especial relevancia la obra de Andrés Bello como el más destacado de los codificadores. Su labor se centró en el estudio de distintas fuentes europeas, el análisis de las sociedades de las naciones americanas recientemente independizadas y, del manejo de la unidad del lenguaje del español. A partir de estos aspectos produciría una importante organización jurídica republicana en Chile, actividad ausente y descuidada en la visión constitucional de Simón Bolívar. La obra jurídica cumbre de Bello fue el Código Civil chileno, adoptado en varios países de la región, en la que dicha materia terminaría por ser el pilar en la que más se apoyaría y asimilaría la recepción del constitucionalismo en América Latina.

Bibliografía citada

- Acero, Nibaldo, Jorge Cáceres y Hugo Herrera Pardo. *Vestigio y especulación. Textos anunciados, inacabados y perdidos de la literatura chilena*. Santiago: Chancacazo, 2014.
- Ackerman, Bruce. *Nosotros, el pueblo I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Traducido por Josep Sarret Grau. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2015.
- Alby, Juan Carlos. «La concepción antropológica de la medicina hipocrática». *Enfoques* 16, nº 1 (2004): 5-29.
- Alcalde Jiménez, José María. *El poder del señorío. Señoría y poderes locales en Soria entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, 1997.
- Alexandrovich Afanasyev, Anton. «La Escuela de Salamanca del siglo XVI: algunas contribuciones a la ciencia económica». *Empresa y Humanismo* 19, nº 1 (2016): 7-30.
- Almeyda Juan David y Mortimer Sellers. «Republicanism: aspectos filosóficos». *Ciencia Política* 16, nº 32 (2021): 265-282.
- Altez, Rogelio. «El terremoto de 1812 en la ciudad de Caracas: un intento de microzonificación histórica». *Revista Geográfica Venezolana* 46 (2005): 171-198.

Alvarado, Javier. *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Amezúa Amezúa, Luis-Carlos. «Aportaciones de los clásicos iusnaturalistas hispanos al ideario liberal». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 12 (2008): 52-53.

Aquino, Tomás de. *Suma de Teología II*, parte I-II. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.

Aquino, Tomás de. *Tratado del gobierno de los príncipes*. Buenos Aires: Losada, 2019.

Aragón Reyes, Manuel. «Introducción». En *El Gobierno. Problemas constitucionales*, coordinado por Manuel Aragón Reyes y Ángel Gómez Montoro. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Ascheri, Mario. «Las ciudades-Estado italianas de la edad media y la herencia de Roma». *Anales de la Universidad de Alicante. Historia medieval*, nº 14 (2003-2006): 7-20.

Báez Osorio, Miryam. «Reflexiones: el juntismo hispanoamericano y el ideal republicano de los criollos», *Historia y Memoria* 2 (2011): 177-210.

Ballester Rodríguez, Mateo. «Comunidad, patria y nación como fuentes de la legitimidad política en las comunidades de Castilla (1520-1521)». *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, nº 153 (2011): 215-259.

- Barrientos Grandón, Javier. «*Mos italicus*” y *práxis judicial indiana*». *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos* 5-6 (1996-1997): 359-430.
- Bayona Aznar, Bernardo. *Marsilio de Padua: ¿La primera teoría laica del Estado?* Zaragoza: Biblioteca Nueva Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007.
- Belda Plans, Juan. «Hacia una historia crítica de la «Escuela de Salamanca»». *Scripta Theologica*, vol. 31, nº 2 (1999): 367-411.
- Bentham, Jeremy. *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Traducción de Cristina Pabón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Agencia Boletín Oficial del Estado, 2004.
- Bentham, Jeremy. *Tácticas parlamentarias*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.
- Blanco Fombona, Rufino. *Simón Bolívar. Escritos políticos. El espíritu de Bolívar*. México, Porrúa, 1999.
- Bobbio, Norberto. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta, 2018.
- Bolívar Mesa, Rosendo. «Simón Bolívar: su propuesta de gobierno republicano centralista y la utopía de la construcción de una Patria Grande». *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales* 39, nº 158 (1994): 45-65.

- Bolívar, Simón. «Discurso pronunciado por Simón Bolívar ante el Congreso de Angostura, 15 de febrero de 1819», *Cuadernos de Cultura Latinoamericana* 30 (1978): 5-35.
- Bolívar, Simón. «La Carta de Jamaica», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n° 61 (1983): 186-201.
- Bolívar, Simón. «Decreto de guerra a muerte», *Procesos Históricos*, n° 24 (2013): 150-151.
- Bonilla, Daniel. *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.
- Brasa Díez, Mariano. «Métodos y cuestiones filosóficas en la Escuela de Traductores de Toledo». *Revista Española de Filosofía Medieval* 3 (1996): 35-49.
- Cáceres, Jorge. «Republicanismo bíblico independentista. El caso de la “Instrucción” de Antonio Berney (Santiago 1780-1781)». *Revista de Humanidades*, n° 36 (2017): 69-96.
- Cacua Prada, Antonio. «La Carta de Jamaica base de la construcción de América Latina». *Estudios Latinoamericanos*, n° 38-39 (2016): 5-18.
- Caldera Infante, Jesús. «Sucre, pionera del derecho internacional humanitario durante la gesta de la emancipación». *Derecho y Realidad* 9, n° 18 (2011): 305-42.

- Caldera, Rafael, Eduardo Plaza, Pedro Lira Urquieta, Hessel Yntema, Jorge Gamboa Correa, Ricardo Donoso y Guillermo Feliu Cruz. *Significación histórica y vigencia moderna de la obra de Andrés Bello*. Caracas: La Casa de Bello, 1987.
- Calvo García, Manuel. *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos, 2018.
- Camacho, Fermín. «Occupatio Apis». *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, nº 5 (1990): 49-72.
- Cardozo Uzcátegui, Alejandro. «Simón Bolívar y el II Marqués de Uztáriz. Una vivencia cortesana e ilustrada del futuro Libertador americano». *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País* 57, 1-2 (2011):141-164.
- Carpintero, Francisco. «Mos italicus», «mos gallicus» y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, en *Ius Commune*, ed. Helmut Coing. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1977.
- Carpintero, Francisco. *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- Carpintero, Francisco. *La ley natural, historia de un concepto controvertido*. Madrid: Encuentro, 2008.

- Castilla Urbano, Francisco. «El concepto de "estado de naturaleza" en la escolástica española de los Siglos XVI y XVII». *Anuario de filosofía del derecho*, n° 12 (1995): 425-446.
- Castilla Urbano, Francisco. *El pensamiento de Juan Ginés de Sepúlveda. Vida activa, humanismo y guerra en el Renacimiento*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- Castro Sáenz, Alfonso. *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch/Universidad de Sevilla, 2011.
- Cendejas Bueno, José Luis. «Ciencia económica y pensamiento económico de la Escuela de Salamanca». *Relecciones: Revista interdisciplinaria de filosofía y humanidades*, n° 7 (2020): 93-111.
- Ciamarelli, Fabio. *Instituciones y normas*. Madrid: Trota, 2009.
- Cicerón. *La República y Las Leyes*. Madrid: Akal, 2020.
- Chust, Manuel. «Constitucionalismo español del siglo XIX». En *Historia constitucional. Estudios comparativos*, editado por Enrique Ayala Mora. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional.
- Clavero, Bartolomé. «Constitucionalismo y colonialismo en las Américas: el paradigma perdido en la historia constitucional». *Revista de historia del derecho* 53, n° 1 (2017): 23-39.

- Clavero, Bartolomé. «Constitucionalismo original latinoamericano». En *Lecciones de Filosofía del Derecho. Cartografía comparada de la crítica jurídica europea*, dirigido por Yuri Tornero Cruzatt y Ángel Gaspar Chirinos. Lima: IDEMSA, 2018.
- Colomer, Josep. *El utilitarismo: una teoría de la acción racional*. Barcelona: Montesinos, 1987.
- Contreras, José Francisco. *La filosofía del derecho en la historia*. Madrid: Tecnos, 2016.
- Cruz, Luis M. *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2000.
- Cunill, Carolina. «El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI». *Cuadernos de intercambio* 8, nº 9 (2011), 229-248.
- De Cabo Martín, Carlos *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid: Trotta, 2010.
- De Prada García, Aurelio. «¿"Individuo" o "Uno de nosotros"?: Aristóteles y los prejuicios individualistas no percibidos». *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, nº 56 (2021): 347-374.
- Del Águila Rafael y Sandra Chaparro. *La república de Maquiavelo*. Madrid: Tecnos, 2005.

Delgado Pinto, José. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

De Julios Campuzano, Alfonso. «Las Transformaciones del Derecho Moderno». *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR* 5, nº 2 (2002): 125-148.

De Julios Campuzano, Alfonso «De la paz perpetua al constitucionalismo cosmopolita». *Teorema*, vol. 33/1-3 (2004): 71-88.

De Julios Campuzano, Alfonso. *La Constitución de Cádiz. Epopeya revolucionaria y mito constitucional. Discurso de Ingreso en la Academia Andaluza de Ciencia Regional*. Sevilla: Academia Andaluza de Ciencia Regional, 2021.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. «La Sublimis Deus: producto del pensamiento novohispano y documento básico de la tradición iberoamericana de derechos humanos». *Pensamiento Novohispano* 14 (2013): 117-139.

Descartes, René. *Discurso del Método; Meditaciones Metafísicas; Reglas para la Dirección del Espíritu*. Madrid: Gredos, 2011.

Descartes, René. *El discurso del método*. Barcelona: Bruguera, 1974.

Diomedi, Alexis. «La guerra biológica en la conquista del nuevo mundo. Una revisión histórica y sistemática de la literatura». *Revista chilena de infectología* 20, nº 1 (2003): 19-25.

- Dippel, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Traducido por Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Dorado Porras, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Duverger, Christian. «Cortés. La espada y la pluma», en *Hernán Cortés en el siglo XXI, V centenario de la llegada de Cortés a México*, editado y coordinado por José Ángel Calero Carretero y Tomás García Muñoz, 43-66. Medellín-Trujillo: Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, 2020.
- Dumont, Jean. *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*. Madrid: Encuentro, 2009.
- Dussel, Enrique. «¿Descubrimiento o invasión de América?», *Concilium. Revista Internacional de Teología* separata n° 220 (1988): 481-488.
- Dussel, Enrique. «Siete hipótesis para una estética de la liberación». *Praxis* 77 (2018): 1-37.
- Dussel, Enrique. *Siete ensayos de filosofía de la liberación, hacia una fundamentación del giro decolonial*. Madrid: Trotta, 2020.
- Echeverría, Bolívar. *Definición de cultura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.

- Echeverría, Bolívar. *La modernidad de lo barroco*. México: Era, 1998.
- Escamilla Castillo, Manuel y Josefa Dolores Ruiz Resa. *Utilitarismo y constitucionalismo: la ocasión de 1812*. Madrid: Dykinson, 2012.
- Estermann, Josef. *Filosofía andina, sabiduría indígena para un nuevo mundo*. Quito: Abya Yala, 2015.
- Fernández Conti, Santiago. «Carlos V y la alta nobleza castellana: el almirante don Fadrique Enríquez». Comunicación presentada en el Congreso Internacional "Carlos V y la quiebra del humanismo político en Europa (1530-1558)", Sociedad Estatal para la Conmemoración de los Centenarios de Felipe II y Carlos V, 3-6 de julio de 2000.
- Fernández-Galiano, Antonio. *Derecho natural, introducción filosófica al derecho*. Madrid: Editorial Ceura, 1986.
- Fernández-Santamaría, José Antonio. *Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco (1595-1640)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- Fernández-Santamaría, José Antonio. *Juan Ginés de Sepúlveda: la guerra en el pensamiento político del Renacimiento*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Fernández Sarasola, Ignacio. «Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 36, nº 105 (2006): 255-282.

- Filangieri, Gaetano. *Ciencia de la Legislación*, volumen II. Madrid: Agencia Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta, 2014.
- Fioravanti, Maurizio. *El Estado moderno en Europa*. Madrid: Trota, 2004.
- Freile, Carlos. *La Revolución de los Estancos, 1765*. Quito: Presidencia de la República del Ecuador, 2005.
- Garaicoa, Xavier. *Normativismo sistémico de los derechos. El proceso de la constitucionalización del Buen Vivir*. Guayaquil: Edilex, 2012.
- García y García, Antonio. *En el entorno del Derecho Común*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, 1999.
- Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución, dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1801-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2015.
- Gargarella, Roberto. «Doscientos años de constitucionalismo americano: Estados Unidos y América Latina frente a frente». En *El constitucionalismo en el continente americano*, compilado por Daniel

Bonilla Maldonado. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Universidad EAFIT, 2016.

Garrorena Morales, Ángel. *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Gómez García, Juan Guillermo. *La Carta de Jamaica, 200 años después. Vigencia y memoria de Bolívar* Bogotá: Ediciones B, 2015.

Gómez Restrepo, Carlos. «Los desarrollos teóricos de la Escuela Austriaca de Economía inspirados en la Escuela de Salamanca, validez en el estudio de problemas contemporáneos». *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, vol. 7, nº 1 (2010): 123-155.

Grossi, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Traducido por Francisco Tomás y Valiente y Claudia Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.

Gutiérrez Escudero, Antonio. «Túpac Amaru II, Sol vencido: ¿el primer precursor de la emancipación?». *Araucaria* 8, nº 15 (2006): 205-233.

Hernández Marín, Rafael. *Compendio de Filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Hervada, Javier. *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2006.

- Hervada, Javier. *Temas de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2012.
- Hespanha, António Manuel. *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- Hobbes, Thomas. *Elementos de Derecho Natural y Político*. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- Hobbes, Thomas *Leviatán*. Madrid: Alianza Editorial, 2018.
- Horn, Norbet. «Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual». *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1 (2000): 77-94.
- Kant, Immanuel. *Contestación a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?* Barcelona, Taurus, 2019.
- Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Alianza Editorial, 2016.
- Las Casas, Bartolomé de. *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Madrid: Cátedra, 2013.
- Las Casas, Bartolomé de. *Tratados*. México: Fondo de Cultura Económica, 2018.
- Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Traducido por Wenceslao Roces. Barcelona: Ariel, 2012.

- Leal Curiel, Carol. «Imaginario político republicano de la provincia de Venezuela (1808-1812)». *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n° 35 (2008): 311-355.
- Lefort, Claude. *Maquiavelo, lecturas de lo político*. Traducido por Pedro Lomba. Madrid: Trotta, 2010.
- Levaggi, Abelardo. «República de indios y república de españoles en el Reino de las Indias». *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n° 23 (2001): 419-428.
- Lleonart y Amselem, Alberto. «Surgimiento de los Estados modernos y su impacto en el Derecho del Mar. Contribución doctrinal de Bartolo de Sassoferrato». *Revista de Política Internacional* 156 (1978): 135-160.
- Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 2017.
- Lockhart James y Stuart B. Schwartz. *América Latina en la edad Moderna. Una historia de la América española y el Brasil coloniales*. Traducido por J. G. Pérez Martín. Madrid: Akal, 1992.
- Lynch, John. *Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1826*. Barcelona: Ariel, 2014.
- Lynch, John. *Simón Bolívar*. Bogotá: Crítica-Planeta Colombiana, 2019.

Malamud, Carlos. *El sueño de Bolívar y la manipulación bolivariana. Falsificación de la historia e integración regional en América Latina*. Madrid: Alianza, 2021.

Mantilla, Benigno. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis, 1996.

Maquiavelo, Nicolás. *El príncipe, Del arte de la guerra, Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid: Gredos, 2011.

Maquiavelo, *Del arte de la guerra*. Traducido por Manuel Carrera Díaz. Madrid: Tecnos, 1995.

Maravall, José Antonio. *Las Comunidades de Castilla, una primera revolución moderna*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

Marín y Mendoza, Joaquín. *Historia del derecho natural y de gentes*. Madrid: Universidad Carlos III, 2015.

Marrero-Fente, Raúl. «Imperialismo, colonialismo y derecho: una crítica postcolonial de la razón jurídica en la conquista de América». En *Estudios transatlánticos postcoloniales, II Mito, archivo, disciplina: cartografías culturales*. Barcelona: Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, 2011.

Marrero-Fente, Raúl. «La matanza de Caonao en La Carta de relación de Diego Velázquez una retórica de exculpación». *Telar*, nº 27 (2021): 113-130.

Marsilio de Padua. *El defensor de la paz*. Madrid: Tecnos, 1989.

Martínez Garnica, Armando. «La entrevista de Guayaquil», *Procesos* 37, n° 1 (2013): 127-145.

Martínez Garnica, Armando. Traducción de Ana Cecilia Ojeda Avellaneda y Lorena María Flórez González. «Documento. La Declaración de Independencia de Haití (1804)», *Revista Historia Caribe* 6, n° 8 (2011): 189-194.

Martínez López, Juan José. *Montesquieu: la complejidad de lo político. Ciencia Política y Construcción Sociocultural*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Culturales, 2016.

Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Consuelo. *Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2017.

Martiré, Eduardo. *La Constitución de Bayona entre España y América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, 2000.

McIlwain, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducido por Juan José Solozabal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

Megías Quirós, José Justo. *Propiedad y Derecho Natural en la Historia. Una relación inestable*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 1994.

Megías Quirós, José Justo y Leticia Cabrera Cano. *Historia de las ideas políticas, de la democracia griega a la monarquía medieval*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2015.

Megías Quirós, José Justo. «Derecho natural clásico, derecho natural moderno y positivismo». *Quaestio Iuris* 16, nº 4 (2021): 1881-1909.

Mendoza Pizarro, Javier. «La Universidad de San Francisco Xavier en los sucesos de 1809 en el Alto Perú». *Ciencia y cultura*, nº 22-23 (2009): 21-30.

Monje Santillana, Juan Cruz. «Las Leyes de Burgos de 1512, precedente del derecho internacional y del reconocimiento de los derechos humanos». Trabajos Programa de Doctorado “Sociedad Plural y Nuevos Retos del Derecho”. Burgos: Universidad de Burgos.

Montesquieu, *La separación de poderes. Sobre las leyes que configuran la libertad política, entendida esta en su relación con la constitución*. Barcelona: Página indómita, 2021.

Morelli, Federica. «La revolución en Quito: el camino hacia el gobierno mixto». *Revista de Indias*, 62, nº 225 (2002): 335-356.

Moreno Yáñez, Segundo y Christina Borchart de Moreno. «Las reformas borbónicas en la Audiencia de Quito». *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, nº 22 (1995): 35-57.

- Muñoz Cordero, Lydia. «¡Viva el barrio! La rebelión popular de los barrios de Quito contra la Aduana y el Estanco al aguardiente: 1765». En *Boletín de la Academia Nacional de Historia*, Vol. XCII N° 190. Quito: Academia Nacional de Historia, 2014.
- Muñoz Cordero, Lydia. «Levantamientos barriales en América Latina. Quito y Bogotá. Siglos XVIII y XIX. Historias desde abajo». *Estudios Latinoamericanos*, n° 38-39 (2018): 69-80.
- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo X La administración del Estado*. Madrid: Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales/Boletín Oficial del Estado, 2017.
- Naucke Wolfgang y Regina Harzer. *Filosofía del derecho. Conceptos básicos*. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- Niebles Reales, Eleucilio. «Andrés Bello: la construcción de un orden civil fundamentado en la gramática». *Poligramas* 27 (2007): 1-17.
- Núñez Martínez, María. *Cuba y Puerto Rico en el constitucionalismo español. Las Cartas Autonómicas primer antecedente del Estado Autonomico español*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, 2008.
- Olibar, José Alberto. «Reseña de “Santiago Mariño” de M.A. Donís». *Politeia* 33, n° 44 (2010): 219-221.

- Ollero, Andrés. «La crisis del positivismo jurídico (Paradojas teóricas de una rutina práctica)». *Persona y derecho*, nº 28 (1993): 209-256.
- Ordoñez López, Manuel y Luis Crespo. *Bosquejo de la Historia de Bolivia* (La Paz: Ministerio de Instrucción Pública, 1912.
- Pace Alessandro y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. *La rigidez de las constituciones*, trad. Paloma Biglino Campos y Luis Delgado del Rincón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- Paredes Muñante, Jorge. «La conspiración contra Miranda del 31 de julio de 1812». *Diálogos* 16, nº 2 (2015): 219-267.
- Paz i Miño, Juan. «La revolución independentista de Quito de 1809». *Archipiélago* 17, nº 65 (2009): 4-7.
- Pisarello, Gerardo. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Madrid, Trotta, 2014.
- Platón, «Eutifrón», en *Diálogos I*. Madrid, Gredos, 2011.
- Platón, «La República», en *Diálogos II*. Madrid, Gredos, 2011.
- Portillo Valdés, José M. *El constitucionalismo en América Latina*. México: El Colegio de México, 2016.
- Prieto López, Leopoldo. «Francisco Suárez, el pactismo hispánico y la emancipación de la América española». En *Civilización y dominio: la*

mirada del otro, editado por Francisco Castillo Urbano. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2010.

Prieto López, Leopoldo. «El derecho de resistencia en Francisco Suárez. Un Diálogo con Pablo Font», *Daimon*, nº 80 (2020): 201-208.

Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 2011.

Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

Puy Francisco. «Sobre la antinomia universalidad-relativismo». *Anuario de Filosofía del Derecho* 11 (1994): 75-89.

Puyol, Àngel. *El discurso de la igualdad*. Barcelona: Crítica, 2001.

Rabinovich-Berkman, Ricardo. *Derecho Romano para Latinoamérica*. Quito: Cevallos, 2006.

Radbruch, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Traducida por José Medina Echavarría. Madrid: Reus, 2008.

Ramis, Juan Pablo. «Reflexiones sobre el trasfondo político en el juicio contra Sócrates». *Atenea (Concepción)* 491 (2005): 57-69.

Rawls, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Traducido por Albino Santos Mosquera. Bogotá: Paidós-Planeta, 2017.

- Rebok, Sandra. «La expedición americana de Alexander von Humboldt y su contribución a la ciencia del siglo XIX». *Bulletin de l'Institut français d'études andines* 32, n° 3 (2003): 441-448.
- Riberi, Pablo. *Teoría de la representación política. Crisis y desafíos del Estado contemporáneo*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Rivera García, Antonio. «El republicanismo de Cicerón: retórica, constitución mixta y ley natural en De República». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 29 (2006): 367-386.
- Rinke, Stefan. *América Latina y Estados Unidos. Una historia entre espacios desde la época colonial hasta hoy*. México: El Colegio de México/Marcial Pons, 2015.
- Rodríguez, Jaime. «Los orígenes de la revolución de 1809 en Quito» *Secuencia* (2008): 199-227.
- Romero Castro, Diego. «Marsilio de Padua: génesis de la modernidad jurídica y política». En *Cuestiones de actualidad jurídica y social en el Ecuador*, dirigido por Lyonel Calderón Tello. Barcelona: Editorial Bosch, 2020, 19-35.
- Rosillo, Alejandro. *La tradición hispanoamericana de derechos humanos. La defensa de los pueblos indígenas en la obra y la praxis de Bartolomé de Las Casas, Alonso de la Veracruz y Vasco de Quiroga*. Corte Constitucional de Ecuador: Quito, 2012.

Rozo Acuña, Eduardo. *Simón Bolívar, obra política y constitucional*. Madrid: Tecnos, 2007.

Ruiz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos, de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009.

Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, Blanca. «Una visión sobre el testamento y el Codicilo de Isabel La Católica». *Icade. Revista de la Facultad de Derecho* 63, nº 1 (2004): 113-152.

San Agustín. *La Ciudad de Dios*. México: Porrúa, 2014.

Sánchez Santiró, Ernest. «Una modernización conservadora: el reformismo borbónico y su impacto sobre la economía, la fiscalidad y las instituciones» En *Las reformas borbónicas, 1750-1808*, coord. Clara García Ayuardo. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.

Santos, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad*. Traducido por Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 2012.

Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta/ILSA, 2009.

Santos, José Antonio. «Falsos derechos y buenas intenciones. A propósito del derecho de resistencia en las constituciones contemporáneas». *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez* 48 (2014): 243-256.

- Santos, José Antonio. «El hombre tecnológico como fetiche de la modernidad ampliada. Acuerdos y desacuerdos con la posmodernidad como resistencia de Jesús Ballesteros». *Dikaion* 26, nº 1 (2017): 11-30.
- Schwartz, Pedro y Carlos Rodríguez Braun. «Las relaciones entre Jeremías Bentham y S. Bolívar». *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, nº 3 (1992): 45-68.
- Sen, Amartya. *La desigualdad económica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Sieyes, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Traducción y notas de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez (Madrid: Alianza Editorial, 2012).
- Skinner, Quentin. «Una genealogía del Estado moderno», *Estudios Públicos*, nº 118 (2010): 8.
- Sepúlveda, Juan Ginés de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Soriano González, María Luisa. «De la República de Maquiavelo a la República de Giannotti». *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 4 (2009): 181-191.
- Soto, Luis G. *Teoría de la justicia e idea del Derecho en Aristóteles*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Stoetzer, Otto Carlos. «El espíritu de la legislación de Indias y la identidad latinoamericana». *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 53 (1986): 101-123.

Stoetzer, Otto Carlos. *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

Strauss, Leo y Joseph Cropsey (comps.). *Historia de la filosofía política*. Traducido por Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

Strauss, Leo. *Derecho natural e historia*. Buenos Aires: Prometeo, 2013.

Stuart Mill, John. *El utilitarismo*. Madrid: Alianza, 2021.

Suárez, Francisco. *Defensa de la fe*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970.

Suárez, Francisco. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

Taladoire, Éric. *De América a Europa, cuando los indígenas descubrieron el Viejo Mundo (1493-1892)*. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

Tamayo, Juan José. «El sermón de Fray Antón Montesino». *El País*. 20 de diciembre de 2011.

- Tau Anzoátegui, Víctor. *La ley en América hispana*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992.
- Theimer, Walter. *Historia de las ideas políticas*. Traducido por José Luis Lacruz Berdejo. Caracas/Barcelona: Ariel, 1969.
- Troper, Michel. *La filosofía del derecho*. Traducido por Teresa García-Berrio Hernández. Madrid: Tecnos, 2004.
- Troper, Michel. *Ensayos de Teoría Constitucional*. Estudio introductorio y traducción de Bernardo Bolaños. México: Fontamara, 2008.
- Urueña Cervera, Jaime. *Bolívar republicano. Fundamentos ideológicos e históricos de su pensamiento político*. Bogotá: Aurora, 2007.
- Urueña Cervera, Jaime. *Bolívar y la virtud republicana*. Bogotá: Aurora, 2019.
- Urueña Cervera, Jaime. *Bolívar, dictador y legislador republicano. Influjo romano en su ideario*. Bogotá: Aurora, 2012.
- Valera-Villegas, Gregorio. «Simón Bolívar: viajes de formación y bildung». *Revista de Pedagogía* 33, nº 94 (2013): 189-213.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín. «Reflexiones sobre un bicentenario (1812-2012)». En *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, editado por José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón, 75-84. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

- Vico, Giambattista. *El derecho universal*. Traducción y notas de Francisco J. Navarro Gómez. Barcelona: Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.
- Villaroya, Joaquín Tomás. *Breve historia del constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Vitoria, Francisco de. *Sobre el poder civil; Sobre los indios; Sobre el derecho a la guerra*. Madrid: Tecnos, 1998.
- Vollet, Mattias. «Vestigios protodemocráticos en la edad media tardía: Marsilio de Padua, Nicolás de Cusa». En *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, editado por Rodolfo Arango, 21-45. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales.
- Von Stein, Lorenz. *Tratado de teoría de la administración y derecho administrativo*. Traducido por José Andrés Ancona Quiroz. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Welzel, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho, derecho natural y justicia material*. Traducción de Felipe González Vicén. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2011.
- Welzel, Hans. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2020.

Zambrano Álvarez, Diego. «El rol del mito en la filosofía del orden y del Derecho». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 21 (2018): 47-75.

Zapatero, Virgilio. «El Club de los Nomófilos», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 3 (1998): 61-94.

Páginas web.

Biblia. Consultado el 4 de octubre de 2021. <https://www.biblia.es/biblia-buscar-libros-1.php?libro=deuteronomio&capitulo=17&version=lbla>.

Biblioteca Nacional de España. Consultado el 1 de octubre de 2021, <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000047947&page=1>.

Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Constituciones hispanoamericanas-Chile. Consultado el 20 de abril de 2022. https://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/chile_constituciones/.

Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Tratado de Armisticio. Consultado el 7 de abril de 2022. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/tratado-de-armisticio-1820--0/html/ff6c3062-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_0_.

Britannica. Mayflower Compact. Consultado el 17 de diciembre de 2019.
<https://www.britannica.com/topic/Mayflower-Compact>.

Consejo Constitucional de Francia. Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Consultado el 6 de abril de 2022. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>.

Iglesia Luterana. 95 tesis de Martín Lutero. Consultado el 15 de diciembre de 2019. <https://www.iglesialuterana.cl/doctrina-luterana/martin-lutero/95-tesis/>.

Ministerio de Justicia de España. Comisión General de Codificación. Consultado el 28 de marzo de 2022. <https://www.mjusticia.gob.es/en/areas-tematicas/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/quienes-somos>.

National Archives. Magna Carta. Consultado el 26 de febrero de 2019. <https://www.archives.gov/exhibits/featured-documents/magna-carta#:~:text=But%20there%20are%20two%20principles,the%20law%20of%20the%20land.%22>

Real Academia de la Historia, biografía de José de Antequera y Castro. Consultado el 28 de septiembre de 2021, <https://dbe.rah.es/biografias/9914/jose-deantequera-y-castro>.

Real Academia de la Historia, biografía de José Gabriel Condorcanqui. Consultado el 5 de octubre de 2021. <https://dbe.rah.es/biografias/15298/jose-gabriel-condorcanqui>.

Real Academia de la historia. Biografía de Joaquín Marín y Mendoza. Consultado el 5 de octubre de 2021. <https://dbe.rah.es/biografias/31150/joaquin-marin-y-mendoza>.

Real Academia de la Historia. Biografía de José Tomás Boves. Consultado el 21 de octubre de 2021. <https://dbe.rah.es/biografias/8729/jose-tomas-boves-y-de-la-iglesia>.

Real Academia de la Historia. Rebelión Comunera. Consultado el 15 de septiembre de 2021. <https://www.rah.es/rebelion-comunera/>.

Real Academia Española. Código. Consultado el 20 de febrero de 2022. <https://dpej.rae.es/lema/c%C3%B3digo2>.

Real Academia Española. Definición de iglesia. Consultado el 26 de febrero de 2019, <https://dle.rae.es/?id=KvQIZU1>.

Universidad Complutense de Madrid. Francisco Suárez. Consultado el 1 de octubre de 2021. <https://biblioteca.ucm.es/fsl/principales-obras-de-francisco-suarez>.

Universidad de Castilla-La Mancha. Escuela de Traductores de Toledo. Consultado el 25 de febrero de 2019. <http://escueladetraductores.uclm.es/>.

Universidad de Chile. Discurso de inauguración. Consultado el 9 de octubre de 2021. <https://www.uchile.cl/portal/presentacion/historia/4682/discurso-inaugural>.

Universidad EAFIT. Discurso de Angostura. Consultado el 7 de abril de 2022. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/coherencia/article/view/5618>.

Universidad Pontificia Bolivariana. Carta de Jamaica. Consultado el 22 de octubre de 2021. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5406>.

Constituciones

Bolivia. Constitución del Estado, de 19 de noviembre de 1826.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n° 499, de 20 de octubre de 2008.

Ecuador. Constitución de Quito. Artículos del Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las Provincias que forman el Estado de Quito, de 15 de febrero de 1812.

Ecuador. Constitución del Estado del Ecuador, de 14 de junio de 1830.

España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

España. Constitución Política de la Monarquía Española, de 19 de marzo de 1812.

Francia. Constitución Francesa, de 3 septiembre de 1791.

Haití. Constitución de Haití (Santo Domingo), de 1801.

Perú. Constitución Política de la República del Perú, de 30 de diciembre de 1993.

Venezuela. Constitución Federal para los Estados de Venezuela, de 21 de diciembre de 1811.

Leyes.

Argentina. Código Civil, Ley nº 340, de 25 de septiembre de 1869.

Chile. Código Civil, de 14 de diciembre de 1855.

Ecuador. Código Civil.

España. Proyecto de Código Civil (Proyecto García Goyena), de 1851.

España. Código Civil.

Francia. Código Civil de los franceses, de 21 de marzo de 1804.