

## Igualdad y representación en las Cortes de Cádiz: una mirada americana<sup>1</sup>

Felipe Westermeyer Hernández<sup>2</sup>

Recibido: 20/07/2022 / Aceptado: 02/09/2022

**Resumen.** Esta investigación se adentra en el ya conocido tema de la representación en las Cortes, desde la perspectiva indiana, verificando la veracidad de los argumentos dados por los diputados americanos, que con base en el derecho indiano fundamentaron peticiones que iban más allá de lo que hasta ese momento había discutido el derecho constitucional.

**Palabras clave:** Representación, igualdad, derecho indiano, Cortes de Cádiz

### [en] Equality and representation in the Cádiz Cortes: an American look

**Abstract.** This research delves into the well-known issue of representation in the Parliament, from the American perspective, verifying the veracity of the arguments given by the American deputies, who, taking base on the Indias' law, founded petitions that went beyond what had been discussed up to that moment in constitutional law.

**Keywords:** Representation, equality, Indias law, Cortes of Cádiz.

### [fr] Égalité et représentation dans les Cortes de Cadix: une perspective américaine

**Résumé.** Cette enquête approfondit le sujet bien connu de la représentation devant les tribunaux, du point de vue américain, en vérifiant la véracité des arguments avancés par les députés américains, qui, sur la base de la loi de Indias, ont élayé des requêtes qui allaient au-delà de ce que jusqu'à ce moment-là était discuté dans le champ du droit constitutionnel.

**Mots clé:** Représentation, égalité, droit indien, Cortes de Cádiz

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Estado de la cuestión. 3. Las Cortes de Cádiz ante un nuevo derecho. 4. ¿Qué derecho indiano? 5. ¿Quiénes invocaron el derecho indiano? 6. Distintos significados de la voz igualdad en las Cortes de Cádiz. A. Acepciones de la voz igualdad. 7. Debate en el pleno. 8. Normas e insituciones indianas que sirvieron de fundamento a este debate. 9. Consideraciones finales.

<sup>1</sup> Agradezco las observaciones, correcciones y sugerencias de mis apreciados colegas Antonio Dougnac Rodríguez, Juan Javier del Granado, Rafael Jäger y Alejandro Mayagoitia. Dedico palabras especiales de reconocimiento, por el tiempo y los innumerables favores, sin los cuales este trabajo nunca se habría podido realizar, al profesor de la Universidad de Sevilla, don Fernando Betancourt Serna y a la bibliotecaria de la Universidad de Chile, señora Gioconda Pulgar. Todos los errores son única y exclusiva responsabilidad del autor.

<sup>2</sup> Universidad de la Frontera. LLM in Rechtswissenschaft. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. [westermeyer.felipe@gmail.com](mailto:westermeyer.felipe@gmail.com)

**Cómo citar:** Westermeyer Hernández, F. (2022). Igualdad y representación en las Cortes de Cádiz: una mirada americana, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 29, 139-193.

## 1. Introducción

El derecho indiano fue un ordenamiento jurídico de carácter premial, construido sobre la diferencia y la desigualdad, que sentó las bases de un orden político y social vigente parcialmente hasta la actualidad en la mayor parte de la América hispanoparlante. Este ordenamiento tuvo por objetivo dar un mínimo de paz y estabilidad a una sociedad nueva, marcada por enormes diferencias étnicas, culturales y económicas. Su primer objetivo fue poner atajo a los innumerables abusos perpetrados contra el aborígen, procurando por una parte, vía ensayo y error, estatuir una institucionalidad responsable de su protección, y, por otra, en el marco de una sociedad confesional, evangelizarlo. Esos objetivos se vieron rápidamente complementados con la fundación de un nuevo orden político. Dichos fines se lograron en grado superlativo, recurriendo para la consecución de ellos a los métodos jurídicos y a las instituciones políticas y sociales conocidas en ese momento en Europa.<sup>3</sup> Dicha extrapolación fue una realidad propia de todo el período indiano.<sup>4</sup> La Corona permitió el paso a Indias de las obras de los autores en boga en cada época, por lo que las ciencias jurídicas en la América española siempre tuvieron contacto con las principales tendencias de España, Portugal, Italia y Austria.<sup>5</sup> Por tanto, no resulta extraño que las obras de los principales representantes del protoconstitucionalismo hubiesen circulado en América y que este movimiento haya encontrado en la América hispanohablante terreno fértil para la concreción de sus postulados en constituciones escritas.

Es importante precisar que el paso de un derecho de carácter geográfico, diferenciado y estructurado en torno a las distintas calidades de cada persona, a otro inspirado en los planteamientos del constitucionalismo y la codificación fue un proceso que tomó varios y distintos derroteros, algunos de alcance local, otros de alcance nacional y unos pocos de carácter continental. Entre las últimas destaca, tanto por el procedimiento de discusión como por su proyección en Europa y América, el mo-

<sup>3</sup> Gran parte de los estudios de derecho indiano se refieren a ello. Véase las Actas del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y la Revista Chilena de Historia del Derecho, especialmente hasta el N° 17.

<sup>4</sup> Al hablar de período indiano nos referimos al período que va desde 1492 hasta 1810.

<sup>5</sup> Mucho es lo que se ha estudiado este fenómeno por parte de los iusindianistas. Para ver el vínculo entre el mundo indiano y los juristas austríacos, sobre todo en Derecho penal, véase Bernardino Bravo Lira, “La fortuna del código penal español de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeillier a Vascconcellos y Seijas Lozano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 74, 2004, p. 23-58. “Bicentenario del Código Penal de Austria: su proyección desde el Danubio a Filipinas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 26, 2004, p. 115-155. En Derecho canónico véase Antonio Dougnac, “Venecia, el derecho canónico y su proyección en Indias”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 23, 2011, p. 9-33; “La producción canonista italiana en dos pensadores hispanoamericanos de comienzos del siglo XIX: el chileno Justo Donoso y el peruano Francisco de Paula González Vigil”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 24, 2014, p. 15-189. Para el caso de Nueva España, véase José Luis Soberanes Fernández, *El Pensamiento constitucional en la Independencia*, México. Editorial Porrúa, 2012, 201p. En Chile, en el acto de inauguración del primer congreso nacional, en julio de 1811, se menciona en uno de los discursos a Hobbes, Montesquieu, Bacon, Grocio, Puffendorff, Locke, Hume, Rousseau y Mably en V.Letelier (Ed.), *Sesiones de los Cuerpos legislativos de la República de Chile*, 1811-1848. Santiago, 1887, Tomo I, p. 40.

mento constitucional que tuvo lugar en las Cortes de Cádiz. En cuanto al procedimiento, porque cumplió con gran parte de los requisitos de lo que hoy denominaríamos “democracia deliberativa”<sup>6</sup> y en lo referente a su proyección por la cantidad de temas que se discutieron en su seno, así como también por la cantidad de países que adoptaron esa constitución como texto vigente o que siguieron el modelo que en esa carta se implementó.

En este artículo pretendemos adentrarnos en uno de los temas más debatidos por la doctrina desde los albores del constitucionalismo: el de la igualdad desde la perspectiva indiana. Para abordarla, nos haremos cargo de tres dificultades que representa su estudio en las Cortes de Cádiz.

En primer lugar, es necesario analizar cómo se entendió la igualdad en esas Cortes. Se trata de una época de transición jurídica, que se caracterizó por la convivencia de instituciones de corte monárquico y otras de inspiración republicana. Si bien dicha convivencia fue común a gran parte de Europa, cada reino europeo tuvo sus particularidades. Por esa razón es importante estudiar ese fenómeno en las fuentes gaditanas. La segunda dificultad que presenta un estudio de la igualdad desde la perspectiva americana viene dada por precisar de qué derecho indiano se habló en las Cortes y quiénes fueron los que lo invocaron. La igualdad en América y su proyección en el texto constitucional estuvo atravesada por una pregunta tácita: ¿qué derecho indiano se recepcionaría? ¿él más integrativo o él más estamental? Relacionada con esta pregunta resurgió un cuestionamiento aparentemente zanjado a fines del siglo XVI. Si en las postrimerías de esa centuria quedó fuera de discusión que el aborigen es persona, la configuración de la ciudadanía cuestionó hasta dónde esa calidad permitía ejercer derechos políticos. Si la ciudadanía fue desde un principio una calidad de acceso restringido, cabe preguntarse cómo se asumió ese carácter selectivo o censitario en sociedades que además de diferencias sociales estaban atravesadas por diferencias étnicas y culturales. Ese debate puso en tela de juicio el trato especial que daba el derecho indiano al aborigen,<sup>7</sup> pues en opinión de muchos representantes del liberalismo peninsular esa misma calidad no lo hacía merecedor de la ciudadanía. En otras palabras, ¿se le podían reconocer derechos políticos a aquellos que no habían asimilado plenamente la cultura occidental? En tercer lugar, forzoso es clarificar de qué igualdad se está hablando: ¿de una de trato o de una igualdad en la diferencia?

Tras cada una de estas interrogantes había grupos defendiendo sus intereses, elaborando discursos, diseñando estrategias y tratando de buscar la manera de encontrar un lugar en el nuevo pacto social. Ciertamente, el constitucionalismo ofrecía instru-

---

<sup>6</sup> Realizamos esta aseveración tomando en consideración el ideal propuesto por Jürgen Habermas. Considerando que la propuesta de este filósofo es un ideal imposible de realizar, afirmamos lo anterior dado que hubo un debate abierto, tanto en sala como en comisiones, en el que estuvieron representadas las distintas corrientes políticas y constitucionales de la época, sin mayores censuras. Entre las corrientes políticas presentes cabe destacar a los fidelistas, los liberales y también los americanos. Estos últimos, a la hora de reivindicar los intereses de los reinos de Indias, actuaban como un partido. Aparte de ello, hubo una corriente afrancesada, que si bien no estuvo presente orgánicamente en las Cortes, sí lo estuvo a nivel de ideas. La representación territorial fue significativa, porque cada región traía sus propias propuestas, intereses y tradiciones culturales que reivindicar y defender.

<sup>7</sup> Los estudiosos del derecho indiano lo definen como un estatuto protector similar al de un menor de edad. En las discusiones en las Cortes el debate fue más concreto. Se refirió a las diferencias lingüísticas, en materia de organización política y a los derechos colectivos de los diversos grupos aborígenes, preferentemente en Nueva España.

mentos jurídicos tendentes a resguardar algunos intereses: los derechos y las garantías. Empero, comúnmente se olvida que el derecho indiano, atendida la ausencia del monarca, desde un principio diseñó mecanismos institucionales para cautelar algunos intereses. Por lo mismo, no da lo mismo hablar de constitucionalismo e igualdad a un lado u otro del Atlántico, dado que las realidades eran demasiado distintas, como más de algún diputado doceañista descubrió al calor de los debates.

## 2. Estado de la cuestión

Desde la década de 1960 se vienen realizando importantes investigaciones sobre el constitucionalismo gaditano, que demuestran que este, por su proyección y características, posee características propias, que lo diferencian de las otras vertientes del constitucionalismo clásico.<sup>8</sup> Para efectos de esta investigación, la característica más relevante del constitucionalismo gaditano es su carácter tricontinental, que le da un matiz multifacético y mucho más susceptible a distintas interpretaciones que las otras vertientes del constitucionalismo clásico.<sup>9</sup> Esta característica ha sido rescatada por la historiografía jurídica recién en las últimas décadas. Durante un largo tiempo la constitución de Cádiz fue más bien la historia de una preterición.<sup>10</sup> Con anteriori-

<sup>8</sup> Por tales nos referimos al constitucionalismo inglés, al francés y al norteamericano.

<sup>9</sup> La primera interpretación que se hizo de la constitución de Cádiz es de carácter liberal. Hasta el día de hoy es conocida con ese calificativo. A los ojos del actual desarrollo historiográfico, el calificativo de liberal debe entenderse como una ruptura con la monarquía absoluta, como una recepción de los ideales de la ilustración y del constitucionalismo, en materia de soberanía, separación de los poderes del Estado y régimen de gobierno. Emblemática de esa corriente es la obra de José Queipo de Llano, *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España, por el Excelentísimo Conde de Toreno*, Madrid, M. Rivadeneyra, Impresor, Editor, 1872. Esta corriente cobró especial relevancia entre los constitucionalistas a partir de 1978, quienes hicieron una lectura del texto constitucional aplicando categorías contemporáneas, buscando legitimar en el pasado las bases del nuevo sistema político. También desde mediados del siglo XX, comenzó a aflorar un nuevo enfoque ius historiográfico a nivel latinoamericano, que rescató el aporte de Cádiz en el nacimiento de los derechos nacionales. La suerte de la constitución de Cádiz como texto vigente en América fue muy dispar, por lo que el interés en ella ha tenido un hado similar. De enorme relevancia son las incontables investigaciones que sobre ella se han hecho en México, donde fue texto vigente. Solo a modo de ejemplo, véase Alejandro López Sánchez, *La constitución de Cádiz y su impacto en el occidente novohispano*, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015. Un buen resumen de todo lo anterior en Fernando Martínez, “La constitución de Cádiz de 1812 y sus consecuencias”, *Índice Histórico Español*, 2º Época, 2012, N° 125, p. 157-185.

<sup>10</sup> Largo sería entrar a dilucidar las causas de este fenómeno historiográfico. Probablemente esta omisión se explica por la perenne inestabilidad que ha caracterizado a Hispanoamérica en los últimos dos siglos y por el uso y abuso que se ha hecho de las constituciones, a lo que se debe sumar la desmesurada ambición del movimiento liberal doceañista, que pretendió que la constitución escrita mataría varios pájaros de un tiro: solucionaría la crisis en la que estaba sumida la monarquía, transformaría la corona en una nación y la monarquía absoluta en una de carácter constitucional. Desde un punto de vista historiográfico, Cádiz fue descubierta para explicar los orígenes de la España moderna, omitiendo cualquier irradiación más allá de sus fronteras. En las décadas siguientes los estudios historiográficos derivaron en la existencia de una familia jurídica constitucional, que abarca territorios en los que “la Pepa” jamás fue reconocida como texto vigente. Véase M. Artola, *Los orígenes de la España contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1959. 2. Volúmenes. Para su proyección en el mundo no hispanoparlante Andrea Romano, “Cádiz en Italia. La recepción de la constitución de Cádiz en Italia y la revolución piemontesa” p. 459-472. Tatiana Alexeva, “La constitución española de 1812 y los decembristas rusos”, p. 524-542. Ditlev Tamm, “La influencia en Escandinavia: Cádiz 1812 y Eidsvoll 1814”, todos en José Antonio Escudero (ed.) *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, Editorial Espasa, 2011, Tomo III. También Manuel Moreno Alonso, *El miedo a la libertad en España. Ensayos*

dad, se investigó el influjo de otras vertientes del constitucionalismo clásico en Cádiz. Un trabajo pionero en lengua inglesa fue el de C.W. Crawley, que concluyó que la influencia francesa, de larga data por medio del gobierno borbónico y de la constitución francesa de 1791, fue mucho más relevante que el influjo del constitucionalismo inglés.<sup>11</sup> En el interín, la pluma de Francisco Tomás y Valiente<sup>12</sup> y sus discípulos, junto a trabajos de carácter dogmático como los de Joaquín Varela<sup>13</sup> y Santos Coronas,<sup>14</sup> han puesto de relieve la importancia del derecho tradicional en la discusión y formulación del nuevo ordenamiento jurídico. Todo un hito en esa interpretación es la obra de los discípulos de Tomás y Valiente, Carlos Garriga y Marta Lorente, quienes muestran cómo la práctica y pervivencia del derecho tradicional interactuó con el derecho constitucional doceañista.<sup>15</sup> En el marco de ese derrotero, pese a ser el derecho indiano el ordenamiento jurídico tradicional que regulaba la vida de la mitad de los habitantes de la corona, el rol que éste jugó en las Cortes sigue siendo relativamente desconocido. Más aún aquellos que relacionan igualdad con el ordenamiento indiano. Hasta el momento, los mejores estudios respecto al derecho indiano y las reclamaciones de igualdad se deben al trabajo de los profesores Lorente y Portillo, cuyas investigaciones arrojan que tales reclamaciones tuvieron un carácter muy concreto, relacionadas con la equiparación en el nombramiento en los empleos públicos, liberalización de ciertos cultivos y de comercio y la creación de industrias, escuelas o universidades.<sup>16</sup> Aunque carente de una perspectiva histórico-jurídica, relevante es el aporte de Rieu-Millan, quien señala que las peticiones económicas de diversos sectores de la sociedad indiana son coincidentes. Cita como ejemplo las instrucciones dadas por el cabildo del Cuzco que resume en las siguientes peticiones: creación de cátedras de matemáticas, medicina, química y metalurgia; expropiación de tierras para aumentar las rentas de la ciudad; alternancia en los cargos entre peninsulares y naturales del Cuzco; libertades económicas, agrícolas y artesanales; liberalización del comercio de mercurio; rebaja de los gravámenes de los campos y supresión de algunos impuestos.<sup>17</sup> La autora sostiene que los diputados americanos reivindicaron intereses marcadamente regionales, que en varias ocasiones ni siquiera alcanzaron a representar a los reinos de los que provenían, generándose en los hechos una representación que se ubica en un intermedio: no se corresponde ni con el procurador del cabildo ni con la representación propiamente liberal. Por lo mismo,

---

sobre liberalismo y nacionalismo, Ediciones Alfar S. A., Sevilla, 2006, 498 pp. Del mismo autor, *La constitución de Cádiz. Una mirada crítica*, Edición anotada, Ediciones Alfar, Sevilla, 2011, 221 pp.

<sup>11</sup> C.W. Crawley, "French and English influences in the Cortes of Cadiz, 1810-1814", *Cambridge Historical Journal* VI., p. 176-208.

<sup>12</sup> Francisco Tomás y Valiente, "Génesis de la constitución de 1812: De muchas leyes fundamentales a una sola constitución", *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 65, 1995. pp.13-125.

<sup>13</sup> Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico: Las Cortes de Cádiz*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983. 434 pp.

<sup>14</sup> Otro trabajo muy ilustrativo del paso desde el Derecho tradicional al Derecho constitucional moderno en Santos Coronas González, "De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 81. Año 2011. pp. 11-82.

<sup>15</sup> Emblemática es la obra de Lorente Sariñena, Marta Lorente Sariñena y Carlos Garriga, *Cádiz 1812: la constitución jurisdiccional*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 527 pp.

<sup>16</sup> Marta Lorente y José Portillo, *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Cortes Generales, Madrid, 2012, p.76

<sup>17</sup> Marie Rieu-Millán, *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz: igualdad o independencia*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, p. 25-26.

frente al Estado unitario y centralizador propugnado por liberales, los americanos habían reivindicado un Estado con autonomías.<sup>18</sup>

Por nuestra parte, probablemente esta interacción entre igualdad y derecho indiano tuvo un alcance mayor al planteado por los mentados académicos. La cautividad del monarca y la ocupación militar de parte de la península eran solo una señal más de que el sistema político y social atravesaba por una profunda crisis. Las reformas borbónicas no habían dado los resultados esperados, y como efecto colateral.- al menos en el caso americano- acrecentaron las tensiones entre los distintos grupos sociales e introdujeron otras de carácter territorial.<sup>19</sup> A lo anterior había que sumar el descontento por la política económica de Carlos IV, que representó un retroceso respecto a las reformas implementadas por sus predecesores y una significativa pérdida de legitimidad de la figura del monarca.<sup>20</sup> Si a todo eso se agregan las palmarias diferencias entre las teorías del origen del poder sustentadas por los Borbones y las reivindicadas por el mundo indiano,<sup>21</sup> se puede entender la necesidad de un nuevo pacto social. Para algunos, este pasaba por una constitución escrita, que recepciona-

<sup>18</sup> Marie Rieu-Millán, *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz: elecciones y representatividad*, Quinto Centenario, Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 54.

<sup>19</sup> Solo a modo de ejemplo, véase el estudio de Eduardo Martiré acerca de la rebelión de Tupac Amaru en los Andes Centrales del Perú como una reacción contra las reformas borbónicas, que se hicieron insoportables para vastos sectores de la población aborigen de la cordillera, que no pudo tolerar la alteración de su orden tradicional: Eduardo Martiré “El impacto de las reformas borbónicas en el mundo andino. Consecuencias de la alteración ilustrada de un orden tradicional” en Eduardo Martiré (Ed.), *La América de Carlos IV. Cuadernos de Investigaciones y Documentos I*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2006, p. 131-189.

<sup>20</sup> Con el advenimiento de los revolucionarios en Francia en 1789, la relación de España con su vecino país se volvió compleja, no sólo por los vínculos familiares entre las casas reinantes. Tras la ejecución del monarca francés, la corona de España declaró la guerra a la convención revolucionaria en un conflicto que se extendió hasta 1795, con deplorables resultados para ella y el surgimiento de movimientos independentistas en Cataluña y las Vascongadas. El conflicto finalizó con el tratado de paz de Basilea, en el que España recuperó los territorios que los revolucionarios franceses ocuparon en el sur de los Pirineos a cambio de suscribir una alianza contra Inglaterra. A los revolucionarios franceses les interesaba contar con el apoyo de la escuadra española para combatir a la armada inglesa. Tal cambio de bando derivó rápidamente en un nuevo conflicto bélico, de larga duración (1796-1802), en el que los ingleses lograron interrumpir el comercio entre España y América, generando un enorme perjuicio a las arcas fiscales, la quiebra de casas comerciales en Cádiz y de fábricas en Cataluña, que vivían del comercio con América. Este conflicto terminó para la corona hispana con consecuencias nefastas: se vio obligada a ceder la Louisiana a Francia, mientras el poder de la casa de Borbón quedó muy debilitado en el Mediterráneo, perdiendo el ducado de Parma. Lo único que España logró recuperar fue la isla de Menorca. Sin embargo, la paz con Gran Bretaña duró poco. Pese a los intentos de la Corona española por mantenerse neutral, tratando inclusive de comprar su neutralidad en la nueva guerra que emprendió Francia contra Inglaterra, ahora bajo la dirección de Napoleón Bonaparte, esta se vio finalmente envuelta, perdiendo gran parte de su escuadra en la batalla de Trafalgar. Tal política tuvo consecuencias nefastas para América. Obviamente el erario estaba exhausto y no fue posible seguir financiando obras de progreso en ultramar. Por el contrario, aumentó la presión fiscal sobre los reinos americanos pues ellos eran la principal fuente económica para sostener la Corona y financiar las próximas guerras. También se le colocaron una serie de restricciones a los productores americanos, a fin de dificultar el comercio entre los distintos reinos y favorecer la muy alicaída economía peninsular. Todo ello resintió el ánimo de los americanos.

<sup>21</sup> La teoría del origen del poder predominante en Indias era el ideario de san Isidoro, acorde al cual la Divinidad da el poder al pueblo, el que a su vez se lo entrega al monarca. Por el contrario, los borbones defendían la teoría del origen divino del poder, según la cual el poder del monarca provenía directamente de Dios. Para ver la elaboración conceptual que confeccionaron los juristas indios a partir del ideario de San Isidoro; véase Antonio Dougnac, “Un jurista indiano en la ruta de Hobbes”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N°17 (Santiago, 1992), p. 29-55.

se los postulados de la Ilustración y el constitucionalismo, abrogase una serie de instituciones y modificase las estructuras sociales, mientras que para otros significaba recuperar las leyes fundamentales de España, escondidas en algunos textos del ya milenarismo derecho español. Mientras algunos recurrirían a la tradición; otros derrochamente buscarían hacer tabla rasa de ella. No obstante, lo relevante es que en ambas posturas subyacía un ánimo de introducir reformas, actualizar el ordenamiento jurídico y poner nuevos límites al ejercicio del poder, redistribuirlo, darle garantías de participación a otros sectores de la sociedad y evitar que los bienes de la corona fuesen tratados como patrimonio privado. La triste experiencia del reinado de Carlos IV era un llamado de atención: el bien común debía ser prioridad. Con ese fin, fue importante la política de uniformización jurídica, precursora de la igualdad, que abarcó todos los reinos de la corona, en base al derecho castellano. En el caso indiano, este proceso se desarrolló entre paradojas: por una parte, el derecho indiano contaba con un cuerpo propio, la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias* (1680/1681), que le daba un carácter en buena medida autónomo, y por otra, no había estado sujeto a ningún pacto político entre el monarca y los reinos. Lo último se debió en parte a la ausencia de un órgano que encauzara la relación política del reino en su conjunto con el monarca.<sup>22</sup>

Tal proceso, así como su proyección, han sido parcialmente estudiados y prueban las dificultades que tuvo la monarquía para aceptar las peculiaridades de Indias, que finalmente se impusieron en las Cortes y se reflejaron en el articulado de la carta gaditana.<sup>23</sup> La igualdad, en su versión indiana, ha sido estudiada indirectamente con ocasión del influjo de la constitución de Bayona en el proceso gaditano. Esa carta consagró derechos e instituciones atractivos para los americanos, fijando el mínimo que los peninsulares deberían reconocer para retener los reinos americanos. El medio para seducir y retener América fue la constitución escrita. Ante una carta otorgada como la de Bayona, los patriotas gaditanos realizaron una mejor oferta: convocar a Cortes generales y extraordinarias. A la constitución escrita se agregaba un proceso participativo, en el que los reinos americanos tenían la posibilidad de ser escuchados. El método de redacción de una carta fundamental siempre tiene un carácter sustantivo. En una carta otorgada se pueden tener en cuenta los ordenamientos jurídicos locales o propios de cada reino e incluso se puede reformar el ordenamiento jurídico en cuestión, modificar incluso de golpe y porrazo, pero una constitución redactada por un grupúsculo nunca alcanza a dar cuenta de la naturaleza, las peculiaridades y las instituciones propias de cada derecho en el marco de una corona. Ahí radica la diferencia entre la constitución de Bayona y la de Cádiz. En la primera el derecho indiano fue reformado y, en general, con buen resultado, pero en la segunda encontró vías de expresión, fue usado como fuente argumentativa y estuvo sujeto a revisión y reforma en forma transparente. Las diferencias entre Cádiz y Bayona no se dan tanto a nivel de las reformas, sino en cuanto a la participación de las comunidades y sus representantes en el proceso de deliberación.<sup>24</sup> Otra particularidad de la constitución

<sup>22</sup> Marta Lorente y José Portillo, *Op cit.*, p. 30

<sup>23</sup> Felipe Westermeyer, „Derecho indiano y uniformización jurídica en las Cortes de Cádiz“, en Manuel Torres Aguilar (Ed.) *Poder, Sociedad y Administración de Justicia en la América Hispánica (Siglos XVI-XIX)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020, Tomo I. pp. 599.-624

<sup>24</sup> Eduardo Martíre dice que, más allá de la discusión acerca de quienes asesoraron o redactaron la carta de Bayona, sus redactores y el mismo Napoleón estaban muy bien informados acerca de las necesidades y aspiraciones

de Cádiz fue ofrecer reformas a la organización imperial en el largo plazo; mientras en el corto, representó la oportunidad de detener el desmembramiento del imperio. Por lo mismo, cada bando se vio obligado a pensar y mirar más allá de sus propios intereses. Para aquello la igualdad fue un argumento de tonelaje.

En base a las tres dificultades metodológicas arriba expuestas intentaremos dilucidar solo en parte algunas de las siguientes preguntas: ¿Qué concepciones de igualdad se conjugaron en esas Cortes? ¿Qué labor cumplió el derecho indiano como fundamento jurídico de un nuevo trato? Hoy día se sabe cómo terminó ese proceso y qué contenido dogmático adquirió la igualdad; pero eso no estaba claro en 1810 o en 1812. Las Cortes de Cádiz representan solo un capítulo más en esa larga historia. Solo a modo de ejemplo, basta ver que se hablaba de igualdad; pero al mismo tiempo se propuso que, para efectos de recaudar fondos, se vendiesen títulos de Castilla en Perú, Nueva España y Cuba.<sup>25</sup> Dicha propuesta, rechazada no por una cuestión de nuevos principios sino porque las experiencias anteriores habían resultado completamente infructuosas,<sup>26</sup> muestra las contradicciones de la época en estudio. Las Cortes por una parte uniformaban y reformaban el Derecho y por otra recurrían a instituciones propias de una sociedad desigual en el hecho y en el derecho, dándoles nueva vida. Como más de un autor ha indicado, los diputados americanos exigieron igualdad política y a la vez un tratamiento especial acorde con la realidad indiana,<sup>27</sup> buscando igualdad en la diferencia.

### 3. Las Cortes de Cádiz ante un nuevo derecho.

La ola de constituciones de fines del siglo XVIII arrojó varios modelos. Entre ellos pueden citarse el naciente modelo estadounidense, los franceses de 1791 y 1793, el peculiar sistema inglés, el polaco de 1791, el sueco de 1809 y numerosos proyectos que quedaron en el papel en la Europa central.<sup>28</sup> Probablemente, el contexto de su redacción le ha restado a Cádiz relieve como modelo constitucional. Esta carta fue redactada y debatida en un momento en el que, por la ocupación napoleónica, se vivenciaba una republicanización de las monarquías y una monarquización de las repúblicas. Tal contexto dio un especial carácter a las constituciones dictadas en esos

---

americanas. Entre los americanos que aportaron a la redacción de esa carta e informaron acerca de los intereses y necesidades de Indias está el colombiano Ignacio Sánchez de Tejada y el mexicano José del Moral. A mayor abundamiento véase, Eduardo Martíre, “Las Indias en la Constitución de Bayona. Un nuevo Derecho indiano”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*, Tomo I, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1991. pp. 315-350. Véase también José Luis Comellas García-Llera (Coord.), *Historia general de España y América*, Tomo XII, “Del Antigüo al Nuevo Régimen hasta la muerte de Fernando VII”, Ediciones Rialp. S. A., Madrid, 1981, Apéndices. 1. *Constitución Española de Bayona, 1808* (reproducción facsimilar), Madrid, Imprenta Albán, 1808, p. 567-585 y 2. *Constitución Española de Cádiz, 1812*, reproducción facsimilar Cádiz, Imprenta Real, 1812, p.587-616.

<sup>25</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias: dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813, Madrid, José A. García, Impresor-editor.1870, Tomo I p.255. En adelante Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 1465, 1468-1469.

<sup>26</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 1587.

<sup>27</sup> Carlos Martínez Shaw, “América en las Cortes de Cádiz” en J. Escudero, (Ed.) *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, Editorial Espasa. 2011, Tomo III, p. 168.

<sup>28</sup> *Horst Dippel Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland. Texte deutscher Verfassungsentwürfe am Ende des 18. Jahrhunderts.* Keip Verlag, Frankfurt am main, 1991, 234-pp

años. Esa especialidad impele a concentrarse en la concepción del derecho vigente en las Cortes de Cádiz y no en las de otras latitudes. Si bien hubo interacciones entre los distintos modelos, prevalecieron realidades nacionales sujetas a revisión y reforma, no siempre equiparables. En líneas generales, los diputados gaditanos concibieron una legislación que se acomodase mejor a los nuevos requerimientos.<sup>29</sup> Acorde con los ideales jurídicos del siglo XVIII, el trabajo legislativo que se efectuase en las Cortes debía renovar la estructura legal a la luz de los ideales ilustrados de prosperidad y felicidad pública. Se trataría de un amplio movimiento de reformas legislativas.<sup>30</sup> Los liberales eran de la opinión de que “la inflexibilidad de las leyes era garante de la felicidad del Estado”<sup>31</sup> y de que el sistema de gobierno más apto para la corona era una monarquía,<sup>32</sup> regulada por una constitución escrita, que a su vez consagrara el principio de la separación de los poderes del Estado, como el mejor medio para garantizar la libertad del hombre.<sup>33</sup> Desde la perspectiva actual, resulta llamativo que los diputados gaditanos entendiesen que las normas constitucionales deberían ser concretadas por leyes. Por lo mismo, se discutió la existencia de diversos tipos de normas legales, sujetos a distintos quórum de aprobación en aras de las diversas materias sujetas a regulación. Como tales leyes estarían sujetas a la voluntad de las Cortes, aquellas que regulasen materias de alcance constitucional deberían ser las más estables, por lo que era necesario que las leyes “constitucionales” estuviesen sujetas a más requisitos y formalidades, que resaltaran su importancia y solemnidad.<sup>34</sup> Esas leyes se deberían dictar una sola vez, para un período largo. Por ese motivo, los constituyentes discutieron la necesidad de que ese Derecho no estuviese sometido a ningún procedimiento de suspensión.<sup>35</sup> En consecuencia, el procedimiento “se acata pero no se cumple”, tan importante en el derecho indiano, fue descartado de plano por las Cortes, aunque más de algún diputado sostuvo de que probablemente, alegando las causas que permitían la aplicación de ese procedimiento, se impugnaría la validez de varias normas aprobadas en las Cortes, cuando llegasen a América y Asia.<sup>36</sup>

El principio de la separación de los poderes del Estado fue concebido como intrínsecamente unido a un fuerte legalismo. Los diputados liberales explicaban el colapso de la monarquía en parte por la laxitud en la aplicación de muchas normas. Acorde con las nuevas ideas y el mentado principio, el procedimiento “se acata pero no se cumple”<sup>37</sup> y el otorgamiento de facultades legislativas a las Reales Au-

<sup>29</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 220.

<sup>30</sup> Santos Coronas, “La ley en la España del siglo XVIII”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 80. Año 2010. pp.183-242

<sup>31</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 2312.

<sup>32</sup> *Ibid.* p. 5.

<sup>33</sup> *Ibid.* p. 220.

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 2675

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 232 y sgtes.

<sup>36</sup> Postura del diputado Dou. *Ibid.* p. 232.

<sup>37</sup> Este procedimiento permitía solicitar la suspensión de la aplicación de una norma. Su fundamento jurídico era la distinción entre acatar y obedecer. “Se obedece pero no se cumple” era la fórmula empleada para aquellos casos en los que la ley estaba en contradicción con el fuero. El que presidía la junta se ponía sobre la cabeza el ejemplar y pronunciaba esta frase. Su fundamento iusfilosófico es simple: los súbditos no estaban obligados a obedecer la ley injusta; es decir, aquella que atentaba contra las normas religiosas, potestades regias, derechos de los súbditos o de la comunidad. Era un contrapeso a la potestad legislativa del monarca, originado en la baja edad media, que adquirió en Indias nuevos bríos. La corona siempre estuvo recelosa ante la posibilidad de que en América surgiese una élite levantisca, por lo que trató en todo momento de que este procedimien-

diencias, por medio de la facultad de dictar autos-acordados<sup>38</sup> vulnerarían las bases del constitucionalismo. Para la concepción liberal, la labor de la judicatura era hacer cumplir la ley.<sup>39</sup> Todas sus otras funciones daban flexibilidad al ordenamiento jurídico, lo que atentaba contra la igualdad ante la ley. Un derecho inflexible manifestaba esa igualdad. Los valores de la justicia y el buen gobierno, tan caros al derecho indiano, expresados en tribunales con amplias funciones jurisdiccionales y económicas, se veían disminuidos ante la igualdad, en una legislación general e igual para todos.

El nuevo poder legislativo, radicado en las Cortes, no modificaría el hecho que los principales órganos legislativos indianos tuvieran asiento en España. La diferencia estaba en la representación de los súbditos, que ahora participarían del proceso legislativo, por lo que modificaría el contenido de la legislación se modificaría, pasando de leyes concretas y casuísticas a otras de contenido general y abstracto, aplicables a una generalidad de situaciones.

Como es de esperarse ante una reforma de esas proporciones, no faltó el diputado americano- en este caso Blas Ostolaza- que reivindicó este procedimiento por otorgar mayor flexibilidad al ordenamiento jurídico y así garantizar su debida aplicación.<sup>40</sup> El procedimiento “se acata pero no se cumple” había demostrado ser un eficiente medio para defender los intereses locales. Era el contrapeso de las élites americanas frente los planes del monarca, garantizando la consideración de las muchas veces desconocidas realidades locales. La respuesta a ese reparo fue que la flexibilidad estaría desde ahora garantizada por los reglamentos de aplicación de las leyes, los que sí podrían estar sujetos a suspensión.<sup>41</sup> La ley sería rígida y los reglamentos flexibles. Pero es importante considerar que si bien se observan varios conceptos de ley, prevalece uno más bien formal. La ley debería ser obedecida no por su justicia sino por ser la voluntad de los ciudadanos manifestada en las Cortes.<sup>42</sup> No obstante, meses después se reivindicó nuevamente la importancia de este mecanismo “se acata pero no se cumple”. Sucedió a raíz de una discusión secundaria para los americanos: la abolición de los señoríos. En esa ocasión, el diputado por Durango Juan José Guereña defendió la utilidad de este mecanismo para todas aquellas situaciones en las que la ejecución de rescriptos y reales cédulas<sup>43</sup> ocasionare perjuicios. Guereña sostuvo que esa práctica era costumbre de obispos y tribunales superiores, que probablemente seguirían reproduciendo.<sup>44</sup> Tal objeción fue

---

to no tuviese aplicación. Con ese objetivo, detallaba en cada ley de manera minuciosa la manera en que las autoridades indianas debían proceder, a fin de darles el menor margen posible de libertad. Tal situación llevó a que en muchas ocasiones se dictasen normas bajo supuestos de hecho falsos. Elevada la súplica, la suspensión era de carácter inmediato, por lo que la corona debió agregar a este procedimiento, en el caso indiano, los requisitos de escándalo y daño irreparable, recogidos en Rec. Ind. 2,3,24. Posteriormente se agregó que la suspensión no operaba en caso de normas que favoreciesen a los indígenas (Rec. Ind. 2,1,5). Véase Alfonso García-Gallo, “La ley como fuente del derecho en indias en el siglo XVI”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 21-22, 1951-1952. pp. 646-649.

<sup>38</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 931.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 233.

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 233.

<sup>41</sup> *Ibid.* p. 233.

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 233.

<sup>43</sup> Forma típica que usaba el monarca para hacer saber su voluntad sobre todo tipo de asuntos. Sus destinatarios eran tanto autoridades como particulares.

<sup>44</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes.p. 2226.

rebatida con base a las nuevas concepciones filosóficas y a aspectos procedimentales. Desde ese momento las leyes serían fruto del trabajo de las Cortes, que por su procedimiento de discusión imprimirían mayor transparencia y racionalidad al proceso legislativo, por lo que las leyes ya no serían dictadas bajo supuestos falsos.<sup>45</sup> El diputado extremeño Manuel Luján agregó que era necesario distinguir entre la ejecución de leyes, por una parte, y de órdenes y decretos particulares del monarca, por otra. El mecanismo “se acata pero no se cumple” le había dado al rey legitimidad en los reinos de Indias y transformado a los tribunales superiores, las Reales Audiencias, como representantes del monarca, en garantes de los derechos de los súbditos y en guardianes de la juridicidad en toda la América indiana. Con la abolición de este mecanismo, el Derecho indiano asumía varios riesgos. Arriesgaba perder mucha flexibilidad y carácter creador. Su carácter garantista también quedaba en tela de juicio. En ese debate quedó claro que el fortalecimiento de la igualdad como principio rector traería una serie de cambios, los que no siempre serían del agrado de los americanos.

La nueva forma de representación parlamentaria presuponía una mayor transparencia en el proceso legislativo, la mejor garantía de que no se cometerían errores al momento de fijar los supuestos de hecho para legislar. Si a eso se suma la nueva idea de ley como norma general y abstracta, se entiende el por qué se tenía por innecesaria la impugnación de la última ante tribunales. En la nueva distribución de poder habría mayor participación política a cambio de la concentración de facultades en órganos peninsulares. Mayor participación política a cambio de centralismo.

En la mente de los publicistas estaba contemplada la necesidad de que los nuevos órganos legislativos contasen con apoyo. Las Cortes reunirían la *potestas*, pero carecerían de *auctoritas*. Por ese motivo, tanto la constitución de Cádiz como la de Bayona contaban con un Consejo de Estado. Ese órgano fue explicado por el -en ese momento- liberal diputado José Queipó de Llano, Conde de Toreno, en el pleno como un freno a la voluntad de la mayoría y como cimiento de la monarquía moderada. Fundamentó su existencia en la historia, especialmente en los senados de las antiguas y las modernas repúblicas. Toreno acertó al ver en él un poder que entorpecería la labor del ejecutivo y que ensombrecería al legislativo.<sup>46</sup> Este organismo sería eco de instituciones peninsulares e indianas que detentaban la función consultiva, y que en Indias actuaban como contrapeso de las autoridades políticas locales.

La inspiración liberal de esa constitución se observa en la idea de que el interés individual bien apoyado era también interés del Estado.<sup>47</sup> Surgió con fuerza la expresión “derechos inalienables de la persona”, que eran la libertad civil, la propiedad privada y la seguridad personal. Posteriormente, otros diputados agregaron la libertad para trabajar.<sup>48</sup> Libertad, seguridad y propiedad estaban en un orden de prelación, que reconocía a la libertad individual una posición preferente frente a otros derechos.<sup>49</sup> Esa interpretación se basó en un torcido uso de la tradición, al explicar las Partidas como un cuerpo normativo que reconocía el valor de la libertad individual

---

<sup>45</sup> Ibid. p. 2226.

<sup>46</sup> Ibid. p. 2170

<sup>47</sup> Ibid. p. 2467

<sup>48</sup> Ibid. p. 513.

<sup>49</sup> Ibid. p. 941.

por sobre cualquier derecho inalienable, dado que obligaba al juez a aplicar de manera restringida las penas privativas de libertad: in dubio pro libertate.<sup>50</sup>

Otra manifestación del liberalismo gaditano fue el interés por la instrucción pública. Baste decir que el diputado propietario por Guadalajara, México, José Uribe y Berruete, traía el mandato de establecer escuelas públicas con fondos propios o de las cajas reales. El representante tapatío solicitó que la constitución consagrara la obligación estatal de fundar escuelas públicas,<sup>51</sup> encontrando el fondo de esa petición amplio claqué, mas no la consagración constitucional. Para el diputado chileno Leiva debía ser materia de ley o reglamento.<sup>52</sup>

Sobre la ciudadanía hubo diversas posturas. El liberalismo gaditano la entendió como de carácter restringido y el derecho a ser elegido más aún.<sup>53</sup> Los derechos políticos no eran inalienables. Más de un diputado llegó a sostener, contrariando tanto la actual idea de ciudadanía como la vigente en la época romana, que el derecho a representar a otros era una calidad independiente de la de ciudadano.<sup>54</sup>

Otra característica de este nuevo derecho consistió en que varias normas fueron interpretadas acorde a criterios y categorías propias de fines del siglo XVIII. El principal criterio dieciochesco fue la subjetivización de las normas. De determinadas normas se deduce la existencia y el reconocimiento de derechos subjetivos.<sup>55</sup> De ese modo, se sostuvo, con base al derecho indiano, la existencia de un derecho de inviolabilidad de la correspondencia y se promulgó una ley especial que introdujo el habeas corpus.<sup>56</sup> Pero los derechos no alcanzaban la preponderancia que lograrían siglos después. La libertad de imprenta reconoció como límite las verdades de la religión. El ejercicio de esa libertad no podía poner en tela de juicio los preceptos de la verdad revelada. Este debate, si bien se refirió a una institución en particular, fijó los límites al actuar de particulares y el Estado: no podrían conculcar las bases del imperio; es decir, las leyes, la obediencia, el respeto y el monarca.<sup>57</sup> Tiempo después el diputado chileno Leiva agregaría a éstas el catolicismo y la libertad.<sup>58</sup> Con la perspectiva que del tiempo, tal discusión reafirma que el proyecto gaditano admi-

<sup>50</sup> Respecto a este debate, importante es tener en cuenta que desde las Partidas la cárcel era una pena de carácter excepcional. Las penas restrictivas de mayor aplicación eran otras v.gr. el trabajo en las galeras. La regulación establecida en las Partidas no obedece a una concepción liberal, interpretación completamente anacrónica, sino que se refiere a un recurso argumentativo muy propio de esta época, cual fue el uso de la tradición o de los textos jurídicos clásicos para fundamentar la aplicación o implementación de nuevas doctrinas políticas y jurídicas. Una interesante explicación de este recurso argumentativo en Alejandro Agüero, "La persistencia del derecho indiano en la praxis de la justicia criminal de Córdoba durante la primera mitad del siglo XIX. Reflexiones sobre el problema de la continuidad del orden jurídico en Alejandro Guzmán Brito (Ed.)", *El Derecho de las indias occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América*, Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010, Tomo II, p.893-894. Cita del debate en Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 942.

<sup>51</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p.1817

<sup>52</sup> Ibid. p.1817

<sup>53</sup> Ibid. p. 332.

<sup>54</sup> Ibid. p. 332.

<sup>55</sup> Curiosamente, en este punto no se recurrió al Derecho natural, que ya en el siglo XVI, con ocasión de la conquista del Perú, había esbozado un catálogo de derechos subjetivos. A mayor abundamiento véase, Luciano Pereña, *Derechos y deberes entre indios y españoles en el nuevo mundo según Francisco de Vitoria*, 2ª edición. 1992. Universidad Pontificia de Salamanca, The Catholic University of America y Comisión nacional Quinto Centenario. Madrid. 45 pp.

<sup>56</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 369. En este caso se cita Rec. Ind., 3,16, 1.

<sup>57</sup> Ibid. p. 459.

<sup>58</sup> Ibid. p. 2645.

te una lectura basada en la ilustración católica<sup>59</sup> y que, desde la antropología jurídica, subyace una concepción del hombre, no como individuo aislado, sino en relación con la comunidad y la Divinidad. Esa visión fue reiterada cuando los diputados, en el marco de la guerra, se vieron obligados a definir qué entendían por patria, asimilándola a la nación.<sup>60</sup> Fue así como el diputado quiteño José Mejía Lequerica la conceptualizó como “una hermanable reunión de hombres libres, en donde quiera que ellos estén, aunque sea en el aire, como tengan sus leyes, religión y gobierno.”<sup>61</sup> Ese concepto está relacionado con un Estado fuerte, que centraliza la creación de normas jurídicas. Tal idea coincide con la opinión mayoritaria, de que las funciones delegadas en terceros debían volver al Estado, especialmente el cobro de tributos. Aunque ese debate se centró en la realidad peninsular, en la América indiana desde fines del siglo XVIII el Estado estaba empeñado en recuperar una serie de funciones de esa índole.<sup>62</sup>

En esos debates, aunque la participación americana fue menor, las temáticas discutidas eran incumbentes al mundo indiano. Cualquier cambio en las funciones estatales implicaba modificar todos los ordenamientos jurídicos de la corona.

Los diputados americanos intentaron que la constitución escrita evitase que las nefastas políticas de Carlos IV pudiesen repetirse. No obstante, solo unos pocos diputados propietarios llegaron con un mandato explícito de reforma.<sup>63</sup> Uno de ellos fue el guatemalteco Antonio Larrazabal, cuyo mandato indicaba el interés de ciudad de Guatemala por la dictación de una constitución para toda la monarquía, reformas al sistema económico, la instauración de un nuevo sistema tributario y la reforma de las leyes e instituciones que fuesen contrarias al Derecho natural.<sup>64</sup>

Por todo eso, se puede hablar en sentido retrospectivo de un “nuevo Derecho indiano”, planteado por Argüelles, pues “al término de las Cortes extraordinarias el sistema colonial estaría completamente destruido y toda la legislación de Indias va a

---

<sup>59</sup> Mucho se ha escrito acerca de la existencia o no de esta versión de la ilustración. En la historiografía jurídica destaca por su prolífica investigación al respecto el profesor Bernardino Bravo Lira, quien se ha acercado a esta corriente de pensamiento tanto desde la historia de las ideas, como desde las reformas borbónicas y la obra de algunos intelectuales de eco y relevancia en el mundo hispanoamericano. Para esta investigación solo citaremos una de sus obras, referida a Jovellanos. Aunque la constitución de Cádiz no está en el foco del artículo citado en esta nota, los estudios y obras ahí analizados remiten a las opiniones que Jovellanos sustentó frente al movimiento juntista peninsular y a la manera en que debía entenderse la constitución. B.Bravo Lira “Jovellanos y la ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 9, 1984, p. 113-166.

<sup>60</sup> Carlos Chiaramonte, “Conceptos y lenguajes políticos en el mundo iberoamericano”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 140. Madrid. Abril-junio 2008. p.24-25

<sup>61</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 396.

<sup>62</sup> En el caso concreto de Chile, en las últimas décadas del siglo XVIII el aumento en las tasas impositivas y la progresiva recuperación de las funciones de recaudación y cobro tributario por parte de la administración pública son señalados como una de las causales de disconformidad con el gobierno indiano y las políticas reales, que fueron malinterpretadas por dos o tres utópicos que vieron en ellas posibles semillas de un proyecto republicano independentista. Véase Miguel Amunátegui, *Los precursores de la Independencia de Chile*, Tomo III, Imprenta litografía y Encuadernación, Barcelona, 1910, pp. 179-190.

<sup>63</sup> En este punto es necesario profundizar en el concepto de representación política indiano. Al respecto véase, Javier González Echenique, “Un estudio de influencias doctrinarias en la independencia: el concepto de diputado o representante popular. 1810-1828”, *Historia*, N°6. Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 127-152.

<sup>64</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 1171.

ser alterada por las bases de esta constitución.<sup>65</sup> Este nuevo derecho contaría con mejores leyes, que no significarían un menoscabo para sus habitantes y por ende los tribunales sólo se abocarían a labores jurisdiccionales, no de gobierno.<sup>66</sup> El nuevo derecho indiano estaría marcado por la libertad de industria y la de cultivo.<sup>67</sup> En ello la constitución de Bayona estaba a la vanguardia y había impuesto el ritmo a los diputados gaditanos. La constitución de Bayona representó un nuevo derecho indiano, que a pesar de todo seguiría conservando un carácter propio y particular. Da fe de ello que, curiosamente, la libre circulación de la riqueza no concitó adhesión entre los americanos, como sí lo hicieron las arriba aludidas libertades. Incluso el repartimiento de tierras de indios entre los miembros de sus comunidades provocaba resistencia.<sup>68</sup> Los americanos querían reformas puntuales, más que grandes modificaciones. Pero la necesidad de asegurar el apoyo de los americanos hizo que este nuevo derecho no esperase hasta la promulgación de la constitución. Las Cortes dictaron los primeros decretos de reforma con fecha 15 de octubre,<sup>69</sup> 9 de febrero de 1811<sup>70</sup> y 12 de marzo de 1811.<sup>71</sup> Esos decretos darían mucho trabajo a diputados e intérpretes. A poco andar, entre las muchas solicitudes y discusiones, las Cortes constataron que la mera dictación de una norma emanada del órgano constituyente no alcanzaba a modificar por sí sola todo el ordenamiento jurídico. Siempre es necesario precisar su sentido y alcance. Las discusiones suscitadas con ocasión de esos decretos ilustran el proceso de aprendizaje que vivenciaron las Cortes.

#### 4. ¿Qué derecho indiano?

El derecho indiano fue un ordenamiento jurídico complejo, repleto de matices y peculiaridades locales, que transformó muchas de las instituciones provenientes del viejo mundo en otras distintas, de las que tomó el nombre y algunas de sus características.<sup>72</sup> Aparte de eso, no da lo mismo hablar de derecho indiano del siglo XVI o de derecho indiano del siglo XVIII. Tampoco se puede obviar que su sistema de

<sup>65</sup> Ibid. p. 1951

<sup>66</sup> Ibid. p. 2235

<sup>67</sup> Opinión del diputado novohispano Guridi y Alcocer. Ibid. p. 328.

<sup>68</sup> Ibid. p. 671-672 y 676.

<sup>69</sup> Titulado “De la igualdad de derechos entre españoles europeos y ultramarinos. Olvido de lo ocurrido en las provincias de América que reconozcan la autoridad de las Cortes” en *Colección de decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*, en adelante *Colección de decretos y órdenes* p. 10

<sup>70</sup> Titulado “en que se declaran algunos derechos de los americanos”. Ese decreto reconoce la representación nacional en base a la igualdad, libertad de cultivo y de industria e igualdad en el acceso a los cargos públicos. *Colección de decretos y órdenes*, p. 73-74.

<sup>71</sup> Titulado “Varias medidas para el fomento de la agricultura e industria en América”. Por medio de ese decreto fue abolido el derecho de pulpería, se permitió la fabricación y comercialización del mezcal, y se reformaron los impuestos para esa bebida, para el aguardiente de caña y para el tabaco y se mandató a las autoridades del virreinato de Nueva España a revisar la regulación para el pulque, en *Colección de decretos y órdenes*, p. 87-89.

<sup>72</sup> Piénsese por ejemplo en la diferencia entre el estado confesional hispano y el estado misional indiano. Al respecto véase, Bernardino Bravo Lira, “El Estado misional: una institución propia del derecho indiano”, *Anales de la Universidad de Chile*, Quinta serie, N° 20, 1989, p. 249-268. Otro caso es la organización de la Iglesia en Indias, en la que el obispo no tenía ningún contrapeso dentro de la diócesis. Al respecto, Justo Donoso, *Instituciones de Derecho Canónico americano escritas por el Rev. Sr. D. Justo Donoso*, 2° Edición, Santiago de Chile, Librería de P. Yuste. 1861-1862.

fuentes era complejo. Un ordenamiento jurídico vigente por varios siglos requiere precisar qué parte de él estuvo presente en las citadas Cortes. La respuesta a esa pregunta es relativamente simple: el derecho indiano citado y discutido en las Cortes gaditanas fue preferentemente legal. Los cuerpos legales asiduamente citados fueron la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias y las Reales Ordenanzas para la Dirección y Régimen de Gobierno del importante Cuerpo de Minería de Nueva España. Aunque no se recurrió a ellas para discusiones relativas al mundo indiano, también hay abundantes citas a las Partidas. En materia de literatura jurídica, la obra de Solórzano fue la expresión doctrinaria del derecho indiano en Cádiz. El derecho canónico indiano jugó un rol importante, especialmente los concilios limenses y mexicanos.

Por último, al tratarse de un Derecho que contaba con varios órganos creadores de normas, necesario es preguntarse por los centros de creación del citado derecho. Arriba se dijo que una de las particularidades del Derecho indiano era que su principal lugar de creación era la península ibérica. Tal aseveración es cierta, pero eso no quita que se legislara en forma general y también para cada reino en particular. En las Cortes de Cádiz -no está de más reiterarlo- el Derecho indiano mostró autonomía científica, una actitud abierta a reformas y resistencia frente a intentos uniformadores. Tales cualidades se dieron antes que nada por la cita, referencia y peticiones de lugares en los que el derecho indiano provincial tuvo un mayor grado de desarrollo y especificación.<sup>73</sup> Tales fueron Perú y México. Por contar con culturas indígenas de un nivel cultural avanzado, las demandas de adaptación y especialización fueron mayores que en Chile o Río de la Plata. Así puede sostenerse que los derechos provinciales protagonistas de estos debates fueron el novohispano y el peruano.<sup>74</sup> También es explicable que se les prestase mayor atención, pues ambas regiones eran gravitantes para el sistema económico de toda la corona.

## 5. ¿Quiénes invocaron el derecho indiano?

Tan importante como precisar de qué derecho indiano se está hablando, es reseñar quiénes lo invocaron. Un ordenamiento jurídico que regulaba regiones y poblaciones muy disímiles entre sí posibilitaba la coexistencia de diversas subculturas jurídicas. El manejo del derecho cambia acorde con el nivel educacional, lugar de procedencia y actividad que se desempeña. Por eso importa determinar quiénes lo citaron. Como explica María Teresa Berruezo, los diputados americanos, independientemente de su condición de titulares o suplentes, o de su procedencia geográfica u origen étnico, eran

---

<sup>73</sup> Para una profundización del concepto Derecho Indiano provincial, véase María del Refugio González, “El derecho provincial de la Nueva España (aproximación conceptual y características)”, en Thomas Duve (Coord.), *Actas del XLIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Berlin. 2016. Tomo I. pp. 807-825. También son útiles para entender ese esquema Víctor Tau Anzoategui, *Nuevos horizontes en el estudio de la Historia del Derecho Indiano*, Instituto de Historia del Derecho. Buenos Aires. 1997.

<sup>74</sup> Basta ver las intervenciones de los diputados peruanos y novohispanos. Son ellos los que explican el funcionamiento de las instituciones indianas, reivindican las particularidades de las normas jurídicas vigentes en Indias y alegan un trato discriminatorio por parte de los peninsulares. En cambio, los diputados de Chile y el Río de la Plata, aparte de ser menos en número, se caracterizaron por tener intervenciones propositivas y abiertas a las reformas. En ellos no hay una actitud de marcada defensa de su derecho.

parte de una élite, de elevada preparación y experiencia profesional.<sup>75</sup> Exhibían vastos conocimientos acerca de la realidad americana; pero sobre todo acerca de su ordenamiento jurídico. Los diputados americanos actuaron como un partido solo al momento de reivindicar intereses que fuesen comunes a toda la América indiana. En esos casos elevaron peticiones que eran transversales a distintos reinos, regiones o grupos sociales, sosteniendo los mismos argumentos con distintos datos empíricos, atendida su distinta procedencia.<sup>76</sup> En otros puntos hubo diferencias significativas, ya sea de carácter político<sup>77</sup> o económico,<sup>78</sup> pues los intereses que portaban no eran coincidentes.

Importante es destacar el uso que se hizo de este derecho para formular peticiones que, en algunos casos, adquirieron carácter continental o americanista. Si bien es cierto que en la década de 1810 surgen otros proyectos que también admiten esa denominación, estos venían de las élites locales. Aunque más de uno de ellos planteó la idea de una constitución para toda la monarquía,<sup>79</sup> no hubo posibilidad de llevar esas ideas a propuestas de reforma de las instituciones monárquicas o a discutir una nueva forma de gobierno de alcance continental. Muchas declaraciones de principios no pasaron de eso. También resulta destacable la formulación de una nueva organización para toda la corona, pues ella trae consigo una reforma sustancial del ordenamiento indiano. Una de las características de la administración indiana fue su centralismo, en el que, producto de un sistema jerárquico fundamentado en el control y la colaboración de los organismos de cada reino, los reinos o provincias se entendían directamente con España. Zorraquín destaca que en el siglo XVIII cada provincia dependía exclusivamente de España, organizando su existencia política y económica, cultural y financiera con gran autonomía, siendo poco frecuente la intervención de otras autoridades americanas.<sup>80</sup> El sistema administrativo indiano tendió al localismo, especialmente con el proceso de imperialización de la monarquía, que por una parte tenía una dinámica centralizadora y por otro una provincializadora, haciendo

---

<sup>75</sup> Mucha tinta se ha derramado en interesantes y sesudas biografías, las que desgraciadamente han quedado reducidas a enfoques nacionales. Un enfoque holístico ofrece María Teresa Berruezo, quien describe a los diputados americanos como un grupo de elevada instrucción, contando más de la mitad con estudios superiores en seminarios y universidades, preferentemente en ciencias jurídicas, teológicas o filosofía, y algunos, como Manuel Llanos, Dionisio Inca Yupanqui y Antonio Zuazo, con conocimientos militares. En lo profesional, muchos habían ejercido actividades religiosas, docentes y en el foro. Los funcionarios administrativos no escasearon. Eran 17 de los 63 diputados americanos, mientras los militares alcanzaron los 13. Véase M. Berruezo, *La participación americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1.º Edición. 1986, especialmente p. 303-306.

<sup>76</sup> Marie Rieu-Millán, op.cit., p. 74-81.

<sup>77</sup> Emblemático es el caso del diputado liberal nacido en Quito José Mejía Lequerica frente al diputado oriundo de Lima, de orientación fidelista, Blas Ostolaza.

<sup>78</sup> El diputado por Costa Rica Florencio del Castillo se opuso al Art. 33 de la constitución porque su provincia quedaba unificada con otra provincia vecina, atendido su reducido número de habitantes, menor a 60.000. El aludido representante defendió los intereses de su región y su grupo social, que en el nuevo diseño político administrativo quedaba en una posición desmedrada. El diputado Miguel Ramos Arispe también hizo presente en más de una ocasión que él hablaba y representaba los intereses de las provincias de Coahuila, Nueva León, Nuevo Santander y Texas; no las de todo el virreinato de Nueva España. Marie Rieu-Millán, cit(15)p.65-66.

<sup>79</sup> Ejemplo de ello es la “Declaración de los derechos del pueblo de Chile”, redactada en 1811 por el jurista peruano, avecinado en Chile, Juan Egaña, en 1813 adoptada con modificaciones por el cabildo de Santiago como un proyecto constitucional. En él se plantea la posibilidad de fundar una monarquía constitucional para toda América. Véase Sesiones de los Cuerpos Legislativos, I, pp. 209 ss.

<sup>80</sup> Ricardo Zorraquín Becú, *La organización política argentina en el período hispánico*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. 4.º Ed. Editorial Perrot. Buenos Aires. p. 58

de las provincias entes muy autónomos entre sí.<sup>81</sup> La formulación de reivindicaciones políticas continentales era ya una novedad y con mayor razón lo fue una constitución que reflejaría en parte los intereses de algunos sectores de la sociedad americana. Si bien esta no alcanzaba a estar representada íntegramente, sí lo era respecto de ciertos grupos, principalmente de la clase dirigente. Esta última estaba integrada por tres grupos sociales: la Iglesia, la burocracia y el cabildo,<sup>82</sup> a veces imposibles de diferenciar entre sí. Acorde con los datos proporcionados por la historiografía gaditana, la inmensa mayoría de los diputados americanos reconocían su pertenencia al menos a uno de esos grupos. Sin embargo, esa distinción, a nuestro entender, tampoco alcanza a retratar la realidad social que participó en esa asamblea constituyente.

En nuestra opinión, de utilidad es el esquema que bosquejó Jaime Eyzaguirre. Sostiene que en el siglo XVIII la burocracia indiana empezó a abrir en cada reino espacios ocupados preferentemente por criollos oriundos de otras regiones de América.<sup>83</sup> De esa forma, las élites locales fueron adquiriendo paulatinamente una visión continental de las necesidades y problemas que aquejaban a los diversos reinos formando una dirigencia en la que Eyzaguirre incluyó al diputado chileno suplente ante las Cortes Joaquín Fernández de Leiva.<sup>84</sup> A eso se agrega que la administración indiana se distinguió por la profunda desconfianza hacia la iniciativa de los funcionarios, que estaban obligados a consultar las medidas importantes, pues todo el sistema de gobierno se basaba en la división de la autoridad y en el principio de la responsabilidad de aquellos.<sup>85</sup> De esa manera, se fueron tejiendo redes que de una u otra forma maduraron con el paso del tiempo y que si bien no lograron torcer la política regia tendente a evitar que esas élites pudiesen copar la administración, sí alcanzaron a permitir una visión general de la realidad y de las necesidades de Indias. Esos espacios fueron rompiendo las barreras impuestas por el provincialismo y el centralismo y permitieron tomar conocimiento de otras realidades y apreciar mejor qué carencias eran generales. Los miembros de ese grupo podían así superar visiones locales y representar intereses generales.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> Marta Lorente y José Portillo. Op cit., p. 35.

<sup>82</sup> Ricardo Zorraquín Becú. Op cit., p. 61

<sup>83</sup> Jaime Eyzaguirre, *Historia de Chile*, Editorial ZigZag. 2ª Edición, Santiago de Chile, 1973, Tomo I. p. 253-255

<sup>84</sup> Ibid. p. 254. Para el caso chileno, Eyzaguirre menciona que de los nueve obispos que tuvo Santiago entre 1708 y 1807 y de los ocho que gobernaron la diócesis de Concepción entre 1704 y 1806, solo dos fueron peninsulares. El resto fueron criollos no nacidos en Chile. A lo largo del siglo XVIII nueve chilenos recibieron mitras en América. Tal fue el caso de Diego González Montero, obispo de Trujillo de 1715 a 1718; Alonso del Pozo, Obispo de Córdoba del Tucumán y arzobispo de Charcas en 1731, Manuel Gómez, obispo de Cartagena entre 1725 y 1736, Fray Diego de Salinas, obispo de Panamá en 1741; Pedro de Azúa, arzobispo de Santa Fe entre 1745 y 1752, Pedro de Rojas, obispo de Córdoba del Tucumán y arzobispo de Charcas de 1745 a 1776, José Antonio Humeres, obispo de Panamá de 1771 a 1781, Manuel de Rojas, obispo de Santa Cruz de la Sierra de 1796 a 1804 y José Antonio Martínez de Aldunate, obispo de Guamanga de 1803 a 1810. Eyzaguirre destaca también que a comienzos del siglo XVIII hubo dos chilenos que recibieron el oficio de gobernadores, Francisco y Fernando Meneses y Bravo de Saravia, en Nueva Granada y Yucatán respectivamente. Agrega que otros nueve chilenos fueron distinguidos con el oficio de oidores de la Real Audiencia en otras judicaturas, destacando que Bernardo José de Roa y José Ignacio de Guzmán Lecaros fueron distinguidos con plazas en la península ibérica.

<sup>85</sup> Ricardo Zorraquín Becú. Op cit., p. 54-55

<sup>86</sup> Para el caso de Chile, esa contraposición es evidente entre el diputado suplente Joaquín Fernández de Leiva y su hermano Manuel Rodríguez Erdoiza. El primero bregó por una monarquía constitucional transatlántica, que reformase la corona en su conjunto, mientras el segundo luchó por la emancipación política de Chile. Una visión continental frente a una nacional. Curiosamente, el primero es conocido sólo en círculos historiográficos

A pesar de su utilidad, este esquema conceptual requiere un par de precisiones. En primer lugar, es un esquema formulado para interpretar la realidad de la élite chilena, que llegó a ese proceso más tarde que sus pares. Todas ellas surgieron de la mezcla de dos grupos: conquistadores y sus descendientes con comerciantes y hombres que amasaron su fortuna en la agricultura y la minería. Dicho fenómeno fue observado en México por el virrey Marqués de Mancera en su memoria, datada el 22 de octubre de 1673, mientras en Perú ya hay antecedentes de este proceso en la década de 1620.<sup>87</sup> En segundo lugar, que en el siglo XVIII miembros de la clase dirigente chilena hubiesen alcanzado altos puestos prueba el nivel de movilidad de las élites indianas dentro del continente, que no se inició en el siglo XVIII, sino mucho antes.<sup>88</sup>

## 6. Distintos significados de la voz igualdad en las Cortes de Cádiz.

Como ya se ha expresado más arriba, una de las discusiones que cruzó todo el actuar de las Cortes fue la relacionada con el concepto y la concretización de la igualdad. La compatibilidad de esta con la libertad no siempre es fácil; pero mirada en retrospectiva, la conjugación que se da entre ambas en las Cortes de Cádiz no dista mucho de lo que serían las discusiones constitucionales que marcarían a Europa en la primera mitad del siglo XIX. La ponderación de ambos principios estaría marcada por un mayor énfasis en la libertad, avanzando la igualdad caso a caso, por medio de reformas concretas a distintas instituciones. La particularidad de las Cortes de Cádiz radica en que los diputados americanos, frente a la igualdad ante la ley, igualdad legal o igualdad de trato, levantaron la paradoja de la igualdad la igualdad era necesario un trato diferenciado, en el que también el mérito debería medirse con otra vara.

---

y jurídicos, mientras el segundo es valorado como un héroe nacional. El recuerdo diametralmente opuesto de ambos hermanos ilustra la valoración existente hasta hoy en algunos países de América acerca de la experiencia gaditana.

<sup>87</sup> Documentos citados por Lohmann Villena en su estudio introductorio a las órdenes militares en Indias. Guillermo Lohmann Villena, *Los americanos en las órdenes nobiliarias (1529-1900)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Madrid. 1947, Tomo I, p. LVII-LVIII.

<sup>88</sup> Baste mencionar la tesis doctoral del profesor Javier Barrientos Grandón, en la que se analiza la carrera de casi 2.000 letrados en Indias, indagando qué plazas ocuparon y cómo hicieron su carrera y dónde trabajaron. Tal estudio muestra el nivel de movilidad de la carrera jurisdiccional en Indias, *Los letrados en la judicatura india (1511-1834) De iurisdictio animata en el nuevo mundo*, 2 Tomos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha. Toledo. 2004. El mismo autor en otro estudio recalca que la política durante los primeros decenios fue nombrar como oidores de las reales audiencias a letrados nacidos en España, en parte, porque letrados nacidos y formados en Indias, hasta comienzos del siglo XVII, había muy pocos. Recién durante el reinado de Felipe II comenzó a aumentar el número de plazas togadas en América, con la fundación de las Reales Audiencias de Quito (1563), Charcas (1559), Santa Fe (1549), Concepción (1565) y Manila (1606). A pesar de ello, la Cámara de Indias, propuso al rey Felipe III para tres de las cinco plazas de oidores de la Real Audiencia de Santiago a letrados formados en Indias y con su carrera como togados en esos reinos. Tal fue el caso de Antonio de Ibarra, Alberto de Acuña y Luis Merlo de la Fuente. El primero fue un jurista formado en la Universidad de México, quien tras su titulación prestó servicios en el virreinato del Perú, mientras los dos últimos se desempeñaron previamente como alcaldes del crimen en Lima. Barrientos recalca que a partir de la década de 1570, los pretendientes americanos a las plazas de togados aumentaron de forma paulatina. Para mayor información véase Javier Barrientos Grandón, "La creación de la Real Audiencia de Santiago de Chile y sus ministros fundadores: sobre la formación de familias en la judicatura chilena", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N°25, 2003, p.233-338.

Dicha tensión quedó de manifiesto al momento de regular la ciudadanía. Las Cortes no pudieron zanjar las diferencias entre el estatuto nobiliario e igualdad. La nobleza era fundamento de la monarquía y la igualdad lo era de la democracia. Entre los diputados surgió la duda respecto a los casos en que prevalecía la nobleza y aquellos en los que se impondría la igualdad. La postura mayoritaria entre los peninsulares fue de una defensa de los estatutos nobiliarios, pero permitiendo una flexibilización de los casos en que era requisito contar con antecedentes nobiliarios. En medio de este debate surgió el concepto de igualdad que los diputados peninsulares tomaron como propio. Igualdad significa vivir bajo el imperio de las mismas leyes y de la misma constitución, teniendo la posibilidad de que todos puedan aspirar “a iguales goces y distinciones”.<sup>89</sup> Es una idea de igualdad que propugnaba la abolición de los estatutos especiales y que la vigencia de las mismas leyes en todos los territorios de la Corona. Esa concepción de la igualdad no era necesariamente entendida como una abolición de los títulos de nobleza. Por el contrario, al tratarse de la formación de una monarquía constitucional se suponía su vigencia. Las diferencias seguirían existiendo; pero ahora eran establecidas por ley.

Esa idea de igualdad fue rebatida por los americanos, no necesariamente por un interés que hoy podría tildarse de democrático, sino porque ellos se manifestaron a favor de mantener los estatutos especiales para los indígenas, pues la igualdad era compatible con las normas protectoras para los débiles.<sup>90</sup> La posibilidad de aspirar a idénticos derechos y beneficios no bastaba. Los americanos estaban en una posición de desmedro y requerían un resarcimiento, tanto por su condición actual como por los sacrificios no reconocidos a sus antepasados. Por eso, interpretan la igualdad como una discriminación positiva. Aquellas diferencias que los favorecían debían respetarse y mantenerse. Empero, esa premisa debía llevarse al caso concreto, tarea no del todo fácil si se tiene en cuenta la enorme cantidad y variedad de temas a discutir.

## A. Acepciones de la voz igualdad

- a) La primera, para efectos de este trabajo de poca significancia, se emplea como argumento de presión política: o se concedía la igualdad o los pueblos americanos se independizaban. El diputado Mejía Lequerica llegó a decir que mientras más tardaban las Cortes en reconocer la plena igualdad a los territorios americanos, más se fortalecían en ellos los movimientos insurgentes, azuzando de paso el fantasma de los intereses norteamericanos en la América Indiana. Mejía llegó a decir que “Los Estados Unidos pueden introducir fácilmente el espíritu de la independencia en nuestros dominios ultramarinos”.<sup>91</sup> La igualdad fue en esos casos un instrumento de presión, en ningún caso carente de realismo político; pero en esas discusiones no hubo ninguna especificación del contenido jurídico de esa igualdad.
- b) Una segunda acepción, mencionada más arriba, tuvo relación con la codificación y las tareas conducentes a una uniformidad jurídica, que por limitaciones de espacio no se desarrollarán en esta ocasión. Solo queremos recordar que esta constitución reconoció la imposibilidad de derogar el ordenamiento jurídico indiano, como lo prueban el tenor literal de los artículos 222 y 258. El límite al proceso de uniformidad jurídica fue dado - en el caso americano- por

---

<sup>89</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 1641

<sup>90</sup> *Ibid.* p. 1667

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 397.

un derecho que regulaba realidades muy distintas a las peninsulares y porque ese derecho gozaba de elaboración conceptual y científica.<sup>92</sup>

- c) De enorme relevancia fueron también los debates sobre la libertad de vientres y la abolición de la esclavitud, que por un tema de extensión quedarán para un trabajo posterior. Si bien muchos ven en ellas una victoria de la libertad, no es menos cierto que tras ella hay un reconocimiento a la dignidad humana en el sentido de que todo ser humano es persona, un hijo del Creador y por ende, igual a todos aquellos que nacieron libres.
- d) Igualdad en el trato, igualdad ante la ley o igualdad legal: esta acepción es una de las herencias del período que media entre 1789 y 1815. Obviamente, la igualdad legal será un principio que paulatinamente irradiará sus efectos en otras instituciones. En las Cortes, como se dijo más arriba, su relación con la ciudadanía distaba mucho de ser clara. Atendida la complejidad y el desorden del debate, la cantidad y dispar calidad de los argumentos jurídicos e históricos esgrimidos en torno a la representación política y a la ciudadanía en Indias, este acápite se dividirá en una relación de la discusión en el pleno y en un análisis de las principales instituciones citadas al calor del debate. Es importante dejar en claro que en la América hispanoparlante no hubo una clara distinción entre burguesía y nobleza, como sí ocurría en Europa. Complejiza el análisis el hecho que las diferencias no solo tenían que ver con aspectos económicos y sociales, sino también raciales y culturales. El pluralismo étnico y cultural representó un desafío inédito para el constitucionalismo. Otros dos aspectos relevantes e imprescindibles para entender este debate son que tanto la nobleza como la ciudadanía se basaban, originalmente, en el mérito. En consecuencia, la pregunta es cuánta igualdad y cuánta desigualdad serían tolerables en el nuevo ordenamiento jurídico y, con mayor especificidad, quiénes tendrían derecho a voto. La población de Indias, contando con un sufragio extendido, podría haber otorgado a sus élites un número de representantes similar o superior al que habían tenido los peninsulares en las Cortes extraordinarias. Mientras los habitantes de la península rondaban los diez y medio millones, los de los dominios de ultramar oscilaban entre quince y dieciséis millones.<sup>93</sup>

## 7. Debate en el pleno

Presupuesto para entender el debate sobre la representación es que los españoles eran mayoría en la península, mientras en América, los nacidos en España y los criollos, una

<sup>92</sup> Julia Montenegro, "Algunas reflexiones sobre la codificación civil española y ultramar", en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Estudios*, Tomo II, San Juan, Puerto Rico, 2002. De la misma autora, "El primer liberalismo español y la América insurgente: el nacimiento del sistema de leyes especiales (1809-1837)", en Manuel Torres Aguilar(coord.) *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Universidad de Córdoba, 2005. También Felipe Westermeyer, op.cit.

<sup>93</sup> Eugenio Martínez: "Población", en Demetrio Ramos Pérez (Dir.), *Historia General de España y América*, Tomo XI, I. América en el siglo XVIII. Los primeros Borbones, Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1983, Segunda Parte. Economía, Sociedad y Cultura, A, Población, p. 141-155. En p. 150: Cuadro II: algunas cifras de población de las Indias en el siglo XVIII. En el mismo tomo: María Díaz-Trechuelo, "Filipinas", Tercera Parte, los Reinos indios, p. 519-546, concretamente, p.519-522. James King., "The colored castes and American representation in the Cortes of Cadiz", *Hispanic, American Historical Review*, XXXIII, 1953, p.33.

minoría. Aunque desde un principio los peninsulares concibieron unas Cortes manejadas por ellos, no podían desconocer que todos los habitantes de América tenían el carácter de súbditos de la Corona ni que la figura central del sistema político y jurídico seguía siendo el monarca. Al ser el monarca un factor de unidad, también lo era de igualdad. Todos eran iguales en cuanto súbditos del monarca. Por esa razón, el tema final sería cuántos de los otros súbditos tendrían derechos políticos y qué requisitos deberían cumplir para ello. Ese debate conducía a otra disyuntiva no menos problemática: la ciudadanía era un estatus que implicaba responsabilidades y privilegios; pero América se había construido sobre privilegios, como se verá con ocasión del estatuto nobiliario. Mientras muchos criollos esgrimían su calidad de beneméritos de Indias, respondiendo a estándares culturales europeos, estando exentos del pago de pechos, los aborígenes en su calidad de súbditos gozaron siempre, a lo menos, de privilegios procesales a la hora de defender sus derechos e intereses. El Derecho indiano cimentó una serie de diferencias jurídicas con base en ventajas para unos y estatutos protectores para otros. Ese sistema ya mostraba síntomas de resquebrajamiento e indicios de incompatibilidad con las políticas impulsadas por la dinastía de los Borbones. En parte, dichas incompatibilidades se podían salvar con el reconocimiento de algunas libertades económicas. Pero el nuevo orden no podía darle a los distintos grupos menos que lo que les reconocía el Derecho indiano. Con tales antecedentes son comprensibles las palabras del diputado Blas Ostolaza, partidario del absolutismo, sobre la igualdad en el pleno de las Cortes: „todos son iguales ante la ley y tienen el mismo derecho a ser protegidos en sus intereses.”<sup>94</sup> El monarca, entre otros roles, era el supremo juez, encargado de proteger los intereses de sus súbditos. Al ser todos súbditos, todos tenían el mismo derecho a impetrar la protección de sus intereses ante el monarca o los órganos que lo subrogaban. A nadie se le podía negar aquella posibilidad. De esa forma, Ostolaza reivindicó la igualdad en el trato y al mismo tiempo defendió la nobleza.<sup>95</sup> Al segundo día de trabajo en las Cortes, 25 de septiembre de 1810, ya se había instalado la idea de igualdad de derechos entre los españoles europeos y extensión de la representación nacional.<sup>96</sup> El alegato estuvo a cargo de Mejía, quien pedía se declarase que América era parte de la monarquía y se promulgase una ley de amnistía para todos aquellos que estuviesen envueltos en revueltas y revoluciones,<sup>97</sup> posteriormente reiterado por un diputado bonaerense.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 1631

<sup>95</sup> Esa aseveración requiere una explicación: el constitucionalismo propendía a una igualdad en las cargas públicas, en los tributos, en las obligaciones que los ciudadanos debían asumir y a una mejor justificación de las diferencias. El constitucionalismo europeo fue pensado como un instrumento de la burguesía contra la realeza y la nobleza. Dicha contienda política y social era imposible extrapolarla a la realidad indiana, que se había construido en base a los citados privilegios. Todos los descendientes de españoles gozaban, en comparación los peninsulares, de algún trato especial. Esa fue la herramienta con que la corona compensó el esfuerzo que significó la empresa de conquista y colonización. Al cabo de tres siglos de experiencia colonizadora, efectivamente había un estatuto de privilegios, pero las oportunidades no eran las mismas para un súbdito nacido en América que para uno nacido en la península ibérica, sobre todo si pertenecía a las élites. Considerese que las posibilidades para un letrado eran muy distintas en Madrid que en Santiago de Chile, Quito, Bogotá, Lima o Buenos Aires, o el número de vacantes catedráticas existentes en Indias y en España. En aras de ello, y del esfuerzo que los antepasados de los diputados americanos habían realizado, la igualdad consistía en que se conservasen esos privilegios, como una suerte de equiparación, pues sentían que siempre estaban en desventaja frente a los gachupines, advenedizos provenientes de España.

<sup>96</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 6

<sup>97</sup> *Ibid.* p. 18

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 21. Probablemente se trató de Luis Velasco, acorde con los datos sobre su trayectoria que entrega María Berrueto, *Op cit.*, p. 181-182

Ambas peticiones encontraron acogida en el decreto del 15 de octubre de 1810.<sup>99</sup> Dicha norma parece una exageración, pues en apariencia solo reitera disposiciones conocidas desde la muerte de la reina Isabel La Católica: los indios eran sus súbditos. La pregunta era qué pasaba con todos los otros grupos que habitaban América, como las castas y los mestizos, cuyo surgimiento no había sido previsto en el testamento de la reina Católica. Por ende, este decreto debe entenderse como una señal política en la reconfiguración del sistema jurídico y de gobierno. El diputado peruano Morales Duarez lo interpretó como: “una proposición universal que comprende necesariamente proposiciones particulares”.<sup>100</sup> El conjunto de electores asumiría nuevas responsabilidades y -de forma parcial por medio de sus representantes- la conducción política de la corona.

En retrospectiva estaba claro que transformar una unión real en una nación requería reinterpretar la idea de igualdad. Prueba de ello fue el siguiente proyecto de declaración:

“En consecuencia del decreto de 15 de octubre próximo se declara que la representación nacional de las provincias, ciudades, villas y lugares de la tierra firme de América, sus islas y las Filipinas, por lo respectivo a sus naturales y originarios de ambos hemisferios, sí españoles como indios y los hijos de ambas clases, debe ser y será la misma en el orden y la forma que tienen hoy y que tengan en lo sucesivo las provincias, villas y lugares de la península e islas de la España europea entre sus legítimos naturales”.<sup>101</sup>

En lo político, este proyecto entiende que unidad y participación política podían eventualmente contraponerse. Era necesario dar participación en el gobierno central del imperio, y a su vez garantizar a todos los grupos que este subsistiría como unidad política. La administración central había sido hasta ese momento casi siempre reservada a los peninsulares, lo que implicaba una concesión, a la que había que agregar la incertidumbre respecto al alcance y masividad de los movimientos independentistas. Lo problemático fue que la solución de ese dilema se mezcló con prejuicios raciales, excluyendo a zambos y mulatos. Es así como esta declaración podía o bien entroncarse con el derecho indiano o bien entenderse como una ruptura con él. Da cuenta de esas interpretaciones la inmediata propuesta del diputado Quintana, de conservar el sistema de castas y dar a cada una de ellas derecho de representación en las Cortes: indios, criollos, mestizos y europeos. Cada una con un padrón propio y, mientras se derogaba la esclavitud, que los esclavos contasen con un apoderado en el congreso.<sup>102</sup>

La última parte de esa propuesta encontró prontamente resistencia. No faltaban los partidarios de abolir la esclavitud en aras de sentimientos filantrópicos, pero que

---

<sup>99</sup> Ese ya mencionado decreto recogió algunas deliberaciones de un grupo de diputados americanos: Mejía Lequerica, López Lisperguer, Fernández de Leiva, Inca Yupanqui, Marqués de San Felipe y Santiago, Couto, Palacios, Power, Llano y Alvarez de Toledo. Sin embargo, la uniformidad de las peticiones de ese grupo no puede entenderse como prueba de la existencia de un bando americano. King observa que entre los americanos hubo diferencias en lo que respecta a objetivos, políticas a desarrollar, además de no haber estado siempre contestes en el diagnóstico de la realidad indiana, siendo prueba de ello la discusión sobre las castas. James King *Op.Cit.*, p.39

<sup>100</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 352

<sup>101</sup> *Ibid.* p. 327

<sup>102</sup> *Ibid.* p. 327

recelaban de esa medida por temor a la alteración del orden social.<sup>103</sup> El fantasma de lo acaecido en Santo Domingo tras la abolición de la esclavitud en Haití estaba muy presente.<sup>104</sup> Por ese motivo, algunos diputados, probablemente con intereses en el comercio de esclavos, manifestaron que la igualdad que América deseaba era “igualdad en los frutos y en el destino”.<sup>105</sup> La primera suponía libertad de industria y cultivo, mientras que la segunda premiaba con cargos a quien lo mereciese, independientemente de su lugar de nacimiento,<sup>106</sup> a la que se agregaba igualdad de representación.<sup>107</sup>

En estricto rigor, la única reclamación completamente novedosa era la última. No obstante, debido a las tensiones que dejó el reinado de Carlos IV, al proceso de desarrollo económico en América, a los prejuicios existentes en la Península Ibérica respecto a la realidad americana y a los constantes rumores y noticias acerca de movimientos insurgentes a este lado del Atlántico, esas aspiraciones fueron debatidas largo tiempo. La primera excusa para no acceder a ellas fue el carácter extraordinario de aquellas Cortes y de las circunstancias del momento. Ante ello, Guridi y Alcocer propuso que la igualdad de representación fuese incorporada al texto como un mandato constitucional,<sup>108</sup> como una idea programática. La primera objeción contra la igualdad de representación vino dada por el hecho de que las Indias no eran parte de la nación pero sí de la corona. Dicha objeción iba en contra de la idea de dar forma a una sola nación. Se fundamentó en que las Indias fueron conquistadas “no con fondos del erario, sino de las joyas que vendió la reina doña Isabel”. En aras de ser bienes de realengo, la pregunta era si acaso las reformas que se discutían no representaban un despojo para el soberano.<sup>109</sup> Ese reparo fue rebatido en base al derecho natural y de gentes,<sup>110</sup> y al espíritu de la disposición de la reina Isabel la Católica, cuya idea de igualar a las Indias con Castilla fue engarzada con la filosofía ilustrada.<sup>111</sup> Además, con base en el mismo estatuto de Castilla y a que los indios debían ser tenidos como súbditos de ese reino, correspondía que tuvieran derecho a participación política de igual forma que en Castilla.<sup>112</sup> La figura y las decisiones de la reina Católica seguían siendo vinculantes tres siglos después.

La discusión sobre la representación está relacionada con la distribución del poder entre los distintos reinos y dentro de cada uno de ellos. Las reformas borbónicas habían cambiado los esquemas de poder del imperio, estableciendo nuevas relaciones entre las distintas regiones. No solo habían surgido nuevos virreinos, sino que las intendencias habían introducido una nueva dinámica, que rompió el esquema de los siglos anteriores. Un adelanto de este fenómeno ya se vislumbró en la “eclosión juntera”, que no se atuvo a la lógica de una junta por cada reino, pues hubo muchas más

---

<sup>103</sup> Ibid. p. 328

<sup>104</sup> Tras la abolición de la esclavitud en Haití hubo una importante fuga de esclavos desde Santo Domingo hacia el sector el citado país, padeciendo Santo Domingo de escasez de mano de obra, lo que la llevó a solicitar una serie de medidas de apoyo económico ante las Cortes. Felipe Westermeyer, “Notas para un primer acercamiento al derecho indiano en las Cortes de Cádiz”, en *Revista de Dret Catala*, vol. 16, 2017, p.125-128.

<sup>105</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p. 328

<sup>106</sup> Ibid. p. 328

<sup>107</sup> Ibid. p. 329

<sup>108</sup> Ibid. p. 330

<sup>109</sup> Ibid. p. 332

<sup>110</sup> Ibid. p. 333

<sup>111</sup> Ibid. p. 382

<sup>112</sup> Ibid. p. 353

que ciudades-capitales. Lo lógico era que ese fenómeno se reprodujese en la discusión acerca de cómo se estructuraría el sistema de representación, lo que implicó enfocar dos temas: ¿qué modo de representación se adoptaría? y ¿cómo se configuraría la ciudadanía? En teoría, ambas discusiones eran independientes entre sí, pero en los hechos se entremezclaron. El primer debate se dio entre americanos y peninsulares, siendo los primeros de la opinión de recoger una nueva representación constitucional, mientras muchos peninsulares querían mantener las formas tradicionales de representación ante las Cortes. Si estas eran reconocidas constitucionalmente, los peninsulares tendrían un poder casi sin contrapeso en las Cortes. Para los americanos este debate demandaba superar no solo las formas de representación política tradicionales, sino instalar una idea de ciudadanía que permitiese votar a individuos distintos del estereotipo social de los criollos. Si solo los criollos contaban como ciudadanos americanos, no era mucho lo que se podría esperar de las Cortes.

Este debate comenzó con la necesidad de concretar el decreto del 15 de octubre de 1810. En un primer momento, la discusión versó acerca de qué significaba ser súbdito de la corona en el nuevo contexto: ¿Qué derechos políticos incluía esa calidad? La postura de los americanos fue unívoca. Ser súbdito implicaba tener derecho a la participación política en la nueva institucionalidad. Decidoras son las palabras del diputado chileno Leiva: „América y las Filipinas habían sido declaradas partes integrantes de la monarquía, o mejor decir, se proclamó de nuevo una calidad reconocida desde que fueron descubiertas y habitadas por los españoles y obedecida en aquellos países la autoridad de los reyes católicos; pero la forma dada a su representación era absoluta y desigual“.<sup>113</sup> Faltaba el derecho de representación.

El argumento de Leiva era irrefutable respecto a criollos e hispanos avecindados en América, mas no respecto a los indígenas. El desafío de los americanos fue probar que los indígenas reunían todas las cualidades para ser ciudadanos. En aras de ese objetivo lo primero fue rebatir la idea de que América era aún territorio de conquista. Implicaba demostrar y convencer acerca de las bondades americanas, mostrar cómo diversos grupos sociales se habían integrado, hacer presente el carácter protector del derecho indiano y mostrar los logros de una política regia de tres siglos, haciéndose cargo de una realidad social distinta de la peninsular. Era un juego discursivo que envolvía razones y emociones. Leiva fundamentó la legitimidad de la institucionalidad indiana entre los aborígenes en el rol protector del derecho indiano: „la nación española se extendió en aquellas vastas regiones para defender a aquellos naturales de la crueldad de algunos de sus mandarines. El gobierno debió velar constantemente sobre la conducta de sus tenientes, para que el indio no sufriese perjuicio alguno, y si ha habido abusos, vejaciones y otros males, llegó ya el tiempo en que se deben oír en la tribuna nacional francas y verdaderas exposiciones de la situación de aquellos naturales, y proposiciones de medidas concernientes a su mejor bienestar por medio de representantes elegidos en una forma y modo que asegure la confianza de los representados, iguales en derechos y miembros de la numerosa familia que compone esta monarquía.“<sup>114</sup> La intervención de Leiva recogió el hoy ampliamente conocido tema de los abusos a los que estaban sometidos algunos pueblos originarios en manos de otros y cómo la llegada de los conquistadores españoles significó para

---

<sup>113</sup> Ibid. p. 384

<sup>114</sup> Ibid. p. 387

tales pueblos un alivio. Los pueblos precolombinos conocían la esclavitud y la servidumbre, por lo que no todos los pueblos originarios valoraban de igual forma la llegada de los hispanos a América.

Dionisio Inca Yupanqui profundizó esos argumentos, planteando que los indígenas peruanos poseían instituciones religiosas, políticas y civiles que no los diferenciaban de las de Egipto, Grecia y Roma.<sup>115</sup> El diputado Inca criticaba los abusos a que había sido sometida la población aborigen, pero creía firmemente que era la oportunidad de mejorar la situación de América. Obviamente, la opinión de un diputado de la trayectoria y figura de Inca Yupanqui no era fácil de contradecir. Ante los argumentos de Leiva e Inca, que denunciaban los prejuicios y la ignorancia, se enarboló el de la falta de homogeneidad cultural de los indios.<sup>116</sup> Se rebatieron los argumentos de Dionisio Inca distinguiendo las grandes civilizaciones del resto de los pueblos originarios. De ese modo, se dijo que la mayoría de los indios era propensa al ocio y a los vicios; que tres siglos de medidas protectoras no los había elevado y que con el afán de cuidar sus usos y costumbres se los había tratado como menores de edad, con una serie de privilegios y exenciones que los habían terminado dañando.<sup>117</sup> Se dijo además, solo a modo de ilustración, que estaba tipificado como delito ofenderlos. El diputado peninsular Valiente usó el derecho indiano como argumento para negar a los aborígenes cualquier representación política. Hábilmente contrapuso un derecho fundado en los principios del constitucionalismo con el principio de protección al indígena. Sostuvo la incompatibilidad entre representación y participación política, por un lado, e incapacidad relativa por otro. La participación política era para sujetos de derecho; no para sujetos de protección jurídica. Valiente argumentó que el indio, independientemente de su edad, no era admitido al uso de los sacramentos, salvo que el párroco lo autorizara. Agregó que de los concilios limenses se desprendía que eran seres rudos. Valiente indicó que tales impresiones también se deducían del actuar del obispo de Darién ante Carlos V, del actuar del Consejo de Indias y de una bula del Papa Paulo III. En fin, el aludido diputado se preguntaba los motivos para entregarle tanta responsabilidad a menores de edad. Adujo por último que los españoles abusarían de ellos y de su ingenuidad.<sup>118</sup>

Como era de esperarse, afirmaciones de ese calibre encendieron el debate durante varias sesiones. El primero en responder fue un diputado que no destacó por reformista: el rioplatense Francisco López Lisperguer.<sup>119</sup> Argumentó que los indígenas eran personas laboriosas, diligentes y que no faltaban los dedicados a las letras.<sup>120</sup> Asimismo, destacó que según la legislación indiana los caciques poseían un estatuto especial que daba cuenta de sus capacidades y liderazgo.<sup>121</sup> Agregó que las afirmaciones del diputado Valiente omitían a los mestizos.<sup>122</sup> A esa intervención siguió la del diputado novohispano José Miguel Guridi y Alcocer,<sup>123</sup> quien recordó que los

---

<sup>115</sup> *Ibid.* p. 401

<sup>116</sup> *Ibid.* p. 424

<sup>117</sup> *Ibid.* p. 424-425.

<sup>118</sup> *Ibid.* p.425.

<sup>119</sup> María Berruezo, *Op cit.*, p.177-181.

<sup>120</sup> *Diario de las Sesiones de las Cortes.* p.432

<sup>121</sup> *Ibid.* p.432

<sup>122</sup> *Ibid.* p.432

<sup>123</sup> Canónigo, orador y escritor liberal, perteneciente a la generación de abogados responsable de dar forma jurídica al estado independiente de México, siendo diputado propietario por Tlaxcala en las Cortes de Cádiz y durante

indios eran considerados menores de edad „por privilegio“. La minoría legal era una forma de asegurar que sus reclamaciones fuesen escuchadas. No eran tenidos por incapaces en cuanto al ejercicio de actos y derechos que los beneficiase.<sup>124</sup> Rebatíó el argumento de la no admisión a los sacramentos con el hecho de que la Iglesia en Indias contaba con dos obispos indígenas:<sup>125</sup> el de Honduras, Juan de Merlo y el obispo de La Habana Pedro Morel de Santa Cruz.<sup>126</sup> Más problemático fue para Guridi rebatir el argumento referido a los concilios limenses. Probablemente, atendido su origen novohispano y tlaxcalteca, esas normas le eran muy ajenas. Quizá por ello se limitó a decir que él entendía que “el fin del concilio limense no fue otro que uniformar la disciplina de aquellas diócesis con la general de la Iglesia, que entrega la responsabilidad pastoral al párroco.” Del mismo modo, entendía que el concilio de Lima constreñía al párroco a que el indio aprendiese la doctrina católica y que solo en caso de haber un aprendizaje efectivo pudiese recibir los sacramentos.<sup>127</sup> Pese a no conocer en detalle esos concilios, su intuición no lo traicionó. Guridi no dejó pasar los reparos respecto a la racionalidad de los aborígenes. Si bien reconoció que el obispo de Darién Gabriel Arias y Quevedo había tenido muchas dudas respecto a la racionalidad de los aborígenes, recordó que su opinión fue a la larga intrascendente para efectos legislativos. El indiano se inspiró en las opiniones y sugerencias del dominico aragonés Julián Garcés, obispo de Tlaxcala, plasmada en su carta a Paulo III y en la respuesta de este que los declaró capaces de recibir los sacramentos. Ese documento pontificio, conocido como la bula *Sublimis Deus*, es mencionado por Guridi como el breve de Paulo III.<sup>128</sup> Por último, fundamentó esas posturas en la obra de Juan de Palafox y Mendoza. Aunque no mencionó ninguna específica de ese obispo, probablemente se refería a la titulada *Virtudes del indio*. Otros diputados añadieron a esa lista a San Toribio de Mogrovejo y al obispo de Panamá Lucas Fernández de Piedrahita.<sup>129</sup> Si bien Guridi reconoció que „el común no tenía la ilustración de la que eran capaces... hay también entre ellos muchos que siguen la carrera de las letras con esplendor y que son abogados, religiosos, clérigos y párrocos“<sup>130</sup>. En cuanto al manejo del idioma, Guridi reconoció la diversidad de dialectos, agregando que solo en Oaxaca había veintidós dialectos distintos y que aquellas lenguas le eran „más extrañas que la hebrea; pero siem-

---

el trienio liberal, participando además en los congresos constituyentes de México de los años 1822-1823 y 1823-1824. Nació en Tlaxcala en 1763, y falleció en México en 1828.

<sup>124</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p.433

<sup>125</sup> Ibid. p.434

<sup>126</sup> Hay quienes afirman que este último habría sido mestizo. A los aludidos se pueden agregar, los nombres de Francisco de Siles, obispo de Manila, y Nicolás del Puerto, obispo de Antequera.

<sup>127</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p.434

<sup>128</sup> Ibid. p.434. En este punto es necesario agregar que los puntos de vista y los aportes del dominico Fr. Bernardino de Minaya también resultaron inspiradores de la legislación indiana. Estas últimas junto a las del citado Fr. Julián Garcés fueron remitidas al Papa Paulo III (1534-1549), quien expidió la citada Bula y el breve apostólico complementario, con fechas 1 y 2 de junio de 1537. En ellos se reconoce a los indios su racionalidad, libertad, condición de hijos de Dios, y capacidad para la eterna bienaventuranza. Fr. Bernardino de Minaya, OP, Fr. Julián Garcés, OP, *De habilitate et capacitate gentium sive Indorum Novi Mundi nuncupati ad fidem Christi capessandam, et quamlibenter suscipiat* (Romae Año M.D. XXXVII) y traducción de la carta de Garcés en (Dir.) Paulino Castañeda Delgado, “Los Dominicos y el Nuevo Mundo”, *Actas del primer congreso Internacional sobre los Dominicos y el Nuevo Mundo*, Sevilla: 21-25 de abril de 1987, Madrid, 1988, p. 769-784 y 785-792.

<sup>129</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes . p.516.

<sup>130</sup> Ibid. p.434

pre había un indio que sabía castellano<sup>131</sup>. Guridi finalizó su intervención aludiendo a que el fundamento de los establecimientos españoles era propagar la fe y entablar amistad y comercio con distintas naciones.<sup>132</sup> Esos motivos hacían que la igualdad fuese un derecho inconcuso y comprendido en el decreto del 15 de octubre de 1810.<sup>133</sup>

Tras la intervención del diputado Guridi el debate sobre representación fue postergado por otros temas urgentes, volviendo a la palestra cinco días después, esta vez con motivo de la participación que correspondería a otros grupos americanos. Fue un logro de estos haber vinculado los derechos políticos -la participación- con las ideas de igualdad y nación; pues el constitucionalismo europeo coetáneo no lo hacía. El 30 de enero, el diputado Pérez de Castro reivindicó los derechos políticos de los indígenas, usando una irritante comparación. Parangonó la situación de los pueblos aborígenes de América con la de las clases bajas de las vascongadas. Afirmó que el vascuence no era más inteligible que las lenguas americanas y no por ello se había privado a los sujetos de las clases sociales inferiores de participar en política.<sup>134</sup> Tras esto, Pérez de Castro propuso que un indio por cada 50.000 pudiese ir a las Cortes.<sup>135</sup> Tras esa irónica intervención tomó la palabra el reconocido diputado liberal peruano Ramón Feliú, quien realzó el trabajo de la Iglesia con los aborígenes y abordó el tema de la pluralidad de culturas. Apoyó la idea de un diputado por cada 50.000 habitantes, basado en que la Iglesia contaba con el registro de bautizos y defunciones. Con esos datos se podría crear un registro electoral, descartando así la objeción de la falta de datos acerca de los integrantes de las castas y los pueblos originarios.<sup>136</sup> Feliú comparó la pluralidad cultural de América con la existente en España, postulando que en ambos territorios había pueblos muy distintos entre sí, como sucedía “entre andaluces y gallegos,”<sup>137</sup> lo que no fue un obstáculo para reconocer sus derechos políticos. Alabó la civilización incaica, la existencia de un “llactamayu” -ministerio público inca- y el sistema de protección social incaico, con sus orfanatos.<sup>138</sup> Elogió también a los aborígenes peruanos por los obeliscos y estatuas de la cultura de Tiahuanaco, por los mausoleos de Chachapoyas y la fortaleza de Sacsahuaman,<sup>139</sup> rematando con la existencia de indios teólogos, literatos, juristas, matemáticos, párrocos, religiosos, escultores y músicos.<sup>140</sup> Finalizó su alegato con una cita que atribuyó al padre Acosta: “Quien estima poco a los indios mucho se engaña”.<sup>141</sup> Feliú pensaba que la participación de los indios en las Cortes despertaría su interés por adoptar la cultura hispana. En cuanto a la incompatibilidad de la ciudadanía con la legislación imperante, defendió la aplicación del principio interpretativo del derecho indiano que sostenía que en la duda se debe interpretar la norma de forma que más favorezca al indio.<sup>142</sup> Este debate decantó finalmente en agosto de 1811, distinguiendo entre

---

<sup>131</sup> Ibid. p.434

<sup>132</sup> Ibid. p.435

<sup>133</sup> Ibid. p.435

<sup>134</sup> Ibid. p.462

<sup>135</sup> Ibid. p.462

<sup>136</sup> Ibid. p.463

<sup>137</sup> Ibid. p.463

<sup>138</sup> Ibid. p.464

<sup>139</sup> Ibid. p.464

<sup>140</sup> Ibid. p.464

<sup>141</sup> Ibid. p.464

<sup>142</sup> Ibid. p.465

falta de ilustración y de capacidad. Con base en la primera era exigible el estatuto protector del derecho indiano y por contar con la segunda, eran detentadores de derechos políticos. La ficción de la minoría de edad del indio siguió vigente, aunque sujeta a interpretación.<sup>143</sup> Feliú reivindicó el derecho de representación política, usando instituciones del antiguo régimen, ya que creía que las ciudades americanas reunían los méritos para tener voto en las Cortes.<sup>144</sup>

El primero de febrero de 1811 se insistió en esta igualdad de representación, esta vez con la invitación a América y Filipinas a que mandasen un diputado por cada 50.000 almas.<sup>145</sup> Los americanos argumentaban que ese número no era difícil de determinar. No solo la Iglesia podía aportar datos para organizar un registro electoral, sino que también el sistema tributario indiano: América estaba dividida en virreynatos, intendencias y partidos o subdelegaciones: cada una de las últimas reconocía un cacique encargado del cobro de los tributos, cuya plana era cotejada con las de la Contaduría M y el tribunal de cuentas. Se replicó con una contrapropuesta, que relegaba la participación de los pardos a un momento posterior; pero accedía a la diputación por cada 50.000 personas.<sup>146</sup> Presentó después el diputado Creus una segunda salida al *impasse*, que reconocía representación a “españoles e indios y sus descendientes en las Cortes ulteriores sobre la misma base y forma que la europea”<sup>147</sup>. Esta última era muy mañosa, ya que las Cortes europeas conocían tres tipos de diputación: por la población, por ciudad y por junta, lo que no se podía replicar en América. En opinión de Morales Duarez, la única forma de aceptar esa propuesta sería reconociendo a cada capital de reino o provincia su derecho a voto en Cortes, como de hecho ya lo tenía Cuzco.<sup>148</sup> Pero Morales este diputado sabía que aún así los americanos quedarían en desventaja. Muy crítico y desilusionado de los peninsulares, resumió las ofertas de sus colegas señalando que unos excluían a los indios, mientras otros los incorporaban en el sistema de representación bajo condición de dejar afuera a negros y a las castas.<sup>149</sup> Por esas razones, a fin de engrosar las filas americanas, terminó descartando cualquier interpretación del decreto del 15 de octubre de 1810 que se refiriese a cambios o modificaciones a la legislación vigente. Según Morales, la única solución aceptable sería la de entender el decreto del 15 de octubre como un acto de confirmación y ejecución de la ley indiana,<sup>150</sup> inclusiva de las castas y negros. Fundamentó su postura en un argumento de autoridad: la repugnancia que los Reyes Católicos habían hecho presente frente al tráfico de esclavos, el que solo toleraron a regañadientes. Pese a todo lo anterior, Morales reconoció que el derecho indiano no era tan protector del esclavo como lo era respecto del indio. A diferencia de los aborígenes, los esclavos negros, carecían de acceso a cargos públicos y no tenían libertad para entrar en contacto con otros grupos sociales.<sup>151</sup>

---

<sup>143</sup> Ibid. p.1668

<sup>144</sup> Ibid. p.465

<sup>145</sup> Ibid. p.476

<sup>146</sup> Ibid. p.476

<sup>147</sup> Ibid. p.480

<sup>148</sup> Ibid. p.515.

<sup>149</sup> Ibid. p.514

<sup>150</sup> Ibid. p.514

<sup>151</sup> Ibid. p. 514. Esas aseveraciones refutarían la interpretación de James King, quien sostiene que Morales se opuso al reconocimiento de los derechos políticos de las personas de color. James King. Op Cit., p. 39-41.

Este debate recuperó vigor al momento de ser revisada la propuesta de la comisión redactora conforme la cual el color sería determinante para denegar derechos. La mayoría de los miembros de aquella denegaba la ciudadanía a los pardos. Hubo al efecto algunas excepciones como la del chileno Leiva, quien postuló ser merecedores de tal calidad por el solo hecho de haber nacido en territorios de la corona, tener arraigo en ellos o ejercer un oficio honrado.<sup>152</sup> Su postura se encontraba dentro de lo que era el derecho indiano, que prefería al nacido en tierras de la corona por sobre el ajeno a ellas. Leiva planteó que el decreto del 15 de octubre de 1810 debía interpretarse acorde con el espíritu inclusivo propio de las leyes de Indias. Si estas reconocían a todo individuo como persona, con mayor se le debía de hacer partícipe del derecho a voto. Se esgrimió que las normas protectoras del indio habían posibilitado la prosperidad de muchos de ellos. Las castas debían ser favorecidas en consonancia con el sentir de las Cortes de mayor apertura hacia la inmigración de extranjeros, considerados un aporte a la población de vastos territorios.<sup>153</sup>

Cómo Leiva no lograra convencer a las Cortes, el diputado Uria reivindicó las castas tomando como base el mestizaje y el cruce de diferentes grupos étnicos. Consideraba injusto limitar los derechos de una persona por su ascendencia, sosteniendo que la falta de medios y educación hacía de las castas grupos limitados.<sup>154</sup> El diputado por Guadalajara cuestionó la exclusión de estos sectores, recurriendo a la contraposición entre las clases sociales. Haciendo una curiosa homologación entre “el grande, el noble y el ciudadano”, reclamó que estos se arrogaban la responsabilidad de manejar el país, en desmedro del labrador y el artesano que también contribuían con su trabajo a la producción de bienes.<sup>155</sup> Según Uria, los que en América producían las riquezas eran los labriegos y artesanos, que componían las castas. Con esos fundamentos, propuso cambiar ese artículo por otro: “Son también ciudadanos los españoles originarios de Africa, hijos de padres ingenuos, que ejercen una profesión útil o tengan alguna propiedad con que puedan subsistir holgadamente”.<sup>156</sup> Otro representante novohispano, el zacatecano José Miguel Gardoa, fue más allá, pidiendo la abolición de las castas y de la ciudadanía censitaria, que privaba de esa calidad a los trabajadores.<sup>157</sup> Gardoa expresó sus aprensiones por las consecuencias de que la constitución reconociera esas diferencias, en particular porque tal desigualdad podría provocar conflictos sociales o una guerra civil.<sup>158</sup> Por lo mismo era acérrimo enemigo de cualquier tipo de privilegios, como los de las *Ordenanzas de Minería de la Nueva España*, que dando a los mineros mexicanos los mismos privilegios que a los de Castilla, les reconocía aun la nobleza, lo que se extendió posteriormente a otros sitios de América.<sup>159</sup>

Empero, la abolición de las castas no fue una postura exenta de polémica: Ramos Arispe, diputado propietario por Coahuila, criticó que los americanos no repararan en la ausencia de una mención de ellas en el decreto del 15 de octubre de 1810. Tildó

---

<sup>152</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p.1753

<sup>153</sup> Ibid. p.1757

<sup>154</sup> Ibid. p.1761

<sup>155</sup> Ibid. p.1762

<sup>156</sup> Ibid. p.1762

<sup>157</sup> Ibid. p.1766

<sup>158</sup> Ibid. p.1767

<sup>159</sup> Ibid. p.1767

ese error de irresponsabilidad, pues las ciudades les habían ordenado pronunciarse sobre su abolición, como era el caso de Guatemala, Nueva Galicia, Zacatecas, Coahuila y San Luis Potosí.<sup>160</sup> El diputado peruano Francisco Salazar se hizo parte de esta queja, alegando que se excluía a una clase muy numerosa y benemérita<sup>161</sup>: “de las más numerosas del Perú, tal vez de mas consideración, y sin duda de las más útiles por su profesión es la de los negros, o de los que traen su origen de padres africanos”.<sup>162</sup> Añadió que, como militar de carrera, le era dable hacer presente que tal exclusión representaba un peligro para la seguridad de la corona pues son “la principal fuerza armada”.<sup>163</sup> Aducía que los mulatos habían constituido la fuerza de pacificación en 1780 y que en ese momento eran una respetable tropa en Buenos Aires, Guayaquil y Quito amén de que constituían el grueso de la guardia del castillo de San Felipe de El Callao.<sup>164</sup> Por eso pidió reconocerlos como ciudadanos. Su argumento de autoridad fue una cita al rey Alfonso X el Sabio.<sup>165</sup> También recurriendo all derecho indiano, el guatemalteco Larrazabal abogó por el reconocimiento de la ciudadanía a las castas, que gozaban de algunos privilegios concedidos a indios y mestizos.<sup>166</sup> En consecuencia, era contradictorio que los últimos recibieran la ciudadanía y las castas no, si todos los grupos tenían en otros aspectos similar estatuto jurídico. Esa medida atentaba contra la igualdad.

Obviamente, esas propuestas generaron inquietud entre los peninsulares. El diputado Cisneros sacó la voz por los partidarios de la exclusión. Fundamentó su opinión en que ni los negros ni esas castas habían entrado en el pacto social, por haber llegado en calidad de esclavos.<sup>167</sup> Agregó que las Indias desde la época de la reina Católica contaban con un estatuto como el de Castilla y que todos los cambios aprobados ya lo habían alterado mucho.<sup>168</sup> Insinuaba que solo se quería favorecer el mérito,<sup>169</sup> lo que no convenció a los americanos. Leiva sostuvo que los méritos debían ser posibles de cumplir por las clases históricamente postergadas<sup>170</sup> y que los requisitos invocados impedirían a muchos alcanzar la ciudadanía en toda su vida.<sup>171</sup>

La contestación más elaborada a las peticiones y propuestas americanas correspondió al diputado Espina, cuyo alegato estuvo muy en línea con el constitucionalismo propio de la restauración. Partió del hecho de que entre el esclavo y el ciudadano había una enorme distancia, que podía aumentarse o disminuirse, según conviniese a cada sociedad. El hombre no se convierte en ciudadano por el solo hecho de ser libre.<sup>172</sup> Acorde con ello, abogó por separar la calidad de ciudadano de la de titular de derechos. Sostenía la importancia de distinguir entre los derechos legales, pertenecientes a todos los miembros de la nación y emanados del derecho natural, y los

---

<sup>160</sup> Ibid. p.1773

<sup>161</sup> Ibid. p.1775

<sup>162</sup> Ibid. p.1776

<sup>163</sup> Ibid. p.1776

<sup>164</sup> Ibid. p.1776

<sup>165</sup> Ibid. p.1777

<sup>166</sup> Ibid. p.1787

<sup>167</sup> Ibid. p.1790

<sup>168</sup> Ibid. p.1790.

<sup>169</sup> Ibid. p.1784

<sup>170</sup> Ibid. p.1785

<sup>171</sup> Ibid. p.1786

<sup>172</sup> Ibid. p.1795

políticos, de carácter restrictivo.<sup>173</sup> Legislar, administrar justicia e invertir las rentas del Estado eran responsabilidades; no derechos.<sup>174</sup> Espina partía del supuesto de que solo las personas calificadas podían dictar leyes justas. La constitución debía asegurar que la legislación tuviese el carácter de justa y sabia. En consecuencia, su deber era asegurar que solo gente calificada participase del proceso legislativo, lo que no atentaba contra la igualdad, pues la legislación sería la misma para todos en cuanto a sus derechos legales. Cuestionó, además, la supuesta fraternidad existente en América, fundándose en el hecho de que tras la publicación de la Real Pragmática de Matrimonios “en uno de los obispados de América se presentaron algunos españoles a casarse con mujeres pertenecientes a las castas, habiendo observado que no se presentó ningún americano”.<sup>175</sup>

Obviamente, una intervención con tantas disquisiciones intelectuales no pasaría inadvertida. La réplica correspondió nuevamente a Dionisio Inca. Reconoció la laguna legal existente en el decreto del 15 de octubre, la que debía ser interpretada de manera extensiva en forma de reconocer los derechos individuales a los distintos grupos. Sostuvo que al constituir la ciudadanía un derecho, le correspondía también a las castas.<sup>176</sup> Recordó que en Lima la gente de color componía un tercio del total del reino<sup>177</sup> y que no existía distancia entre pardos y blancos, dando como ejemplo la institución de las nodrizas negras.<sup>178</sup> Destacó que el servicio doméstico estaba en manos de las castas, que eran parte de los cuerpos militares e incluso la plana mayor de varios regimientos, que ejercían el arte de la cirugía y de la medicina y que el claustro de la Universidad de Lima estaba integrado por personas de color, al igual que muchos bachilleres.<sup>179</sup> Citó luego el caso de Panamá, donde miembros de las castas integraban el sacerdocio y ejercían de párrocos.<sup>180</sup> Consideraba que lo dicho probaba que los pardos poseían las mismas capacidades y virtudes que los otros grupos sociales. Por eso, pensaba que una ciudadanía difícil de alcanzar restringiría las posibilidades de los mulatos.<sup>181</sup> Para Inca Yupanqui la distinción entre derechos legales y políticos era una falacia, que nada sumaba a los americanos.<sup>182</sup> Los pardos en Perú, según el censo de 1794, ascendían a 41.404, lo que no alcanzaba ni siquiera para una diputación.<sup>183</sup> Inca postulaba la igualdad como la única forma de integración.

Por el bando peninsular, los argumentos prosiguieron con la distinción entre derechos legales o naturales y derechos políticos.<sup>184</sup> García Herreros sintetizó muy bien esa postura en que la exclusión de la ciudadanía no era por el color de la piel sino por la falta de educación.<sup>185</sup>

---

<sup>173</sup> Ibid. p.1796

<sup>174</sup> Ibid. p.1796

<sup>175</sup> Ibid. p.1797

<sup>176</sup> Ibid. p.1798

<sup>177</sup> Ibid. p.1797

<sup>178</sup> Ibid. p.1798

<sup>179</sup> Ibid. p.1798

<sup>180</sup> Ibid. p.1798

<sup>181</sup> Ibid. p.1799

<sup>182</sup> Ibid. p.1799

<sup>183</sup> Ibid. p.1799

<sup>184</sup> Ibid. p.1799

<sup>185</sup> Ibid. p.1800

Frente a la insistencia peninsular, Ramos Arispe entregó datos muy parecidos a los de Inca, referidos a la Nueva España, lo que le llevó a proponer una reforma al derecho de familia indiano, aludiendo negativamente a la providencia de 1771 que prohibía los casamientos desiguales.<sup>186</sup> Otro diputado novohispano, el representante por Querétaro Mariano Mendiola,<sup>187</sup> aprovechó la oportunidad para criticar la utilidad del procedimiento de limpieza de sangre en México, por tratarse de juicios informativos que no apuntaban al descubrimiento de la verdad.<sup>188</sup> En sintonía con los dichos del diputado Uria, cuestionó la idea de nobleza existente en las Cortes. Según él, lo que en ahí se entendía por ciudadanía era nobleza y que el derecho indiano daba los medios para alcanzarla, v.gr. ser miembro del cuerpo de minería. Así planteó el caso hipotético de un mulato que hubiese conseguido el estatuto nobiliario por ejercer la minería, no podría ser considerado ciudadano por ser miembro de una casta.<sup>189</sup> Mendiola fundamentó el derecho de las castas a la ciudadanía en el tercer concilio mexicano, que permitía a los hijos de negros el acceso a la carrera eclesiástica, lo que daba cuenta de las capacidades y virtudes de las castas para ser ciudadanos. Si podían ser sacerdotes, por qué no ciudadanos.<sup>190</sup> El clérigo era ejemplo de buenas costumbres, para morigerar y educar a otros. Si los concilios autorizaban a los negros a ser clérigos, por qué no podrían ser ciudadanos, pues de ambos se esperaba una conducta intachable.<sup>191</sup> El concilio de México era un argumento a favor de la igualdad. El diputado por Costa Rica Florencio del Castillo complementó esos argumentos con la cita de un breve del papa Benedicto XIV, dirigido al Arzobispo de Charcas, “en las que declara que puede y debe admitir a los sagrados órdenes a los descendientes de Etiopía”.<sup>192</sup> También citó a autores regnicolas que afirmaron que no había impedimento para que las castas accediesen al estado eclesiástico, como era el caso de Solórzano en *De Indiarum Jure*.<sup>193</sup> Ostolaza remató las ideas sobre virtudes de las castas con el ejemplo del “venerable Martin de Porres, a quien están para beatificarlo”.<sup>194</sup> El diputado Guri-di prosiguió, recordando que las *Partidas* daban el carácter de originarios a los que habían nacido en el territorio, toda vez que eran súbditos del monarca, habían contraído matrimonio en esas tierras, tenían la calidad de vecinos o tenían posesiones.<sup>195</sup> De paso, rebatió el argumento de la ciudadanía restringida en Estados Unidos, pues de ella estaban solo excluidos mendigos, vagabundos y procesados.<sup>196</sup>

Esta discusión se debió probablemente a un descuido de los americanos en la comisión de constitución, que no razonaron bien sobre los posibles significados de la

<sup>186</sup> Ibid. p.1809

<sup>187</sup> Abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Se desempeñó como oidor de la Real Audiencia de Guadalajara y de Ciudad de México.

<sup>188</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p.1809

<sup>189</sup> Ibid. p.1810

<sup>190</sup> Ibid. p.1810

<sup>191</sup> Ibid. p.1810

<sup>192</sup> Ibid. p.1810. Probablemente en esta cita hay una alusión a la nutrida agenda del Papa Benedicto XIV contra la esclavitud. Datado está que ese pontífice crítico costumbres y disposiciones que excluían del acceso al sacerdocio y a la vida religiosa por su origen étnico, entre las que se mencionaba a personas de “origen etiope”. Vease Bernabé Navarro, *Filosofía y Cultura Novohispanas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de investigaciones Filosóficas, 1998, S. 142

<sup>193</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p.1810.

<sup>194</sup> Ibid. p.1811

<sup>195</sup> Ibid. p.1813

<sup>196</sup> Ibid. p.1813

voz oriundo. Mientras los americanos la entendieron como una referencia a los pueblos originarios de los territorios de la corona y también a los nacidos en esas comarcas, los españoles lo hicieron solo en el primer sentido. De ahí que en ese debate se dieran acusaciones de oportunismo<sup>197</sup> y un profuso flujo de argumentos que sobrepasaron lo estrictamente jurídico. Esta confrontación fue una de las que mejor permitió apreciar el grado de autonomía a que había llegado el derecho indiano y cuánto se habían distanciado las posturas de peninsulares y americanos. Para estos, todo habitante debía gozar de la posibilidad de convertirse en ciudadano, sentir que no fue recogido en definitiva en la constitución. Tal vez, mirando las cosas con los ojos del siglo XXI, vencieron, pero no pudieron convencer. Estos mismos argumentos acerca de las castas se volvieron a escuchar cuando fueron tratados en sala los artículos sobre ayuntamientos.<sup>198</sup> Los argumentos de los americanos ahí fueron idénticos a los ya comentados, con insistencia en la injusticia y arbitrariedad de esa exclusión. En lo concreto, la segregación de las personas de color restaba poder político y representatividad a las Antillas, a las regiones costeras de Venezuela y en menor grado a Perú.

Pero el tema de la representación tenía otro aspecto a dilucidar: ¿cómo se celebrarían las Cortes? Fue así cómo al discutir los artículos referidos a esta materia surgió de forma espontánea la idea de celebrarlas por estamentos, idea de fuerte impronta peninsular. Según las leyes fundamentales de los reinos peninsulares el clero, la nobleza y la plebe constituían los estamentos con representación en las Cortes. Pero esa misma situación dejó entrever de inmediato las dificultades que acarrearía para los americanos, pues para los prelados americanos sería muy difícil estar ausentes de sus diócesis por un largo período<sup>199</sup> y el menor número de nobles y eclesiásticos que residían en América les restaría presencia a esos reinos.<sup>200</sup> El conde de Toreno resumió muy bien esa situación: la sola participación de América en las Cortes hacía el sistema de representación estamental obsoleto, pues no había forma de aplicarlo en Indias.<sup>201</sup> Era necesario buscar otro modelo. Argumentó que el modelo de representación esbozado por Montesquieu era débil y no posibilitaba una correcta división de los poderes del Estado.<sup>202</sup> La presencia americana requería de representación democrática. Curiosamente, una solución acorde con el sistema estamental provino del americano Blas Ostolaza: América y España tendrían igual número de representantes por estamento: 20 del pueblo a cada lado del océano y 20 nobles por lado también.<sup>203</sup>

Otra irradiación de la igualdad guardó relación con los cargos públicos, en cuanto a la misma accesibilidad de los americanos, españoles, indios y los hijos de ambas clases a todos los empleos y destinos en la Corte así como en cualquier lugar de la monarquía, lo que afectaba a las carreras eclesiástica, política y militar.<sup>204</sup> Es importante destacar que no en todos los reinos las disputas por los primeros cargos entre americanos y peninsulares había sido tan acerba. En Chile no fue necesario decretar un sistema de turnos entre peninsulares y americanos en el gobierno de las órdenes

---

<sup>197</sup> Alusión del diputado Calatrava a Morales Duarez y al discurso del diputado Alcocer. *Ibid.* p.1812

<sup>198</sup> *Ibid.* p.2590-2599.

<sup>199</sup> *Ibid.* p.1821

<sup>200</sup> *Ibid.* p.1834

<sup>201</sup> *Ibid.* p.1836

<sup>202</sup> *Ibid.* p.1835

<sup>203</sup> *Ibid.* p.1839

<sup>204</sup> *Ibid.* p.534

religiosas.<sup>205</sup> El primer caso de igualdad en la carrera funcionaria se dio con ocasión de la adjudicación de prebendas eclesiásticas. Producto de la guerra, un número considerable de ellas había quedado vacante tanto en España como en América por lo que los diputados americanos solicitaron un trato diferenciado. Dado que las prebendas americanas eran menos en número que las peninsulares y que su vacancia perjudicaba el culto, solicitaron que se priorizase su provisión.<sup>206</sup> Además impetraron que, en igualdad de méritos, se diese preferencia a los sacerdotes residentes en América.<sup>207</sup> Si bien tal concepto de igualdad tenía su asidero en las *Partidas*, fue resistido por más de un diputado peninsular por considerarlo discriminatorio.<sup>208</sup> Ante ese argumento, el diputado Guereña, a nombre de los americanos, buscó el empate, solicitando que los americanos tuviesen derecho a las más de 4000 prebendas eclesiásticas existentes en España, pues la Iglesia era una sola a ambos lados del Atlántico.<sup>209</sup> Se intentó rechazar esa propuesta tomando como base los concilios provinciales.<sup>210</sup> Fue Ostolaza el que defendió la preferencia de los americanos en América fundado en el derecho canónico indiano, el concilio de Trento y las disposiciones de los Reyes Católicos tras el descubrimiento de la isla La Española.<sup>211</sup>

No fue fácil que esta concreción de la igualdad se impusiese. Prueba de lo anterior fue que pocos días después, al discutirse la vacancia de una prebenda en la Iglesia de Ibiza, se solicitó que fuese asignada a un residente en ella contando con el mismo estatuto que las Iglesias de Mallorca. Tal petición fue rechazada por considerarse que sería una manifestación de federalismo.<sup>212</sup> El diputado Morales Duarez disintió. Desde un punto de vista procedimental, las Cortes señalaron que la manera de proveer las prebendas en España y América era distinta, pues los curatos de la Península lo eran mediante concurso, con una terna elaborada por el obispo y decidida por el rey, mientras en América su decisión recaía en el virrey o gobernador.<sup>213</sup> En ese punto, al discutirse en detalle las facultades mayestáticas del futuro Art. 171, se declaró que una mejor regulación de este tema sería materia de un reglamento.<sup>214</sup>

En el texto final, las peticiones de los diputados americanos no encontraron acogida, como lo reflejan los arts. 18, 22, 23, 25 N° 6°, 30 y 31. Se impuso una concepción censitaria y muy restrictiva de la ciudadanía, que habría limitado mucho la participación de los territorios americanos y de Filipinas.

## 8. Normas e instituciones indianas que sirvieron de fundamento a este debate

Al hablar de igualdad y usar normas e instituciones indianas como argumento a favor de una mayor institucionalización y reconocimiento de ésta en el texto constitucional, surge inmediatamente la pregunta acerca de la exactitud y la veracidad de los

<sup>205</sup> Jaime Eyzaguirre, Op cit., p.254.

<sup>206</sup> Ibid. p.856-857

<sup>207</sup> Ibid. p. 857

<sup>208</sup> Ibid. p. 859 y sptes.

<sup>209</sup> Ibid. p.860

<sup>210</sup> Ibid. p. 860-861

<sup>211</sup> Ibid. p. 861

<sup>212</sup> Ibid. p. 871

<sup>213</sup> Ibid. p. 2085

<sup>214</sup> Ibid. p. 2085

datos citados ante las Cortes. Si bien muchos de los diputados americanos contaban con formación jurídica, no deja de ser interesante el nivel de especificidad de algunos de sus alegatos.

a) Igualdad de trato en el período indiano: la igualdad, como todos los principios jurídicos, tiene un carácter poroso y maleable y sus fundamentos tienen mucho que ver con el desarrollo cultural y la mentalidad de cada época. El derecho indiano acumulaba más de tres siglos de vigencia. Por ello es imprescindible analizar el desenvolvimiento de este principio desde el nacimiento del Nuevo Mundo hasta el comienzo del movimiento emancipador. El constitucionalismo y los movimientos de reforma surgidos en el siglo XVIII buscaban una mayor igualdad, no sólo por medio de la uniformización jurídica, sino también por medio de reformas al sistema político, que permitieran a los grupos sociales ascendentes participar de la toma de decisiones dentro del aparato estatal. Ambos objetivos implicaban la abrogación de la sociedad estamentaria, para dar paso a una de carácter individualista, en el que el ciudadano sustituyese al gremio o a la corporación. Las Cortes de Cádiz, con meras reformas al sistema político, terminarían reformando el derecho indiano. Este ordenamiento estaba concebido para una sociedad que se debatía entre la jerarquía y una concepción católica de la igualdad. Jerarquía e igualdad, sociedad de carácter piramidal e integración e interacción entre distintos grupos sociales y étnicos darán forma a un complejo tejido social, que se diferenció de siglo en siglo por el grado de igualdad e integración admisible.

Al calor de los debates arriba pincelados, se dieron argumentos que muestran que América era tierra de igualdad y tolerancia, o al menos que era una región mucho más igualitaria que lo que se imaginaban los europeos. Por ratos, queda la impresión de que, empleando la terminología hoy en boga, América era un ejemplo de integración y multiculturalismo. Cabe recordar que la construcción de una sociedad con tan marcadas diferencias suponía un complejo tejido social cuya sustentación en el tiempo requería bastante más que el uso de la fuerza. Lo que distingue a la América hispanohablante es su alto grado de mestizaje y la mezcla entre distintas culturas, características que requieren de mucho tiempo para su formación. Por ende, parece oportuno analizar la evolución de la igualdad en cada centuria.<sup>215</sup> Lo que cambió a lo largo del tiempo fue la permeabilidad de las estructuras estamentales, para integrar a personas de otros grupos étnicos.

El segundo hecho inconcuso es el carácter cristiano de la sociedad indiana. El catolicismo ejerció un influjo sobre la sociedad en su conjunto, tanto a nivel personal como institucional. Ambos niveles se complementaban y retroalimentaban. La certeza de la muerte, el temor al fuego eterno y el control ejercido por religiosos y sacerdotes, a nivel personal e institucional, moderaron el actuar de todos los grupos y permitieron establecer límites al ejercicio del poder. Tal tarea demandó décadas de trabajo y no pocos conflictos, en cuyas transacciones nadie obtuvo todo lo que esperaba. El siglo XVI fue el más propenso a la inclusión. Tal situación se debió a la

---

<sup>215</sup> En este punto se sigue preferentemente el esquema presentado por Gonzalo Vial, que analiza el desarrollo de la igualdad en cada siglo. Pese a que ese esquema fue desarrollado hace casi sesenta años, los datos y las fuentes que entrega, así como las instituciones que abarca, lo hacen útil para esta investigación. Este artículo recoge sólo los puntos de vista que comparte con ese autor. Para mayor información véase Gonzalo Vial Correa, "Teoría y práctica de la igualdad en Indias", *Historia*, N°3, Departamento de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. 1964. p. 87-163.

muchas veces fallida política impulsada por la reina Isabel la Católica y del emperador Carlos I, tendente a instaurar una legislación protectora del aborígen, con el decidido apoyo prestado por el Papa para esos fines, a lo que sumó el temprano surgimiento del sincretismo religioso.<sup>216</sup> La política legislativa de la monarquía española se fundaba en que el indio era un ser racional, que podía abrazar el cristianismo por decisión propia, luego de ser evangelizado. Los indios eran personas con iguales derechos que los peninsulares, pero que, a causa de las diferencias culturales, requerían de estatutos especiales. Como tales tenían “derechos” como la hacienda y el honor. La política real debía respetar esos derechos como los de cualquier otro súbdito. Esa política y la consiguiente legislación tardaron en hacerse eficaces pues atentaban contra los intereses económicos de conquistadores y encomenderos. Desde un comienzo parte de ambos grupos intentaron desconocer la voluntad real y la legislación con el argumento de que el indio era un ser inferior, de disminuidas capacidades intelectuales y de bajo nivel cultural.<sup>217</sup> Esa tesis encontró su mejor elaboración conceptual en la pluma de Ginés de Sepúlveda. Según él, el indio debía ser tratado como siervo.<sup>218</sup> Pese a haber contado con el apoyo de los interesados, su opinión fue minoritaria y no encontró eco en el legislador. Otros sectores de la Iglesia dieron un respaldo teológico y moral a las decisiones de los gobernantes, convenciendo de ello al Papa.<sup>219</sup> Vial sostiene que dudar de la racionalidad de los indios pasó a ser para algunos pecado. Fundamenta esa versión en el hecho de que la obra de Ginés de Sepúlveda recién fue impresa el año 1892.<sup>220</sup>

En el siglo XVI nació el derecho indiano y se configuró la organización político administrativa indiana, con un fuerte sentido de autoridad regia, que tras más de un conflicto bélico se impuso a las primeras insurrecciones de los conquistadores. En esa centuria surgieron las castas: mestizos, mulatos y zambos. Si bien sus integrantes fueron vistos con recelo, este no alcanzó a expresarse en disposiciones legales, como en los siglos posteriores. Por el contrario, el mismo hecho de que se tolerase el encuentro entre hombres y mujeres de distintos grupos étnicos habla de una idea de igualdad más extensa a la que había en Europa. El recién mencionado recelo se explicaba por tratarse de hijos nacidos fuera del matrimonio; por haber sido vistos como una amenaza y porque tuvieron dificultades para encontrar su lugar en la nueva sociedad.<sup>221</sup> No obstante, algunos lograron llegar a sitios relevantes en el mundo indiano, especialmente si eran descendientes de la nobleza aborígen. La integración fue más exitosa entre mujeres mestizas que entre varones, debido al reducido número de mujeres peninsulares nobles en el nuevo continente. En cambio, la situación de mulatos y zambos fue siempre penosa. Ellos debían cargar con un doble baldón: ilegitimidad y esclavitud, pues se creía que el esclavo adquirido en África había perdido su libertad en el continente negro producto de su propia conducta.<sup>222</sup> A pesar de lo anterior, el siglo XVI conoció varias excepciones. En Chile hubo cuatro

---

<sup>216</sup> Ibid. p. 91-93

<sup>217</sup> Ibid. p. 94.

<sup>218</sup> Ibid. p. 95.

<sup>219</sup> Ibid. p. 95.

<sup>220</sup> Ibid. p. 95.

<sup>221</sup> Ibid. p. 96-97

<sup>222</sup> Vial cita casos de esclavos que en América recuperaron su libertad luego de acreditar en tribunales que en África eran libres. Ibid. p.104

personas de color que llegaron a ser encomenderos.<sup>223</sup> En el siglo XVI, el óbice para alcanzar una mayor igualdad fue la poca frecuencia de los matrimonios mixtos.<sup>224</sup>

Otra discusión suscitada con ocasión del principio de la igualdad fue la administración de los sacramentos a aborígenes y castas. Las discusiones versaron sobre la forma de administrarlo, mas no sobre su capacidad para entender su significado y recibirlo. Más problemático fue la administración del sacramento del matrimonio y la regulación de este cuando solo uno de los cónyuges se había convertido al cristianismo. Más espinoso fue el acceso de los aborígenes y miembros de las castas al sacerdocio. Muchos españoles se negaban a la sola posibilidad de contar con un clero indígena.<sup>225</sup> No obstante, los franciscanos fundaron el primer colegio para indios de la nobleza mexicana,<sup>226</sup> el Colegio de Santiago de Tlatelolco, en 1536, con el objeto de obtener vocaciones a la vida sacerdotal y religiosa.<sup>227</sup> Sin embargo, esa iniciativa no dio los frutos esperados, cerrándose las puertas al sacerdocio indígena. Los resquemores que generaba tal sacerdocio se explican no por disquisiciones de carácter teológico sino por el temor a que sacerdotes indígenas o de las castas desplazaran a los peninsulares.<sup>228</sup> Tal situación no fue un hecho amparado por el derecho, como lo prueban los concilios mexicanos. La admisibilidad de indios y miembros de las castas al sacerdocio fue una pugna entre la Corona y el pontificado por una parte y la Iglesia americana por otro. Las autoridades eclesiásticas americanas se esmeraron por torpedear las directrices emanadas desde Roma y Madrid, proclives a aceptar como novicios a hombres que no fuesen hispanos.<sup>229</sup> El sacerdocio estaba vedado solo para aquel que fuese mestizo o mulato en primera generación; no al que era hijo de mestizos o mulatos. Fue así como se configuró lentamente un clero que al menos en parte era mestizo.<sup>230</sup> La historiografía habla incluso de algunos clérigos, casos excepcionales, que llegaron a ser obispos: Francisco Javier de Luna Victoria y Castro, arzobispo de Chuquisaca y fundador de la Universidad de Panamá, y otros de sangre indígena como Nicolás del Puerto, en Oaxaca(1679-1681) y el obispo de Honduras y vicario de Palafox, Juan de Merlo.<sup>231</sup> Otros clérigos mestizos destacados del siglo XVI fueron Blas y Jerónimo Valera. En el siglo XVIII un caso excepcional fue el de Sebastian Grijalva, doctor en teología de la Universidad de Salamanca.

Todas esas discusiones tienen su origen en las bulas alejandrinas y el encargo de evangelizar a los habitantes de las tierras descubiertas y por descubrir, que se vería poco tiempo después reforzado por las disposiciones de la reina Isabel La Católica. El encargo de evangelizar a los habitantes de Indias no tuvo un símil en África,

---

<sup>223</sup> Juan Valiente, acompañante de Diego de Almagro y Pedro de Valdivia, recibió una chacra en Santiago y una encomienda entre Maule y Ñuble. El mulato Cristobal Varela también fue encomendero. El zambo Juan Beltrán tuvo una encomienda de 500 indios en Villarrica; en la época del gobernador García Oñez de Loyola. Por último, la liberta Leonor Galiano fue también encomendera. *Ibid.* p. 124.

<sup>224</sup> *Ibid.* p. 113.

<sup>225</sup> *Ibid.* p. 117.

<sup>226</sup> El hecho de que las órdenes religiosas fundaron colegios para nobles no constituye un acto de discriminación en sí, pues era lo mismo que se acostumbraba en Europa, dónde los colegios de las órdenes eran solo para hijos de la nobleza.

<sup>227</sup> Gonzalo Vial Correa. *Op Cit.*, p. 117.

<sup>228</sup> *Ibid.* p. 119.

<sup>229</sup> *Ibid.* p. 121.

<sup>230</sup> *Ibid.* p. 121.

<sup>231</sup> *Ibid.* p. 122.

donde en esa época se entiende que el nativo se puede convertir; pero no existe una obligación estatal de evangelizar. Ésta obligación transformó a los aborígenes en sujetos de derecho canónico y, consecuentemente, en sujetos de derecho común, siendoles aplicables toda la dogmática del derecho común. Pero más allá de ello, está la exigencia religiosa de igualdad cristiana, en cuanto los sujetos de derecho canónico son, por esencia, hijos de Dios. Tal calidad, más allá de las diferencias inspiradas en las epístolas del nuevo testamento, marcarían lo que fue el derecho indiano, y no solo por su carácter evangelizador y misionero, sino porque uno de los aspectos fundamentales sería garantizar el acceso de los súbditos a los sacramentos y el respeto que estos inspiraban en la sociedad. Tal es la explicación a muchas normas, relacionadas con el énfasis en el recto actuar de sacerdotes y clérigos, en la correcta administración de los sacramentos y en el estudio de las culturas aborígenes para poder medio de una mejor comprensión de esta, poder evangelizar a esos pueblos.

En cuanto al desempeño de cargos y oficios, sólo a partir de 1576 la Corona empieza a dictar normas que prohíben que mestizos e indios ejerzan como notarios o escribanos.<sup>232</sup> Al parecer estas normas no fueron observadas, como lo prueba, para el caso chileno, la escribanía de Juan de Rubias en La Imperial en 1585 y luego su cargo de notario eclesiástico en 1596.<sup>233</sup> En materia de oficios hubo gremios que cerraron las puertas a las castas, como los orfebres, plateros y candeleros, mientras otros como el de los alfareros, hilanderos y tejedores admitían entre sus miembros a mestizos.<sup>234</sup> Pese a estas restricciones, Vial concluye que el siglo XVI aún no tiene un sistema de castas hermético como sucedió más adelante. La necesidad de afianzar la conquista, sentar las bases de una nueva sociedad y el espíritu evangelizador del Estado misional permitieron y exigieron un sistema flexible, que premiase la lealtad y la cooperación. Afianzada la conquista, asegurada la sumisión de todos los sectores de la sociedad a la monarquía y conjurado el peligro de una aristocracia levantisca, el sistema hermético de castas se fortaleció. La porosidad del mundo indiano del siglo XVI desapareció lentamente, especialmente debido a la llegada de gachupines que hacían valer su sangre europea frente al mestizo. La mayor afluencia de peninsulares a la administración pública en Indias redundó en una mayor discriminación hacia las castas. Desde el primer tercio del siglo XVII los africanos son excluidos de los cargos públicos y del ejército, con la excepción de las milicias.<sup>235</sup> Nuevas disposiciones prohibieron a militares casados con negra o mulata acceder a cargos en el ejército.<sup>236</sup> En el siglo XVII, muchos obispos indianos eran contrarios a ordenar mestizos, negros y mulatos,<sup>237</sup> política que con altibajos perviviría a lo largo del siglo XVIII. Vial ilustra la discriminación contra esos grupos con el caso del zambo Juan Manuel Valdés, profesor de medicina en Lima, que debió conseguir una dispensa papal para poder ordenarse, lo que no aconteció por oposición del cabildo metropolitano.<sup>238</sup> El cabildo de Caracas llegó inclusive a solicitar al rey el mantenimiento de la prohibición de que los negros se ordenaren sacerdotes.<sup>239</sup>

---

<sup>232</sup> Ibid. p. 124.

<sup>233</sup> Ibid. p. 125.

<sup>234</sup> Ibid. p. 125.

<sup>235</sup> Ibid. p. 140.

<sup>236</sup> Ibid. p. 139.

<sup>237</sup> Ibid. p. 139.

<sup>238</sup> Ibid. p. 139.

<sup>239</sup> Ibid. p. 139.

Si bien la instauración de las “gracias al sacar” suavizó el carácter draconiano de esas disposiciones, los mecanismos legales no pueden acabar con el prejuicio, la discriminación y el estigma social. Algo similar se vivenció en las universidades,<sup>240</sup> donde la exclusión de las castas se reconoció en términos formales y explícitos recién en 1752.<sup>241</sup> Del mismo modo, a comienzos del siglo XVIII, la Real Audiencia de Lima prohibió el ejercicio del comercio al negro, al zambo, al mestizo y al indio puro.<sup>242</sup> Sin embargo, la discriminación no afectó en la misma medida a todas las castas. Mulatos, negros y zambos se llevaron la peor parte, mientras los mestizos fueron afectados en menor medida y los indios poco.<sup>243</sup> Para fines del siglo XVIII el intenso mestizaje que se produjo en América llevó a que existiese muchísima gente que no era posible encasillar en una casta.

Otro aspecto relevante a la hora de apreciar el mayor o menor nivel de igualdad existente en la sociedad indiana fue el aporte intelectual de grupos distintos a los blancos. En los siglos XVI y XVII se cuentan cerca de treinta historiadores indios y mestizos, mientras el siglo XVIII tiene mucho menos que ofrecer. Destacable es la labor de los indígenas novohispanos que rescataron el aporte de las culturas precolombinas, como Fernando Alvarado Tezozomoc, Fernando de Alva Ixtlilxochitl y Domingo de San Antón Muñoz Chimalpain. Entre los mestizos de Nueva España que destacaron en el cultivo de la historia están Diego Muñoz Camargo y Pedro Gutiérrez de Santa Clara. En el Perú tienen un bien ganado nombre Garcilaso de la Vega y los mestizos Blas Valera y Guamán Poma de Ayala. En el campo lingüístico el aporte de las castas fue importantísimo. Al alero de la Iglesia surgieron traductores e intérpretes de lenguas originarias, latín y castellano.<sup>244</sup> En materia de ciencias naturales, en medicina, durante el siglo XVI, son dignos de mención los indígenas Martín de la Cruz y Juan Badiano, mientras en el siglo XVIII los son el zambo quiteño Francisco de Santa Cruz y el mulato peruano, médico y profesor Juan Manuel Valdés.<sup>245</sup>

De lo expuesto se puede observar que tanto los americanos como los peninsulares tenían en parte razón. Mientras los americanos elaboraron un relato “atemporal”, los peninsulares se concentran en dos puntos: el carácter jerárquico de la sociedad indiana y el fuerte sentido estamental de la última época del período indiano. Tanta preocupación por las castas evidencia un enorme oportunismo, pues sus miembros eran objeto de discriminación de hecho y dederecho a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Si bien las normas eclesiásticas citadas por los diputados americanos respecto a la ordenación de etíopes son verdaderas, no es menos cierto que la Iglesia indiana interpuso una serie de obstáculos a su implementación. Al calor del debate, los peninsulares no esgrimieron las restricciones y prohibiciones a las que estaban sometidas las castas, probablemente por desconocimiento. Pero los americanos tampoco solicitaron expresamente la derogación de esa odiosa legislación.

---

<sup>240</sup> Ibid. p. 140.

<sup>241</sup> Ibid. p. 141.

<sup>242</sup> Ibid. p. 145.

<sup>243</sup> Vial fundamenta sus aseveraciones con el caso de algunos egresados del Colegio para Naturales de los Franciscanos de Chillán y declaraciones del Consejo de Indias. Este artículo comparte ese juicio. Para ello véase la regulación de la nobleza indiana y sobre todo, las particularidades del procedimiento de limpieza de sangre en América, que como se verá, incluyeron casos en los que se trató de probar limpieza de sangre indígena. Ibid p. 142.

<sup>244</sup> Ibid. p. 155.

<sup>245</sup> Ibid. p. 156.

Las Indias como bienes de realengo: la doctrina ha centrado sus estudios en el siglo XVI. Hablar de bienes de realengo es, normalmente, hablar sobre el modo en el que esos territorios fueron incorporados a la Corona. El primer título para esa calidad fueron las bulas del papa Alejandro VI. Sin embargo, esas bulas eran solo título de dominio.<sup>246</sup> Las bulas no significaban que los reyes de España pasaban a ser de por sí dueños de estos territorios. Era necesaria la toma de posesión. Ambos actos jurídicos tenían como efecto la incorporación de estos bienes a la Corona, primero como bienes de gananciales, por haberse adquirido durante el matrimonio.<sup>247</sup> Muertos Fernando e Isabel, Carlos I y su madre ratifican la intención de que las Indias pasen a ser parte de la Corona, adquiriendo el carácter de bienes de realengo, con un dominio radical o eminente, de derecho público. Como sanciona Rec. Ind 3,1,1, las Indias tienen el carácter de propiedad pública de la monarquía, cuya enajenación estaba absolutamente prohibida.<sup>248</sup> El carácter de bienes de realengo marca una diferencia importante frente a la realidad europea de la época. Los territorios americanos estaban sujetos a dominio eminente de la Corona,<sup>249</sup> exentos de jurisdicción y vasallaje feudal, teniendo como único límite la propiedad preexistente de los aborígenes.<sup>250</sup> Esta naturaleza jurídica determinó desde un principio que, pese a la distancia, la figura y la autoridad del rey estuviese presente en todos los ramos. El hecho de que no hubiese un intermediario o vasallaje feudal marcaría la idiosincrasia política de los reinos de América.<sup>251</sup> El apelativo „realengo“ subrayaba las diferencias con los bienes solariegos o abadengos.<sup>252</sup> En el primer caso, en América los conquistadores y sus descendientes no alcanzaron a conformar una clase levantisca, capaz de negociar con la corona en un pie de igualdad y sus intentos en esa dirección fueron sofocados rápidamente.<sup>253</sup> Como contrapunto con el segundo estatuto, basta observar la situación de la Iglesia indiana, desde la perspectiva de la autonomía. La Iglesia católica en Indias estaría mucho más sometida a la autoridad regia que en España.<sup>254</sup> Esa

<sup>246</sup> En este punto, nos remitimos al esquema civilista de título y modo de adquisición del dominio o de los contratos como fuente de derechos personales. Al haberse empleado a lo largo de un extenso período la dogmática civilista para describir esta situación, optamos por usar la vigente en el código civil de Bello. Probablemente, en este punto nos distanciamos de explicaciones elaboradas por autores formados en otros sistemas de adquisición del dominio.

<sup>247</sup> Esta discusión fue sistematizada por García-Gallo, quien recogió las investigaciones de historiadores aragoneses, que plantean que existe una discordancia entre lo dispuesto en las bulas pontificias y documentos jurídicos que dan cuenta de la manera en que Fernando e Isabel entendieron la empresa colombina. Es así como García-Gallo incluso cita la tesis de Eduardo Ibarra de la duplicidad originaria de derechos por parte de Castilla y Aragón, rebatiendo esos puntos de vista en base al Derecho castellano medieval, que en su opinión, los americanistas fácilmente olvidaban. En concordancia con este, se trata de gananciales primero y luego bienes heredados. Alfonso García-Gallo, “La unión política de los reyes católicos y la incorporación de las Indias“, *Revista de Estudios Políticos*, N° 50, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1950, p. 180-183 y 186-189.

<sup>248</sup> *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias mandadas imprimir y publicar por la magestad católica del Rey Carlos II*, Tomo II. 5° ed. Roix. Impresor y librero, Madrid, 1841. p.1.

<sup>249</sup> José Mariluz Urquijo, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, 2° Ed. Aumentada, 1978. Buenos Aires, p.22.

<sup>250</sup> *Ibid.*

<sup>251</sup> Basta recordar el conocido grito “viva el rey, muera el mal gobierno”.

<sup>252</sup> Ricardo Zorraquín Becú, *Op cit.*, p. 16.

<sup>253</sup> Véase el conflicto entre las autoridades reales y los conquistadores y sus descendientes inmediatos en la década de 1540 en el Perú.

<sup>254</sup> Por ejemplo, la corona, por medio del Real Patronato, designaba a los obispos, que en la América indiana no tenían mayores contrapesos en sus órdenes, toda vez que en Indias no había nuncio apostólico y ejercían facul-

misma realidad explica por qué la abolición de los señoríos fue una de las discusiones, en el seno de las Cortes, en la que los americanos casi no tomaron parte; pues no tocaba los intereses de los americanos. La calidad de realengo no debe entenderse como que en las Indias hubo un sistema de gobierno distinto al vigente en los otros territorios de la Corona. Todos formaban una unión real.<sup>255</sup>

Pero todo lo anterior cambió de forma significativa durante la dinastía de los Borbones. Pasó a ser interpretado como un compromiso de derecho internacional, en virtud del cual el monarca no podría vender, ceder, empeñar o traspasar territorios de la Corona.<sup>256</sup> Esta idea de realengo fue recogida por el constituyente gaditano en el Art. 172 N°4. Tal interpretación, muy en consonancia con la idea de formar una nación, chocó con ideas largamente arraigadas en América, donde se conservó el sentido originario de esta voz realengo. Los reinos pertenecen a la Corona, no a España. Por lo mismo, esta institución tuvo importancia al momento de formular la “interpretación indiana” del decreto del 15 de octubre de 1810, según la que ese decreto no agregaba nada, sino que solo reiteraba disposiciones centenarias del derecho público indiano.

Vinculado con el carácter de realengo está el fundamento de la conquista. La argumentación del diputado Guridi recurrió a los postulados de la escuela española del derecho natural, que entre otros argumentos esgrimió la posibilidad de generar vínculos con otros pueblos y de establecer relaciones comerciales. Esa intervención muestra el manejo que había en Indias de las ideas de Vitoria y sus discípulos.<sup>257</sup>

No está de más tener presente que hasta el momento esta institución se ha vinculado más con el dominio eminente del Estado y con el régimen de bienes inmuebles y aguas que con el surgimiento de los reinos de Indias en cuanto Estados soberanos y sujetos de derecho internacional.

b) Limpieza de sangre: de raigambre medieval y comúnmente asociada al estatus nobiliario, adquirió vuelo propio en Indias, pero no significa necesariamente nobleza.<sup>258</sup> Su instauración obedeció a razones estrictamente religiosas, a las que se agregaron otras de corte racial. Este procedimiento tenía por finalidad acreditar la calidad de cristiano viejo, es decir, no tener ascendencia mora, judía, hereje o penitenciada.<sup>259</sup> En España tal acreditación judicial constituía un requisito para ingresar en alguna corporación, colegio, universidad o para ejercer alguna profesión u oficio.<sup>260</sup> Asimismo, en el siglo XII, con el nacimiento de las órdenes militares de Santiago, Calatrava y Alcántara, se exige el doble requisito de nobleza y limpieza de sangre.<sup>261</sup> Las Partidas hicieron lo suyo prohibiendo a los judíos y sus descendientes el desem-

---

tades disciplinarias sobre el clero regular. Su contrapeso era la burocracia indiana.

<sup>255</sup> El concepto de unión real tiene hoy en día un carácter meramente histórico. Unión real se usó para definir y distinguir las confederaciones de estados en los que todos los miembros comparten instituciones de derecho público, que son comunes a todos los Estados miembros y por medio de los que los identifican en el concierto internacional, sin que por ello surja un nuevo Estado. La doctrina española la usó para definir el imperio Austro-Húngaro. Véase Ricardo Zorraquín Becú, Op cit., p.18 y Adolfo Posada, *Tratado de Derecho político*, Tomo Librería de Victoriano Suarez. Madrid, 1893, p.210-215.

<sup>256</sup> Ricardo Zorraquín Becú, Op cit., p. 16, en nota a pie de página N° 4.

<sup>257</sup> Véase intervención del diputado Guridi en nota N° 123

<sup>258</sup> Luis Lira Montt, “El Estatuto de la limpieza de sangre”, *Hidalguía*, N° 278, p. 177.

<sup>259</sup> *Ibid*, p. 188.

<sup>260</sup> *Ibid*, p. 179.

<sup>261</sup> *Ibid*, p. 180.

peño de oficios y la adquisición de prebendas, dignidades y cargos honrosos.<sup>262</sup> En el siglo XIV se dictaron disposiciones similares para el ingreso a los colegios mayores y a las universidades; pero extendiéndose esta vez también a los moros. A mediados de esa centuria fueron promulgadas reglas similares para el nombramiento de canónigos y dignidades capitulares en las Iglesias catedrales y cabildos eclesiásticos.<sup>263</sup>

Este conjunto de disposiciones fueron recepcionadas por el Derecho indiano en el marco de la reforma protestante. La limpieza de sangre indiana tuvo en América como objetivo que los indígenas no recibieran influjo de credos religiosos.<sup>264</sup> Por eso, el derecho indiano recogió las restricciones del derecho castellano arriba indicadas y en más de una ocasión amplió su campo de aplicación. Así se prohibió a mulatos y mestizos la venta de oficios de receptores de las Audiencias y Chancillerías, al igual que la admisión a los cargos de escribanos y notarios públicos.<sup>265</sup> Mestizos, mulatos, cuarterones y zambos fueron además excluidos del ingreso a las universidades.<sup>266</sup> Por medio de ese procedimiento se ejecutaron leyes dictadas entre 1518 y 1602, posteriormente recogidas en la Recopilación de Leyes de Indias.<sup>267</sup> Pero es importante tener presente que aunque esta normativa nunca fue abolida, no tuvo en todas las épocas igual aplicación.<sup>268</sup>

La limpieza de sangre constituyó en Indias un requisito para acceder a las canonjías de Iglesias catedrales, a las escribanías y al cargo de receptor, para ser nombrado protector y defensor de naturales, para poder matricularse en la universidad, para ser becario de seminarios o colegios reales, para recibir el hábito de una orden militar, para obtener una plaza de cadete, soldado distinguido, guardia marina o guardia de corps.<sup>269</sup> En términos procesales, estas solicitudes tenían lugar ante la justicia ordinaria, presentándose la solicitud ante el alcalde, quien tomaba declaración a los testigos y recibía la prueba documental reunida por el solicitante. Era competencia del juez aprobar la información previo informe del procurador general o del fiscal,<sup>270</sup> autorizando a un escribano a legalizar todo lo obrado.<sup>271</sup> Dicho trámite no siempre fue obligatorio, sobre todo si la posición del solicitante era un hecho público y notorio.<sup>272</sup> El Santo Oficio y las órdenes militares eran mucho más estrictas.<sup>273</sup> Luis Lira pone de relieve que una de las particularidades de la limpieza de sangre tuvo que ver con la estratificación social y racial vigente en el orden jurídico, administrativo y eclesiástico indiano. Prueba de ello son los registros parroquiales con libros separados para españoles y castas, milicias con cuerpos especiales integrados solo por pardos y morenos y colegios y convictorios exclusivos para españoles y naturales.<sup>274</sup> Esta última anotación es mucho más relevante de lo que parece, pues el sentido racial de la

---

<sup>262</sup> Ibid, p. 180.

<sup>263</sup> Ibid, p. 181.

<sup>264</sup> Ibid, p. 185.

<sup>265</sup> Ibid, p. 187.

<sup>266</sup> Ibid, p. 187.

<sup>267</sup> Ibid, p. 185-186. Rec Ind. 9, 27, 15; 9, 26,16; 9, 26, 20; 7, 4, 5; 7, 5, 29 y 9, 27, 9.

<sup>268</sup> Ibid, p. 188.

<sup>269</sup> Ibid, p. 189.

<sup>270</sup> Ibid, p. 190.

<sup>271</sup> Ibid, p. 190.

<sup>272</sup> Ibid, p. 190.

<sup>273</sup> Ibid, p. 190.

<sup>274</sup> Ibid, p. 192.

limpieza de sangre perjudicó sobre todo a las castas, especialmente cuando sus miembros eran producto del encuentro entre personas sin rango nobiliario hispano o indígena. Mayores dificultades acarrea el hecho de que algunos miembros de las castas provenían de relaciones extramatrimoniales o eran reputados como tales. Para descartar el estado de hijo ilegítimo también se recurrió a la limpieza de sangre. De ese modo, este procedimiento fue empleado con regularidad para acreditar que no se pertenecía a ninguna casta. Así hubo regiones de América en las que se usó ese procedimiento para probar la pureza de sangre indígena. Pureza de sangre indígena significaba gozar de las ventajas de ese estatus jurídico, sin tener que padecer los impedimentos a los que estaban sujetos el mestizo y el mulato.<sup>275</sup>

Relevante para esta investigación es que durante las últimas décadas del siglo XVIII las “gracias al sacar” permitieron que, previo pago de un arancel preestablecido, se obtuviese la dispensa de numerosos impedimentos.<sup>276</sup>

La ligazón de la limpieza de sangre con el estatuto nobiliario parte del hecho inconcuso de que el acceso al honor y las dignidades descansaba en la profesión de un catolicismo que no estuviese contaminado con la profesión previa de otro credo.<sup>277</sup> Sin embargo, como señala Alejandro Mayagoitia, las mismas características del proceso de conquista y colonización pusieron ese supuesto en tela de juicio, toda vez que la evangelización en Indias obligó a hacer concesiones a los indígenas que adquirirían la calidad de cristianos.<sup>278</sup> Esta fue otra de las causas por las que la limpieza de sangre adquirió en Indias un rol distinto del que tenía en España. Los motivos de exclusión no tendrán relación con la historia religiosa familiar sino con la ilegitimidad, las dificultades económicas y la pertenencia a étnias africanas u otros grupos. De ese modo, esta institución tomó en Indias una connotación racial y se fue desarrollando al alero de instituciones indianas, como la Real y Pontificia Universidad de México, heredera del estatuto salmantino, ante la cual se podía solicitar la dispensa de algunos meses de pasantía o “práctica profesional” después de haber completado el programa de estudios, probando nobleza, instrucción e ingresos propios.<sup>279</sup> Los casos indagados por Mayagoitia muestran cuán flexibles eran los tribunales para aceptar y tasar los medios de prueba. También relacionada con la limpieza de sangre indiana estaba la práctica de comprar oficios concejiles y empleos municipales, figura que constituía un acto positivo de nobleza y que demandaban la acreditación de ciertas capacidades, para lo que también se usaba el procedimiento de limpieza de sangre.<sup>280</sup> Es importante recordar que por esta vía los cabildos de las principales ciudades de Indias fueron, en mayor o menor grado, cooptados por la élite.

<sup>275</sup> Ibid, p. 196.

<sup>276</sup> Ibid, p. 196-197.

<sup>277</sup> Alejandro Mayagoitia, “La limpieza de sangre: piedra angular de la nobleza durante las postrimerías de la dominación española en tierras novohispanas y novogalaicas”, en Juan Pablo Salazar, *Memorias del XVII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Ed. Editorial Porrúa, 2011, p. 140

<sup>278</sup> Alejandro Mayagoitia. Ibid, p.141. Solo a modo de ejemplo, para ver un caso de nobleza indígena. Nuria Salas, “Indígena y abogado: el caso de José Domingo Choquehuanca de Azángaro”, *Histórica*, XLII, 2, 2018, pp.43-88.

<sup>279</sup> Alejandro Mayagoitia, “Un capítulo en la formación del estado noble en la Nueva España: las dispensas de pasantía concedidas por la Real y Pontificia Universidad de México en el último tercio del siglo XVIII”, en José Soberanes y Rosa Martínez de Codes (ed.), *Homenaje a Alberto de La Hera*, México. Universidad Nacional Autónoma, 2008, p. 519.

<sup>280</sup> Alejandro Mayagoitia. Op cit., p.139-145.

A fin de cuentas, dados los estatutos especiales vigentes en América, para muchos beneméritos de Indias este procedimiento fue la semilla del ennoblecimiento.<sup>281</sup> Como se puede apreciar, la crítica del diputado Mendiola no era ninguna mentira. El procedimiento de limpieza de sangre servía para proporcionar informaciones de diversa índole; pero no la que la legislación originalmente pretendía, que habría servido para ver cuán meritoria era una persona.

c) Estatuto Nobiliario: como reflexión previa, en toda América surgieron repúblicas que renegaron de la monarquía; pero compartían con la última no poco de su fundamento. Dicho fenómeno se dio por medio de la pervivencia de instituciones monárquicas, que se negaron a desaparecer v.gr. el mayorazgo. Paradójicamente, las nuevas repúblicas se construirían sobre el rechazo de algunas de las instituciones más emblemáticas de la monarquía y la pervivencia de otras, dando lugar a una igualdad republicana muy “a medias”.<sup>282</sup> El estatuto nobiliario indiano ilustra bien ese fenómeno. La política de la Corona fue, desde un principio, formar una “burguesía eficiente, una mesocracia integrada por hidalgos que no fuesen ni muy pobres ni muy ricos”.<sup>283</sup> Para esos fines, se valió de la mediana nobleza; pues pensaba que esta le podía ser leal y constituir la base de los nuevos Estados, al formar una clase social disciplinada y resistente.<sup>284</sup> La idea era que esta nobleza indiana fuese conformada por letrados, nobles segundones e hidalgos enriquecidos, más no por los grandes de España.<sup>285</sup> Tal situación provocó incluso una mengua del número de hidalgos residentes en la Península ibérica y, en otras partes de América como Perú, una escasez de peninsulares con conocimientos en oficios manuales.<sup>286</sup> Con un estatuto de esas características se trató de incentivar a los que querían asumir la dura empresa de la conquista, que por sus requerimientos terminó haciendo a hidalgos y plebeyos mucho más iguales entre sí en América de lo que eran en España,<sup>287</sup> diferenciándose a su vez de otros grupos residentes en Indias. Pero una cosa son los planes y políticas gubernamentales y otra es la realidad. La mera existencia de este estatuto indicaba una aspiración que superaba las intenciones reales: perpetuar el orden estamental. Hidalgos y plebeyos querían ser más que una nueva élite afín a la Corona. El estatuto nobiliario indiano tuvo la mayoría de las veces carácter consuetudinario y contra legem.<sup>288</sup> Partía de la distinción entre nobleza de sangre<sup>289</sup>

<sup>281</sup> Luis Lira Montt, Op cit., p. 199.

<sup>282</sup> Solo a modo enunciativo, una parte de la sociedad novohispana se veía a sí misma como noble y se declaraba partidaria de la monarquía.- baste observar la fortaleza del ideal imperial hasta la segunda mitad del siglo XIX- mientras en otras sociedades indianas de menor tamaño como la chilena, durante el siglo XVIII experimentan un auge de los matrimonios ventajosos, de la fundación de mayorazgos, de la adquisición de títulos de Castilla y un nuevo vuelo de las órdenes militares

<sup>283</sup> Guillermo Lohmann Villena, Op cit., vol. I.p.XII.

<sup>284</sup> Ibid, p. XIII. También Luis Lira Montt, “Los Beneméritos de Indias y la Gestación de la Nobleza en Indias”, *Hidalguía*, N° 268-269, p. 505.

<sup>285</sup> Guillermo Lohmann Villena, Op cit., p. XIII.

<sup>286</sup> Ibid, p. XIV-XV.

<sup>287</sup> Lohmann Villena dice que una de las pocas diferencias que existía entre ambos grupos era dada por la posibilidad de pertenecer a ciertas cofradías, como la del Santísimo Sacramento en México y la de la Veracruz en Lima. Ibid, p. XV-XVI.

<sup>288</sup> Alejandro Mayagoitia. Op cit., p. 137.

<sup>289</sup> La nobleza de sangre, también conocida como nobleza de cargo, municipal o hidalguía, era dada como un reconocimiento de la comunidad en su conjunto, probablemente de carácter inmemorial. Era inherente a determinados empleos, como el ejército, la judicatura y la administración pública. El hidalgo era noble de nacimiento, sin título. Siempre fue un problema para los hidalgos hacer oponible esa calidad. Tales conflictos eran

y de privilegio<sup>290</sup> vigente en España, a la que a lo largo del proceso de conquista se le fueron introduciendo nuevos elementos. En consecuencia, el estatuto nobiliario indiano debe entenderse en comparación con los estatutos nobiliarios peninsulares. La nobleza española era menos jerarquizada que las de otras monarquías europeas y su regulación variaba de un reino a otro en la península ibérica. Estos estatutos, de carácter regional y disímiles entre sí, no gozaban de reconocimiento en toda España. Mayagoitia destaca que el estatuto más cercano al indiano es el de las islas Canarias, que habría servido de modelo.<sup>291</sup>

El estatuto nobiliario indiano no era asimilable al peninsular, no daba las mismas prerrogativas ni era fácilmente reconocido en España, a causa de sus muchas particularidades. Dicha calidad era otorgada a título colectivo, a aquellos que cumplieren los méritos, preferentemente militares, y que no fuesen nobles en su tierra natal, por lo que eran denominados “beneméritos de Indias”.<sup>292</sup> Una de las formas de obtener la nobleza de sangre o hidalguía era mediante actos de guerra. En consecuencia, la aspiración de los pretendientes de las órdenes militares durante los siglos XVI y XVII era tener sangre de conquistadores. La nobleza indiana se basó en la sangre de los conquistadores.<sup>293</sup> El estatuto nobiliario indiano significó un olvido del antepasado peninsular. Además, la nobleza indiana no daba ninguna ventaja tributaria relevante, pues en Indias no había pechos, cuya exención era una de las principales características de la nobleza peninsular. Por último y derivado de lo anterior, en Indias hubo una escasa confección de padrones de distinción: la institución de repartición de oficios concejiles entre nobles y pecheros simplemente no existió.<sup>294</sup>

Este estatuto, en una primera etapa, contemplaba franquicias y privilegios que incluían señoríos, reparto de tierras con el derecho a heredarlas, vasallaje de indios tributarios, privilegios de hidalguía, caballería de espuela, escudo de armas y títulos de Castilla.<sup>295</sup> Sin embargo, a poco andar, esas ventajas se desdibujaron. Así surgió un estatuto nobiliario que no daba grandes ventajas tributarias. Sí concedía prioridad

---

competencia de las chancillerías, que conocían los pleitos de hidalguía, para no pagar tributos, y que terminaban en una sentencia, conocida como “real carta ejecutoria de hidalguía”. También se enmarcan en esa materia los expedientes de hidalguía, que buscaban hacer oponible la nobleza municipal, en caso de cambio de residencia, en el nuevo domicilio. No menos importantes eran las probanzas de hidalguía, que importaban la declaración de perpetua memoria de febles medios de prueba, y las provisiones auxiliadoras, para que hidalgos de otros reinos recibieran ese reconocimiento en Castilla. Véase Alejandro Mayagoitia. Op cit., p. 504-508. También Luis Lira Montt, “La prueba de la Hidalguía en el Derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N°7, 1978, p. 132.

<sup>290</sup> La nobleza de privilegio, en cambio, era otorgada por el Estado, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales de premiar y castigar. Podía tener un carácter transmisible o intransmisible. En la edad moderna estaba mejor considerada que la hidalguía. Alejandro Mayagoitia. Op Cit. p. 505.

<sup>291</sup> El profesor Mayagoitia fundamenta su aseveración en el hecho de que los europeos fundaron sus privilegios en los méritos obtenidos durante la conquista y, paralelamente, se reconoció el estatuto nobiliario a quienes detentaban esa calidad dentro de los nativos. Además de eso, todos los vecinos estaban exentos de pagar pechos, había nobles comerciantes y no existían las chancillerías para conocer casos referidos a esas calidades. Alejandro Mayagoitia, Op Cit., p. 509.

<sup>292</sup> Antonio Dougnac los define como aquellos que habían realizado actos dignos de premiación y reconocimiento, como descubrimiento, conquista y poblamiento. Antonio Dougnac, *Manual de Historia del Derecho indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 345.

<sup>293</sup> Guillermo Lohmann Villena. Op Cit., p. XX.

<sup>294</sup> Alejandro Mayagoitia. Op Cit., p. 138

<sup>295</sup> Luis Lira Montt, “Los Beneméritos de Indias y la Gestación de la Nobleza en Indias”, *Hidalguía*, N° 268-269, p. 499.

para la asignación de mercedes, fueren estas tierras o encomiendas,<sup>296</sup> siendo las últimas el reconocimiento máspreciado.<sup>297</sup> Pero no eran ventajas comparables con las granjerías peninsulares: la Corona no reconoció en Indias señoríos y al cabo de unas décadas quedó claro que la encomienda no era un vasallaje,<sup>298</sup> ni las mercedes de tierra latifundios.<sup>299</sup> A pesar de todas esas diferencias, los beneméritos siempre contaron con la posibilidad de fundar mayorazgos. La mayor parte de los beneficios eran de carácter honorífico y como tales reportaban ingresos económicos en aras de los vínculos sociales que proporcionaban. Esos beneficios eran el desempeño de ciertos cargos, ocupar asientos en los estrados de las audiencias, poder ser electo alcalde, pertenecer a cofradías, participar de las fiestas reales y torneos públicos, no caer preso por deudas ni ser ejecutado en sus bienes ni ser víctima de tormentos en procesos penales.<sup>300</sup> El benemérito de Indias podía, cumpliendo con todos los requisitos que establecía la legislación, ser condecorado con el otorgamiento de un hábito de una orden militar y obtener un título de Castilla. Los beneméritos gozaron no de la prioridad, sino de la exclusividad para ocupar cargos administrativos, militares, judiciales y eclesiásticos en América.<sup>301</sup>

Con el transcurso de los años, se formaron distintos grupos de beneméritos: él de descendientes de los primeros conquistadores, él de aquellos que ganaron esa calidad por servicios prestados con posterioridad a la conquista y el de aquellos que adquirieron esa calidad por vía matrimonial con miembros del primer grupo.<sup>302</sup> En lo estrictamente jurídico, el derecho indiano los clasificó acorde con los servicios prestados o el oficio, beneméritos de capa y espada, togados, eclesiásticos, de guerra viva y de guerra de Chile.<sup>303</sup> El reconocimiento de esta calidad sólo se podía solicitar ante tribunales peninsulares, en las “causas de hidalguía”. No fue posible que por vía de interpretación judicial las Reales Audiencias indianas conocieren ese tipo de procesos, pues el temor de la Corona a que en América surgiese una aristocracia levantisca la llevó a prohibir por ley que los tribunales americanos conocieren estas causas.<sup>304</sup> Tal prohibición no impidió, empero, que estos tribunales pudieren conocer de causas de hidalguía vía incidentes,<sup>305</sup> cómo evitar la aplicación de tormentos, excarcelar a un preso por deudas o reivindicar el derecho a ocupar un asiento en la Real Audiencia. Al menos para el caso argentino, los medios de prueba para estos casos eran la declaración testimonial, las relaciones acerca de los servicios prestados o partidas sacramentales en las que se afirmase descender de algún conquistador.<sup>306</sup> También podía acompañarse algún título en que constase el testimonio de mérito, como la

<sup>296</sup> Luis Lira Montt, “El estatuto Jurídico de los beneméritos de Indias”, *Hidalguía: la Revista de la Genealogía, Nobleza y Armas*, 2005, p.310.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p.314

<sup>298</sup> Para ver las diferencias entre esas instituciones y sus pares en España, véase Francisco Icaza, “Los escribanos en los señoríos de Nueva España”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 13, 1987, p. 23-37, y del mismo autor, “Los señoríos de vasallos en Indias”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 15, 1989, p.199-204.

<sup>299</sup> Luis Lira Montt. *Op cit.*, p. 500.

<sup>300</sup> Luis Lira Montt, citando a Lohmann Villena, *Op cit.*, p. 134

<sup>301</sup> Luis Lira Mont. *Op cit.*,p. 503.

<sup>302</sup> Luis Lira Mont. *Op cit.*,p.317

<sup>303</sup> Luis Lira Mont. *Op cit.*,p. 506.

<sup>304</sup> Alejandro Mayagoitia .*Op Cit.* p 511-512.

<sup>305</sup> *Ibid.* p.512

<sup>306</sup> S. Núñez y Ruiz Díaz, *Op cit.*,p.

entrega de una encomienda o el nombramiento en un empleo militar o administrativo. El virrey o gobernador proveía “el testimonio de mérito” - declaración que lo hacía merecedor de cualquier merced- previa vista del oidor más antiguo de la Real Audiencia, con un informe previo del fiscal.<sup>307</sup> El carácter de benemérito de Indias constituía una nobleza de conquista, de carácter personal. Obtener la nobleza de carácter hereditario requería que durante tres generaciones se realizasen actos positivos de nobleza. A lo más, los descendientes de los beneméritos gozaban de ventajas para acceder a ciertos cargos, que permitían el ennoblecimiento.<sup>308</sup>

Pese a lo anterior, la diversidad racial y cultural del orden social indiano y las políticas de integración de la corona hacia sectores de las sociedades aborígenes dejaron abiertos los entresijos por los cuales se formó la nobleza indiana. El reconocimiento de la diversidad racial, la existencia de una nobleza aborígen reconocida por el derecho indiano, el carácter privado de la empresa de conquista<sup>309</sup> y el surgimiento de relaciones de carácter político entre los grupos de conquistadores y el monarca posibilitaron el surgimiento de un nuevo orden estamental con otras características. Esas serían una composición racial mucho más homogénea del estamento noble,<sup>310</sup> en el que las actividades económicas y la limpieza de sangre jugarían un rol diferenciador.<sup>311</sup>

A pesar de todo lo anterior, este estatuto empezó a caer en desuso en el siglo XVIII. Las reformas borbónicas, sobre todo la implementación de un sistema de oficinas, la abolición de la encomienda y la derogación del cargo de corregidor le restaron eficacia. Además, los Borbones fueron reacios a considerar servicios familiares prestados siglos antes a la hora de implementar sus políticas de gobierno, aunque tal escepticismo fue vacilante.<sup>312</sup> Finalmente, la exclusión de los criollos de los cargos públicos decretada durante el ministerio de José Gálvez fue un verdadero tiro de gracia para este estatuto, tornando la falta de observancia de las normas indianas sobre provisión de cargos públicos en causa de descontento entre criollos beneméritos.<sup>313</sup>

Aunque este estatuto fue escasamente mencionado en las Cortes, este constituye prueba fehaciente del interés por diferenciarse y de cómo el sistema social se basó en la desigualdad. Dicho interés, unido a sentimientos de orgullo personal y familiar, y a un naciente protonacionalismo, explican el clamor de los americanos por mayor justicia e igualdad en el acceso a cargos públicos y eclesiásticos. Sin embargo, los diputados americanos omitieron una pregunta: ¿para qué americanos? Las reformas propuestas buscaban una mayor acceso a cargos e instituciones, pero no se indicaba hasta dónde llegaría esa apertura. Esta pregunta nos retrotrae a la relación de la ciudadanía y la nobleza con la igualdad. Ciudadanía y nobleza se basaban, originalmente, en el mérito, en un actuar personal socialmente valorado. Ambas instituciones

<sup>307</sup> Luis Lira Mont. Op cit.,p. 508.

<sup>308</sup> Alejandro Mayagoitia. Op Cit.,p.512.

<sup>309</sup> Ese carácter obligó a la Corona, sobre todo en el siglo XVI, a establecer incentivos para que los hispanos asumieran la empresa de conquista.

<sup>310</sup> En este punto, la opinión de Mayagoitia se ve reforzada por estudios circunscritos a otras regiones como Buenos Aires, en los que, como dice Sergio Nuñez y Ruiz-Díaz, al español o blanco se lo consideró noble, pues solo pagaban tributos los indios, los negros y los mulatos. S. Núñez y Ruiz Díaz, Op cit.,p.

<sup>311</sup> Alejandro Mayagoitia, Op cit., p.517.

<sup>312</sup> Luis Lira Montt, Op cit., p.321-323.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p.323.

apuntaban en ese momento a una élite; no eran para todos. Como se señaló en los debates en el pleno, el problema es que el mérito solicitado superaba por mucho la conducta personal. Aparte de eso, reinaba entre los diputados una enorme confusión entre los conceptos de nobleza y ciudadanía, que era aún mayor en América, atendido el carácter ambiguo y difuso de la primera, comparada con sus homólogas hispanas y europeas. Así se dio el caso de que en algunas partes de América el paso de vecino a ciudadano prácticamente no se notase, pues se trataba del mismo grupo.

Las constituciones se escriben pensando en el futuro, teniendo en cuenta las necesidades del presente y tratando de arreglar cuentas con el pasado. El grupo que en algún momento tuvo el carácter de benemérito de Indias.-sin duda representado en las Cortes- se sentía de algún modo desplazado por la política borbónica. La ciudadanía era para las élites indianas importante por un tema de proyección política en el marco de una monarquía constitucional. Para asegurar un nivel de participación política relevante éstas requerían una ciudadanía amplia, que muchos americanos pudiesen votar, pues de esa manera se aseguraban un número de asientos en las Cortes y por esa vía, probablemente, una cuota de influencia en las designaciones en los cargos de gobierno. Por el contrario, en caso de que el proyecto político de las Cortes fracasare, les convenía una ciudadanía restringida. Así asegurarían su predominancia política, social y económica en la patria chica. Probablemente, esa es una de las explicaciones al hecho de que la constitución de Cádiz, al ser adoptada como texto vigente por las nuevas repúblicas en Latinoamérica, no sufriese grandes modificaciones en lo referente a ciudadanía. Por lo demás, la delimitación de ambas instituciones, sus límites y la relación que guardaban entre sí sería un tema que ocuparía largamente al derecho constitucional durante el siglo XIX. Esta discusión sólo puede verse como el comienzo de un debate que, si bien formalmente se zanjó en las nuevas repúblicas con la temprana abolición del estatuto y los títulos nobiliarios, se da en el marco del choque de la república con la monarquía, que en la América hispanoparlante tomaría ribetes propios, marcados por un rechazo formal de la última, en gran parte del continente, pero con una estructura político-institucional de repúblicas aristocráticas fuertes, cuyos ejemplos más exitosos fueron una exitosa adaptación del espíritu monárquico a las formas republicanas.<sup>314</sup> Sin perjuicio de todo ello, no deja de ser rescatable que las Cortes hayan sido capaces de dar los primeros pasos. Es evidente que en el pleno la cita al estatuto nobiliario fue como un recurso argumentativo más que como una realidad objetiva. Se entiende en el marco del carácter premial y meritativo de la nobleza indiana, que en el papel dejaba entresijos para que miembros de otros grupos sociales adquiriesen ese estatuto, y de ese modo lograr una flexibilización de los requisitos para lograr la ciudadanía.

d) Concilios limenses: Impresiona el manejo que había de estas normas dado que en Perú circulaban muy pocas ediciones de esos concilios.<sup>315</sup> Su cita se enmarca

<sup>314</sup> Un buen ejemplo es la constitución chilena de 1833, que recrea un Presidente de la República que en los hechos es un rey sin corona, adaptando toda la institucionalidad de la república aristocrática al espíritu indiano aún vigente en el Chile de la década de 1830.

<sup>315</sup> En las últimas décadas del siglo XVIII se apreciaba en el Perú una escasez de ejemplares del tercer concilio entre los párrocos, aun reconociendo que eran las normas más importantes del derecho canónico indiano para el funcionamiento de la Iglesia en el virreinato. De ahí que por esos años hubo más de una iniciativa en la ciudad de los reyes para realizar una nueva edición. A fines del siglo XVIII el arzobispado de Lima realizó gestiones para poder imprimir el tercer concilio limense. Dicho proyecto, a cargo del editor germano domiciliado en Lima Guillermo del Río, buscaba imitar una iniciativa coetánea de la iglesia mexicana, que había publicado una

dentro de un discurso de denuncia de las injusticias, señalando que en América „ha habido siempre un distinto peso y medida.“<sup>316</sup> Eran un argumento de autoridad para hacer presente una concepción del hombre y del aborígen: el indio es ante todo persona. Los concilios de Lima, mencionados junto a las civilizaciones precolombinas, sirvieron para reivindicar un trato igualitario en materia de derechos políticos. Mientras con las alusiones a las civilizaciones precolombinas.- argumento político y filosófico- se refutaban supuestas opiniones peyorativas de naturalistas europeos sobre los indios,<sup>317</sup> las citas al derecho canónico indiano representaban un argumento de autoridad en un Estado ético-religioso.<sup>318</sup> Los concilios prueban como desde el siglo XVI el indígena recibió un trato que no lo diferenció de cualquier otro creyente. Estos concilios destacaron por el énfasis en la uniformidad de la doctrina y la enseñanza, su interés en fijar un mínimo en cuanto al contenido de la doctrina y la forma en que se debía evangelizar, a fin de evitar que diferencias entre congregaciones y el clero secular produjesen confusiones.<sup>319</sup> El contenido de estos cuerpos normativos prueba el reconocimiento de la calidad de persona del aborígen, su racionalidad y constata las diferencias culturales que lo separaban al indígena del europeo. Los concilios refuerzan la idea de igualdad ya que las diferencias no se referían a la doctrina cristiana, sino a la forma de enseñar y explicar la última, atendidas las diferencias culturales que separaban al aborígen del europeo. En consecuencia, la conclusión a la que llegaron los diputados americanos en el pleno, de la necesidad de distinguir entre falta de ilustración y falta de capacidad, muy adecuada para esa época, no estaba descaminada.

El primer concilio fue convocado por el arzobispo Jerónimo de Loaiza en 1550, llamando a los obispos sufragáneos de Nicaragua, Panamá, Popayán, Cuzco y Quito.<sup>320</sup> Organizó la Iglesia americana en su conjunto y unificó los métodos para la evangelización y conversión de los indios. Ese concilio<sup>321</sup> tuvo el mérito de entender

---

nueva edición de sus tres concilios unos años antes. El impresor Del Río quería publicar por primera vez la en la historia los dos primeros concilios limenses, que circulaban en copias escritas a mano. Tal iniciativa desgraciadamente no prosperó. En la primera década del siglo XIX el eclesiástico José Manuel Bermúdez se propuso retomar ese proyecto y reimprimir los tres concilios toribianos, pero los trastornos propios de la guerra de la independencia no le permitieron seguir adelante con esa iniciativa, la que solo vería la luz en el siglo XX. Rubén Vargas Ugarte, *Los Concilios Limenses*, p. V-VIII. También véase Pedro Borges (Dir.), *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (Siglos XV-XIX)*, Volumen I. Aspectos generales. Biblioteca de Autores Cristianos, Estudio Teológico San Ildefonso de Toledo, Quinto Centenario, Madrid, MCMXCII. Parte II, Capítulo 10. I. Juntas eclesiásticas, p. 175-180. Sinodos diocesanos, p.180-185.III. Concilios provinciales. A) Distribución geográfica y cronológica, p. 185-186., B) Concilios limenses p.186-188.C) Concilios mexicanos p.188-189. Nota bibliográfica o. 189-192. (Antonio García y García)

<sup>316</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes. p.350-351.

<sup>317</sup> Al tenor de los debates se citaron algunos connotados exploradores europeos se habrían referido a los indios como seres brutales, crueles y tiránicos, carentes de todo sentido de honor y de vergüenza. No hemos podido corroborar la veracidad de esas aseveraciones en la obra de esos aventureros. Diario de las Sesiones de las Cortes. p.463

<sup>318</sup> Ricardo Zorraquín Becú. Op cit., p. 12

<sup>319</sup> Rubén Vargas Ugarte, *Historia general del Perú*, Tomo II. 2º Edición Editor Carlos Milla Batres. Lima, 1971. p. 23. En adelante, *Historia del Perú*.

<sup>320</sup> Sus participantes fueron personas con años de residencia en América y conocedores de las problemáticas de la empresa evangelizadora. Ibid. p. 22-25

<sup>321</sup> En lo que respecta a los naturales, el primer concilio tenía 39 constituciones, de las cuales aquí se comentan solo las que dan cuenta del interés en evangelizar y que consideran al indio como persona y ser racional, igual a cualquier otro. R. Vargas Ugarte, Op cit.

que los indios eran primero personas y luego posibles nuevos cristianos. Los criterios de evangelización prescritos no se diferenciaron de los empleados en Europa, tratando en todo momento a los aborígenes como seres racionales.<sup>322</sup> La regulación matrimonial recibe en estos concilios una especial consideración. Algunas prácticas maritales eran incompatibles con el catolicismo. Lo primero que había que hacer con los conversos era adaptar su situación matrimonial a los cánones de la nueva fe. Después del bautizo se le permitía al converso seguir junto a su consorte, aunque este no quisiese convertirse, pero se le dejaba en completa libertad si él o la consorte no quería permanecer a su lado.<sup>323</sup> En caso que el bautizado hubiese vivido con anterioridad en una situación de poligamia, se instaba al sacerdote a averiguar quien había sido la primera cónyuge, persuadiendo al bautizado de que siguiese unido a ella. El bautismo implicaba renunciar al estado poligámico. En ese sentido, Vargas Ugarte destaca que en esta materia el papado fue flexible y dadivoso con los indígenas. Los papas Paulo VII, Pío V y Gregorio XIII fueron laxos a la hora de disolver el vínculo matrimonial pagano, yendo mucho más allá de los privilegios paulino y petrino. Frente a esta figura jurídica hubo una extensión de instituciones nacidas en y para Europa.<sup>324</sup> Por las mismas razones, se mandaba al bautizado a apartarse inmediatamente de cualquier unión contra natura como matrimonios hijo-madre o padre-hija. La evangelización y eventual conversión de los indígenas obligaba a establecer reglas de carácter especial, tendentes a combatir ciertas prácticas y costumbres ancestrales incompatibles con la fe cristiana. Una de esas prácticas era el sacrificio de las mujeres y colaboradores más cercanos del cacique con ocasión de su muerte, acorde

---

<sup>322</sup> Basta leer el articulado de este concilio para ver hasta qué punto había una consideración hacia en indio como persona y ser racional. La 2° Constitución disponía que cada pueblo de indios debía contar con una iglesia y la 3° constitución que ellas debían construirse sobre sus antiguos templos o lugares en que honraron al demonio o a sus antiguos dioses a fin de incentivar a los indios a volverse cristianos. Se prescribía que nadie debía recibir el bautismo sin tener la certeza de que entendía qué significaba ese sacramento y qué obligaciones contraía. El bautizado no podía ser menor de 8 años. Era además requisito que el adulto recibiese instrucción en el catolicismo durante los 30 días anteriores al bautizo. Dicha instrucción debía basarse en el decálogo y en las principales oraciones. Sin esa instrucción el sacerdote no podía administrar el sacramento. La 65° constitución del título referido a los españoles era perentoria al establecer esa prohibición. Las únicas forma de dispensar ese requisito era el bautizo de emergencia, en caso de peligro de muerte, los ancianos y los enfermos, casos en los que bastaba tener la certeza de que entendían el paso que querían dar. Tal labor iba aparejada de la obligación de clérigos y sacerdotes a cargo de los indios de aprender las lenguas nativas. Acorde con las mismas constituciones, los curas debían permanecer un mínimo de dos o tres años en sus provincias. Acorde con la idea de que los indios eran personas y que la iglesia debía respetar su libertad de decisión en cuanto tales, la 7° constitución prohibía los bautizos contra la voluntad del bautizado, quien debía se persuadido por medio de información acerca de las bienaventuranzas y la verdad. En el mismo sentido, el sacerdote debía averiguar si acaso los indios eran amedrentados de bautizarse por encomenderos o caciques. Una de las pocas excepciones al trato igualitario respecto a otros posibles nuevos cristianos se puede ver en la 14° constitución, que declaraba que siempre se les podía dar a los indios los sacramentos del bautismo, la confesión y el matrimonio pero con la eucaristía se era mucho más exigente. Digna de una mención especial es la constitución N° 40, que no solo realiza la concepción del indio como persona y ser racional, sino que con ocasión de regular el asiento de los sacerdotes y la edificación de iglesias principales, manda se formen escuelas para hijos de caciques e indios importantes y que a ella asistan los tres o cuatro jóvenes más capaces de las aldeas o caseríos de alrededores a fin de que reciban instrucción en la fe católica, se les enseñe a leer y escribir en castellano y a contar. Del mismo modo, los alumnos de esas escuelas debían aprender a trabajar y a combatir el abuso a los pobres. Serán estos estudiantes los primeros catequistas aborígenes, conocidos como calpistes en los llanos y Sayapuyac o Sayapayac en la sierra. Rubén Vargas Ugarte, *Op cit.*, p. 8- 27.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p.15

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 16

con la 25<sup>o</sup> constitución, so pretexto que mujeres y colaboradores debían continuar sirviendo al cacique más allá de su muerte. A fin de evitar esa práctica se dispuso que tales autoridades fuesen sepultadas en las Iglesias o sus cementerios continuos, controlados por españoles, recalando que las únicas ofrendas para los difuntos eran la cruz y el agua bendita. A fin de resguardar la vida de mujeres y criados se restringía el tiempo para velar al difunto y se buscaba a personas idóneas para hacerse cargo del funeral.<sup>325</sup> El trato al aborígen como ser racional fue reiterado por el concilio en la parte referida a los españoles, disponiendo la 17<sup>o</sup> constitucion que los días domingos, de fiestas de guardar y durante la cuaresma dos días por semana se “imparta doctrina a los niños, hijos de parroquianos, indios e indias y negros al servicio de la Iglesia. Tal doctrina consistía en el padre nuestro, el Ave María, el credo, el decálogo, los siete pecados mortales y las obras de misericordia.”<sup>326</sup>

El segundo concilio limense (1567-1568) fue convocado por el arzobispo Loaiza, dado que el primero carecía de autoridad debido a la ausencia de varios prelados.<sup>327</sup> En palabras de Vargas Ugarte, el mayor mérito de este segundo concilio fue que “contribuyó tanto como las medidas adoptadas por la corona a difundir los conceptos básicos de los deberes del hombre para con Dios y sus semejantes y los inviolables derechos de la persona humana, encauzando las costumbres dentro de los marcos regeneradores de la ley de Jesucristo”<sup>328</sup> entre sus participantes estuvieron Fr. Domingo de Santo Tomás, obispo de la Plata, Fr. Pedro de la Pena, obispo de Quito, Fr. Antonio de San Miguel, obispo de La Imperial,<sup>329</sup> entre otros. Este concilio fue más detallado y omnicompreensivo que el anterior. Se dieron una serie de normas referidas al funcionamiento de la Iglesia y se detalló lo que se esperaba de sacerdotes y religiosos.<sup>330</sup> En las constituciones referidas a los españoles también hay disposiciones que se desenvuelven entre evangelización, labor civilizadora y trato con personas absolutamente racionales y plenamente capaces.<sup>331</sup>

---

<sup>325</sup> Ibid, p. 21

<sup>326</sup> Ibid, p. 44-45

<sup>327</sup> Rubén Vargas Ugarte, *Op cit.*, p. 157

<sup>328</sup> Ibid, p. 158

<sup>329</sup> La Imperial fue la segunda diócesis de Chile. Esa ciudad fue fundada por Pedro de Valdivia en el territorio de lo que hoy se conoce como la Araucanía. Dicha ciudad tiene hoy el nombre de Carahue y perdió su carácter de sillón episcopal con ocasión de la derrota que los mapuches infligen a los conquistadores en Curalaba, con la que todas las ciudades fundadas al sur del río Bio-Bio desaparecen.

<sup>330</sup> Se prohibió al sacerdote de mandar a hacer misas con cargo a los bienes de un difunto sin consentimiento previo del difunto o de sus herederos; bautizar a niños cuyos padres no eran conversos sin la autorización de estos; se prescribió el trato y lugar especial para indios muy mayores y ciegos en las sesiones de catequesis o doctrina; se reconoció la libertad para casarse con una persona que no pertenezca al ayllu; la posibilidad, acorde con la bula del Papa Paulo III de casarse en tercer o cuarto grado de afinidad o consanguinidad; el derecho de los jóvenes a contraer matrimonio sin autorización del respectivo cacique y la obligación de los curas de indios de erradicar la costumbre de amoldar la cabeza de niñas y jóvenes, conocida como *saitaomas* o *paltaomas*. Era labor del sacerdote contribuir a acabar con borracheras y que fiestas y banquetes fuesen comedidos, y se invitase a *meneros*. Los sacerdotes debían enseñar a los indios la importancia de la higiene. Rubén Vargas Ugarte, *Op cit.*, p. 248-253.

<sup>331</sup> Así por ejemplo, la 82<sup>o</sup> constitución dispone que en los arrabales de pueblos de españoles se construyan capillas de indios, para aquellos que moraban entre los primeros. Tal norma supone que la capilla es un lugar de encuentro de la comunidad. La idea era articular a la comunidad en base a la Iglesia. Por lo mismo, se mandaba que los españoles no apremiasen a los indios a trabajar y servir sin recibir un justo emolumento a cambio. Asimismo la 124<sup>o</sup> constitución, que ordenaba a los sacerdotes erradicar el consumo de coca, pues era un cultivo que demandaba mucho trabajo y esfuerzo y no reportaba beneficios a los aborígenes.

El tercer concilio limense, el más significativo del siglo XVI y de relevancia para casi toda la América indiana, fue convocado por el arzobispo de Lima, Toribio Alfonso de Mongrovejo. En él participaron los obispos de Paraguay y Río de la Plata, Cuzco, La Imperial, Santiago de Chile, Quito y Tucumán, mientras el obispo de Nicaragua se apersonó por medio de un representante. Este concilio mantuvo los principios generales de los dos anteriores, la regulación en materia de privilegios matrimoniales, la regulación del padrinazgo y el rechazo al matrimonio entre hermanos.<sup>332</sup> Del mismo modo, se conservó la institución de las escuelas parroquiales para indios.<sup>333</sup> Su principal labor fue adaptar la estructura de la Iglesia indiana a los postulados del concilio de Trento. Entre sus principales innovaciones está la redacción de un nuevo catecismo que dejó “la doctrina” incólume.

Resulta interesante el establecimiento de algunos “derechos”. Uno de ellos es el “derecho a contraer matrimonio”.<sup>334</sup> El matrimonio es un sacramento y por ende, no se podía impedir a nadie contraerlo, cuando cumplierse los requisitos de la ley canónica vigente. El tercer concilio perfeccionó y extendió la normativa vigente en el segundo concilio. Ese derecho a casarse sin autorización de terceros como el cacique ahora se extendió expresamente a esclavos y morenos. Se estableció la prohibición de separar a los esclavos cónyuges por vía de contrato de compraventa o por traslado a perpetuidad o por un largo tiempo. Entre las principales obligaciones de los clérigos estaba la defensa y protección del indio frente al poder temporal.<sup>335</sup> Para ese fin y para asegurar una exitosa labor evangelizadora el concilio estableció como proporción ideal un cura por cada 300 indios.<sup>336</sup> Por lo mismo, a fin de que ningún alma se extraviase, se mandaba que en cada mina u obraje fuese designado un cura de indios.<sup>337</sup>

En un Estado ético-religioso y en una sociedad que se reconocía católica, uno de los elementos aglutinantes era el catolicismo. La opinión que se desprendía de un concilio tenía efectos políticos importantes. Rebatir una decisión eclesiástica plasmada en una norma jurídica era una labor que requería muchísima fineza intelectual y jurídica. Los concilios muestran personas racionales de otra cultura que pueden ser evangelizados si así lo desean. Si bien los debates de las Cortes no exhiben un conocimiento acabado de estos, si existe claridad respecto de las ideas y principios generales que los informan. Es rescatable el manejo que mostraron varios diputados sobre dichos concilios, pues desde hacía varias décadas se clamaba por su reimpresión. Tal manejo da cuenta de cuán arraigados estaban en la cultura jurídica del virreinato del Perú, demostrando de paso el nivel de autonomía que había alcanzado el derecho indiano.

e) Tercer concilio mexicano: mencionado al calor del debate, concretamente para fundamentar el derecho de las castas a la ciudadanía. Este Concilio tuvo por objetivo adaptar las normas de la Iglesia novohispana a las disposiciones tridentinas. El concilio de Trento tuvo entre sus énfasis una mejor selección y preparación de los sacerdotes. Con tal finalidad, permite la entrada al sacerdocio de mulatos, indios y

<sup>332</sup> Rubén Vargas Ugarte. Op cit., p.326.

<sup>333</sup> Ibid., p. 340-341.

<sup>334</sup> El tenor literal del capítulo 36 versa: “no es justo que la ley del matrimonio, que es natural, se derogue por la ley de la servidumbre, que es humana”. Ibid., p. 338.

<sup>335</sup> Ibid., p.344.

<sup>336</sup> Ibid., p.348.

<sup>337</sup> Ibid., p.348..

mestizos, marcando una diferencia con los dos concilio anteriores, que cerraban las puertas a esos grupos étnicos. El libro I, título IV, en el acápite sobre “la vida, fama y costumbres de los que se van a ordenar” establecen su numeral III, que los “Indios y los mestizos no sean admitidos a los sagrados órdenes sino con la mayor y cuidadosa elección...” Si bien esta disposición habla en su encabezado solo de indios y mestizos, la frase final prescribe que los postulantes al sacerdocio “descendientes en primer grado de los nacidos de padre o madre negros, mestizos, indios y moros deben ser cuidadosamente elegidos.”<sup>338</sup> Si bien las actas de las Cortes no proporcionan datos acerca de por qué la cita al tercer concilio se centró en las castas, nos atrevemos a aventurar que en parte se pudo haber debido no solo al tamaño económico del virreinato de Nueva España ni a su elevado y heterogénea población sino que también a su mayor contacto con las Filipinas.

Pero más allá de todas estas observaciones, es oportuno volver a la pregunta que motiva este acápite. Una cosa es lo que prescriben los concilios y otra muy distinta es cómo esas normas fueron entendidas, citadas e interpretadas en las Cortes de Cádiz. En el caso indiano, la monarquía estaba obligada a velar por la expansión de la fe y la evangelización a los aborígenes, velar por el desenvolvimiento de la fe acorde con el magisterio de la Iglesia y seguir atentamente el surgimiento de nuevos movimientos, doctrina y visión, a fin evitar cualquier influjo del protestantismo. Dicha tarea implicaba un esfuerzo pastoral y económico, en la que todos esos objetivos se dirigieron a la evangelización de los indígenas, labor que recaería principalmente en los sacerdotes. Para la consecución de tales objetivos, lo primero era enseñar de manera uniforme y partir por lo básico, en lengua aborígen. Con ese mismo fin, los concilios mandataban la fundación de escuelas y la alfabetización del aborígen. Tales labores requerían, en aras del número de habitantes, más sacerdotes y mejor preparados. Esa es la razón por la que las normas arriba mencionadas no pueden entenderse como discriminación, sino como una especificación del celo tridentino para elegir a los nuevos seminaristas y religiosos. Acorde con la experiencia de la Iglesia en Europa, no había peor enemigo de la religión que sacerdotes poco preparados e inobservantes del magisterio de la Iglesia. Quizás la única interpretación discriminatoria que admiten las citadas normas es que los indios eran cristianos nuevos, pero tal calidad en ningún caso constituía un impedimento absoluto. Solo se exigía mayor prolijidad en la selección de los novicios. Tales disposiciones no tienen nada de extraordinario. Las normas de derecho canónico promulgadas en Perú durante el período de Santo Toribio de Mogrovejo, paralelamente, resguardaban los mismos bienes jurídicos que el resto de las normas eclesiásticas en todo tiempo y lugar.<sup>339</sup> Por lo tanto, los concilios mexicanos y limenses compartían una concepción del aborígen que en nada se distinguía de la otros grupos susceptibles de evangelizar: un ser racional, dotado de libertad que podía ser evangelizado y, por su propia voluntad, convertirse al catolicismo. Tampoco se puede hablar de una exclusión contra aborígenes y

<sup>338</sup> “Concilio provincial mexicano celebrado el año 1585. Aprobación del concilio. Confirmación del sínodo provincial de México. Sixto V, Papa para su perpetua memoria”, en María Martínez Cano (coord.), *Concilios provinciales mexicanos. Época colonial*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, México, 2004, p.27-28.

<sup>339</sup> Sebastián Terráneo, “Régimen penal de las asambleas eclesiásticas de Santo Toribio de Mongrovejo”, en Otto Danwerth/Benedetta Albani (eds), *Normatividades e instituciones eclesiásticas en el virreinato del Perú, siglos XVI-XIX*, Max Planck Institute for european legal History, Frankfurt am Main, 2019, p.63-64.

castas a la hora de entrar al sacerdocio, por lo que, en el marco de una sociedad católica, la exclusión de la ciudadanía para esos grupos era inentendible. Quien puede lo más, puede lo menos. Más relevante era el acceso al sacerdocio que a la ciudadanía. Si las castas podían acceder al ministerio sacerdotal y a la vida religiosa – lo más relevante en una sociedad confesional- cabe preguntarse cuál era el motivo para negarles el acceso a una calidad mucho más trivial como la ciudadanía.

Todo lo anterior no quita que el método por el que finalmente se optó en el texto constitucional, el mérito, era perfectamente compatible con los criterios de selección establecidos en los concilios mexicanos y limenses. En otras palabras, la interpretación enarbolada por algunos diputados peninsulares puede catalogarse sin problemas como alejada del espíritu que informaba al tercer concilio mexicano. Las citadas normas canónicas no solo estaban en plena concordancia con la voluntad de la reina católica, sino que representaban un pleno reconocimiento a las capacidades del aborígen en cuanto persona y creyente. En el marco de una sociedad católica y confesional, la cita de los concilios mexicanos y limenses era un argumento de autoridad, pero también un importante antecedente jurídico. Este debate demostró cuán lejos estaban los peninsulares y los americanos entre sí.

f) Plurilingüismo: si bien el idioma oficial en Indias fue el castellano, no debe olvidarse que hubo un esfuerzo permanente de la Corona, sobre todo aunque no exclusivamente en la Nueva España, de dotar de un registro escrito de las lenguas indígenas, primeramente como auxilio en la evangelización. Dentro de la multiplicidad de lenguas, no todas tuvieron la misma suerte. Solo algunas pudieron dar el salto a la cultura alfabética e impresa, como lo reflejó el creciente número de talleres de imprenta fundados en México en los siglos XVII y XVIII.<sup>340</sup> Entre las lenguas que pudieron dar ese salto se encuentran el náhuatl, el maya, el quechua, el aymará, el cahita, el ópata, el tepehuano, el mapudungún y el tupi-guaraní.<sup>341</sup> La producción de imágenes y libros, en principio útil a los peninsulares y sus descendientes, prontamente fue empleada por los mismos grupos indígenas como un factor de identidad, de memoria histórica, de defensa de sus intereses patrimoniales y de su poder ante los hispanos y otras comunidades indígenas.<sup>342</sup> Más allá de que el tema se tocó de manera tangencial, el mismo hecho de que el plurilingüismo haya sido motivo de discusión en las Cortes da cuenta de cuán avanzada y novedosa llegó a ser la discusión jurídica en Cádiz.<sup>343</sup> Tanto el hecho que se critique que en Nueva España existan distintas lenguas como él que la réplica a esa crítica equipare esa diversidad con las particularidades del vascuence, especialmente el de las clases menesterosas, permite observar alguna tolerancia ante la diversidad cultural, lo que no deja de ser llamativo.<sup>344</sup> Si bien no se llegó a la for-

<sup>340</sup> Marina Garone Gravier, “Cultura impresa colonial indígena: una visión histórica y regional”, *Ensayos. Historia y teoría del Arte*, N° 18, 2010, p. 102 y ss.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 113-114.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>343</sup> Los derechos lingüísticos pertenecen a los derechos culturales, de carácter colectivo, categoría surgida a lo largo del siglo XX en el marco del derecho internacional. Se relacionan con el derecho a la propia identidad y la libertad de pensamiento y en menor grado a los derechos políticos. Entre sus fundamentos se encuentra la justicia entre los diversos grupos que componen una sociedad, especialmente frente a grupos minoritarios de carácter étnico. Véase Pedro Goic. “Editorial. Respeto a los derechos lingüísticos”, *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 12, N° 1, p.8-9.

<sup>344</sup> Baste ver que los Estados nacionales, a lo largo de los siglos XIX y XX intentarán de muy diversas maneras imponer una lengua oficial y desterrar las lenguas originarias en distintos lugares de la América hispanoparlante.

mulación de figuras como la protección de las minorías lingüísticas, la sola constatación de esta realidad da cuenta de la pervivencia de una cultura y de una forma de coexistir entre diversos pueblos muy anterior a los Borbones. Son varias las lecturas que admite ese corto y áspero intercambio de opiniones. En primer lugar, se aprecia cuán fuerte era todavía la herencia cultural de la época de los Austria. En segundo lugar, cómo las élites habían adquirido conciencia de la importancia del lenguaje como elemento de unidad política y económica, y de la necesidad de contar con un idioma relativamente unificado para asegurar la viabilidad política del imperio. Esto último puede entroncar con la labor que venía realizando la Real Academia Española desde su fundación en 1713, con la tarea de mantener la unidad del idioma.<sup>345</sup>

## 9. Consideraciones finales

La Constitución de 1812 ha sido siempre conocida como liberal, aunque en ella los elementos tradicionales jugaron un rol significativo. Uno de ellos fue el derecho indiano. Del mismo modo, en las Cortes tuvieron lugar discusiones relacionadas total o parcialmente con la igualdad, como la abolición de la esclavitud, la codificación y la formulación e implementación de un nuevo sistema jurídico, inspirado en las ideas del constitucionalismo, con la ley como fuente del derecho por antonomasia. En esos debates hubo concesiones al mundo indiano, en razón de las diferentes realidades sociales, económicas y culturales, junto a un bien logrado trabajo de los juristas indios, que se manifestaron en el articulado de la constitución doceañista. Pero a nuestro entender la discusión más interesante desde un punto de vista histórico y dogmático es la que se refiere a la igualdad ante la ley versus la paradoja de la igualdad. Los diputados americanos demandaron la extensión de las nuevas instituciones.- principalmente la ciudadanía- y la mantención de todos los estatutos especiales que protegían a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. De ese modo, reivindicaron el pluralismo étnico y cultural existente en Indias, impetrando la extensión de la ciudadanía y la representación política para los indios y las castas, reconocidos en el derecho indiano pero invisibles a los ojos del derecho europeo. Para lograr aquello recurrieron a un entramado de argumentos histórico-jurídicos, que terminaron demostrando el desconocimiento que existía en la península ibérica acerca de la realidad americana, y dando cuenta de una cultura jurídica propia, derivada del *ius commune* pero con particularidades locales, que no les impidieron elevar peticiones de carácter continental, relacionadas preferentemente con un trato preferencial: igualdad en la diferencia.

---

<sup>345</sup> Tomando como modelo la academia de las letras francesa, su primera tarea fue elaborar un diccionario de la lengua castellana que pudiera recoger todas las palabras que conforman ese idioma.