

## EL PERIODO COLONIAL Y SU LEGADO

María del Refugio GONZÁLEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las Indias en la monarquía hispana*. III. *El nuevo orden y las dos repúblicas*. IV. *El choque de culturas*. V. *El nuevo orden institucional*. VI. *Las reformas del siglo XVIII y la independencia*. VII. *Perspectivas, retos y riesgos en la construcción de un Ius Commune latinoamericano en materia de derechos humanos*.

### I. INTRODUCCIÓN

Casi seis décadas después de la donación realizada por el papa Alejandro VI a los Reyes Católicos y a sus sucesores en la Corona de Castilla, de las tierras descubiertas y por descubrir en “la mar oceánica”, constituyéndolos en “señores con plena, libre y absoluta autoridad y jurisdicción”, las Indias, en general, y la Nueva España, en particular, habían adquirido el perfil que las caracterizaría a lo largo de casi tres siglos.<sup>1</sup>

Durante el periodo colonial, también llamado indiano, el supremo gobierno (Rey, Consejo y Casa de Contratación), se hallaba asentado en la metrópoli; localmente, cada territorio tuvo a la cabeza virreyes, gobernadores o capitanes generales, según fuera el caso, que constituían el gobierno superior y actuaban en uso de facultades delegadas por el monarca, quien era el único que las tenía originarias en su carácter de soberano. Las normas eran dictadas en la metrópoli, aunque las autoridades locales siempre se ocuparon de resolver las cuestiones de la vida cotidiana a través de mandamientos

\* Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad de las Américas, Puebla.

<sup>1</sup> Excluyo el caso de Brasil, ya que no formó parte de dicha Monarquía; por tanto, la herencia colonial es diversa aunque España y Portugal compartieran muchas de las características que tuvieron los reinos y coronas de la Baja Edad Media y la época de formación del Estado moderno. Advierto al lector que el eje de la exposición es la Nueva España, aunque se hace referencia a lo común y a lo diverso de otros lugares.

de gobernación; al hacerlo, privilegiaban el casuismo y la paz social, sin perjuicio de los intereses de la Corona.

A partir de 1492, fecha del descubrimiento de América, la conquista y la colonización de las Indias Occidentales siguieron patrones semejantes que se vieron influidos por la existencia o no existencia de población aborigen y el grado de desarrollo que ésta tenía. Aunque el primer territorio descubierto y colonizado se encuentra en el Caribe, en la hoy República Dominicana, fue el virreinato de la Nueva España el lugar en el que se desplegaron los más importantes elementos para lograr tanto la conquista material como la espiritual o evangelización.

La Nueva España fue eso, una España nueva, desde que se le abrió un espacio particular en los libros registro de lo que llegaría a ser el Real y Supremo Consejo de las Indias. Aquí, se pusieron a prueba las instituciones que después se implantarían en otras regiones; aquí se decidirían los caminos a seguir sobre la base de la experiencia adquirida; aquí mandó el rey a sus mejores hombres, aunque jerárquicamente, por la mayor producción de plata, la *Ciudad de los Reyes*, hoy Lima, constituyera un ascenso en el *cursus honorum* de la empresa americana.

En toda América, lo que se vivió fue un encuentro, a veces violento, a veces pacífico, de dos mundos distintos, ajenos, desconocidos el uno para el otro antes del descubrimiento. De ese encuentro quisiera destacar algo que ha dejado su impronta en varios de nuestros países: a pesar de que existía un océano de por medio, el rey siempre estuvo presente en el imaginario de los americanos; es el interlocutor; recibe las loas, peticiones o quejas de sus vasallos; es a quien reclaman justicia los naturales y a quien agradecen las mercedes recibidas. Los fastos reales se celebran como si estuviera presente, aunque las noticias tardan varios meses en ser conocidas.

En virtud de la donación pontificia de Alejandro VI se concede el señoría del territorio de las Indias y se otorga el mandato apostólico de evangelizar a los naturales a Isabel de Castilla y Fernando de Aragón. Así, por lo menos formalmente, son señores y reyes; hecho significativo en la conformación de las diversas regiones. En la bula de donación se establecía el Real Patronato, institución que creó una distancia difícil de ignorar entre la Iglesia americana, sus prelados, las órdenes religiosas, los curas, y la Santa Sede, cuyo titular, en muchas ocasiones sólo ratifica lo que realiza el rey. Las autoridades civiles cuidaban de manera especial la relación con la Iglesia ya que ésta era la otra cara del poder. Por su competencia, estos órdenes de gobierno constituyen el gobierno temporal y el gobierno espiritual, aunque en los hechos ambos tienen los mismos objetivos.

Conforme avanza la colonización, los antiguos y los nuevos pobladores van ubicándose en el lugar que les correspondía de la pirámide social y la jurídica:<sup>2</sup> indios, españoles, criollos, mestizos, negros, mulatos, zambos, entre otros, constituyeron un abigarrado conjunto, más complejo en los virreinos de la Nueva España y el Perú.

En la península, las cuestiones relativas al mundo americano no involucraron más que a los reducidos sectores de la población, sobre todo castellana, vinculados a la empresa de las Indias, aunque el oro que llegaba en las flotas circulara por todo el mundo conocido.<sup>3</sup> Sin embargo, los problemas planteados por el descubrimiento, la conquista y colonización de las tierras americanas a gobernantes, teólogos y juristas castellanos fueron muy arduos por no tenerse conocimiento previo de la existencia del llamado Nuevo Mundo.<sup>4</sup>

Durante el siglo XV se vivieron intensas convulsiones sociales, derivadas del ocaso de los valores medievales y del abatimiento económico, lo que produjo nuevas formas de organización política y social que dieron paso a la monarquía del Renacimiento. Esa monarquía llevaría el signo de la cruz y los emblemas de Castilla, ya que contaba con los recursos, sobre todo demográficos, que constituyeron el factor determinante en la expansión hacia los territorios americanos.<sup>5</sup>

La *Monarchia hispana* participó en el reordenamiento político europeo e inició la conquista y colonización de las tierras americanas descubiertas en la búsqueda de nuevas rutas comerciales hacia el Oriente, aunque la mirada ha de centrarse en Castilla,<sup>6</sup> ya que las Indias se incorporaron a su dominio.

<sup>2</sup> Mörner, Magnus, *La mezcla de razas en la historia de América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 1969.

<sup>3</sup> Bernard, Carmen y Gruzinski, Serge, *Historia del Nuevo Mundo. Del descubrimiento a la conquista. La experiencia europea, 1492-1550*, trad. de María Antonia Neira Bigorra, México, FCE, 1996.

<sup>4</sup> Tomo elementos de mi libro *Historia del derecho mexicano*, México, UNAM-McGraw Hill, 1998, pp. 9-35; para esta versión se modificó el orden y se adaptaron numerosas cuestiones, a fin de abarcar a las culturas de las Antillas y América del Sur. Se incorpora nueva información de referencias bibliográficas: Dougnac, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, 2a. ed., México, UNAM-McGraw Hill, 1998, y Sánchez-Arcilla, José, *Instituciones político-administrativas de la América Hispánica (1492-1810)*, Madrid, Universidad Complutense (Facultad de Derecho), 1999, 2 vols.; las específicas están citadas a pie de página.

<sup>5</sup> Vicens Vives, Juan (dir.), *Historia de España y América*, Barcelona, 1957, vol. II, *passim*; Morales Padrón, Francisco, *Historia del descubrimiento y conquista de América*, 4a. ed., Madrid, Editora Nacional, 1981; Pérez Herrero, Pedro, *Comercio y mercados en América Colonial*, Madrid, Mapfre, 1991.

<sup>6</sup> En 1504, por la muerte de Isabel, Aragón queda fuera; las coronas se vuelven a reunir en 1517, en su nieto Carlos I, de España y V, de Alemania, hijo de la reina doña Juana y

Todo ello el mismo año en que culmina la reconquista con la derrota de los moros en Granada y se descubre América.

## II. LAS INDIAS EN LA MONARQUÍA HISPANA

Sobre la base de la doctrina canónica medieval, la donación que el Papa Alejandro VI —como jefe de la cristiandad— hizo a los Reyes Católicos de las islas y tierra firme del mar océano invistiéndolos: “como señores con plena, libre y omnimoda potestad, autoridad y jurisdicción”, no tenía nada de novedoso. Las donaciones de tierras concedidas por el papado a los gobernantes cristianos, con el fin de convertir infieles, estaban amparadas por una larga tradición medieval; la expansión portuguesa por la costa de África había tenido el mismo origen. Pero la trascendencia de la donación pontificia a favor de los Reyes Católicos se deriva de haberles quedado reservados a dichos monarcas el descubrimiento y colonización de casi todo un continente. Por ello, ya desde el siglo XVI, las Bulas Alejandrinas han sido objeto de constante atención por parte de canonistas, internacionalistas, historiadores y juristas.<sup>7</sup>

La donación y la legitimación de la conquista y la colonización tuvieron en el mundo jurídico una consecuencia sumamente importante: la implantación del derecho castellano en los vastos territorios de las Indias.<sup>8</sup> Este hecho constituye uno de los elementos capitales del legado colonial, ya que a lo largo de todo el territorio americano se establecieron facultades de derecho, tanto civil como canónico, para enseñar el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, lo que permitió la formación de una cultura jurídica

Felipe el Hermoso. Don Carlos reinó muchos años y en 1556 abdicó el trono a favor de su hijo Felipe II, quien consolidó la presencia castellana en las Indias.

<sup>7</sup> Castañeda Delgado, Paulino, *La teocracia pontifical en las controversias sobre el Nuevo Mundo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996; García-Gallo, Alfonso, “Las Indias en el reinado de Felipe II. Una solución del problema de los justos títulos”, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 425-471; “Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1958, pp. 1-369; Manzano Manzano, Juan, “La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los reinos castellanos”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. XXI, 1951, pp. 5-170; *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1948.

<sup>8</sup> A partir del reinado de Alfonso XI ya hay un ordenamiento jurídico castellano en los territorios de la Corona, a pesar de los matices que se le pueden señalar. La conquista de Canarias, de Granada y de las Indias, incorporó al sistema político y jurídico de Castilla estos territorios; en las provincias vascongadas, agrupadas también en torno a la misma Corona, se respetaron sus propios ordenamientos.

común que coexistió de desigual manera con la que tenían los naturales en tiempos de su gentilidad.<sup>9</sup>

Las bulas expedidas por Alejandro VI fueron tres y su contenido puede ser resumido de la siguiente manera: se hace la donación a los Reyes Católicos de las islas y tierras que se descubrieron navegando hacia Occidente y que no estuvieran en poder de otro príncipe cristiano; se fija una línea de demarcación de las tierras que podían ser descubiertas por los reyes de Castilla y de Portugal; se concede a los primeros los mismos privilegios que los segundos tenían en las suyas. Habrían sido expedidas los días 3 y 4 de mayo de 1493 y, por ellas, los sucesores de Isabel La Católica en el trono de Castilla gobernaron las tierras americanas por casi trescientos años.

Paralela a la facultad de gobernar las tierras descubiertas se hallaba el mandato apostólico de evangelizar a sus habitantes. Esta cuestión fue el motivo de que en varias ocasiones se pusiera en tela de juicio la naturaleza de la donación pontificia, ya que, salvo excepción, los aborígenes no quisieron someterse pacíficamente ni aceptar que, en adelante, estaban sujetos a los reyes de España, quienes serían sus legítimos señores.<sup>10</sup>

La expansión hacia tierras americanas produjo fuertes tensiones entre Castilla y Portugal; por el encono que alcanzaron fue necesario buscar una solución pactada. El Tratado de Tordesillas del 7 de junio de 1494 puso punto final a la controversia. En su texto se establecía la línea de demarcación dentro de la cual cada uno realizaría sus descubrimientos; los contratantes en aras de la paz y la concordia: “y por conservación del deudo y amor” que se tenían, dirimieron políticamente sus conflictos. Lo que se había descubierto no fue puesto en entredicho; los propios descubrimientos y los documentos papales eran prueba suficiente de que la cuestión no estaba sujeta a debate. Por lo anterior, Brasil y una parte de las Antillas no formaron parte de la corona de Castilla ni de la monarquía hispana, y aunque encontremos numerosas coincidencias culturales, los legados son distintos. La línea divisoria fue conocida como “línea alejandrina” y de hecho y de derecho partió el mundo americano de esa época en dos ámbitos distintos que fueron ocupados por dichas coronas. Fuera quedaron los inmensos territorios del Norte del Continente, de los que por entonces nada se sabía.

<sup>9</sup> Salvo Cuba y Puerto Rico, que permanecieron bajo el dominio español varias décadas más, después de la independencia de las otras naciones.

<sup>10</sup> El caso peruano fue de tal manera cruento que llevó a replantear la doctrina imperante sobre los justos títulos para el dominio de las Indias; incluso se ha dicho que el propio Carlos V (I de España) estuvo a punto de abandonar la empresa americana, *vid.* García Gallo, “Las Indias en el reinado de Felipe II...”, pp. 439-441.

Desde los primeros años que siguieron al descubrimiento se ensayan opciones institucionales que se utilizaron en la expansión continental. Es precisamente en esa época cuando se crea el instrumento que legitima la conquista. La concesión pontificia donaba, concedía y asignaba las “islas y tierras firmes” descubiertas y por descubrir a los Reyes Católicos y a sus herederos en Castilla y León, los hacía y constituía “señores con plena, libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción”. Estos reyes tenían la obligación de “inducir los pueblos, que viven en las tales Islas, y tierras, a que reciban la Religión Cristiana”, y aunque el derecho de la época permitía hacer esclavos a los infieles, los indígenas fueron considerados vasallos libres que no habían recibido nunca predicación cristiana, por lo que se consideraron “gentiles” y su condición jurídica era la de “miserables” o menores de 25 años. Por esta razón, como en el antiguo derecho romano, debían tener un curador para la realización de buena parte de sus actos jurídicos. Este curador era, por supuesto, el Estado.

Lo anterior se decidió después de numerosas juntas en las que se discutía la validez de la donación, la legitimidad de la conquista y la forma en que habría de convertirse a los naturales a la fe de Cristo. A medida que avanza la conquista, avanza también la argumentación contra ella por parte de los miembros de algunas órdenes religiosas, por los desmanes de los españoles en la penetración y primeros asentamientos. Estas voces en contra de la “guerra justa” aducían que la penetración debía ser pacífica, y la instrucción, paulatina y voluntaria.

Nuevas juntas y nuevos argumentos no resolvieron la cuestión; entretanto, la penetración española avanzaba y, voluntariamente o no, también la llamada conquista espiritual. La solución final se dio en 1570 en el reinado de Felipe II, “al armonizar la concesión de las Indias hecha por la Bula de Alejandro VI con la libertad natural de los indios, y al distinguir entre los territorios ya ocupados por los españoles y los aún no descubiertos y ocupados por éstos”. Al tiempo en que se lograron conciliar formalmente las posiciones encontradas, el dominio español abarcaba prácticamente toda el área mesoamericana y la andina y se había iniciado la expansión hacia el norte de la Nueva España y hacia el Río de la Plata, el Orinoco y el Amazonas. Como en muchas otras ocasiones, la realidad se impuso sobre los marcos formales.<sup>11</sup>

Las dudas, controversias, juntas, cartas y documentos anteriores tuvieron un resultado que interesa destacar aquí por su repercusión en el mundo

<sup>11</sup> García Gallo, “La solución del problema de los justos títulos”, *Estudios de historia del derecho indiano...*, pp. 446-451.

jurídico: el ordenamiento castellano se implantó en la Nueva España, al igual que en el resto de América, y el rey Carlos V dispuso en 1530 que “los Virreyes, o Audiencias, guarden sus buenos usos, y costumbres en lo que no fueren contra nuestra Sagrada religión” y en 1555 mandó que:

[...] las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos...

El nuevo orden jurídico reconocía, en los términos señalados por el monarca, el derecho que los indios habían tenido en tiempos de su idolatría. Lo anterior es el origen de un amplio sincretismo cultural que se manifiesta no sólo en materia jurídica, sino también en la religiosa.

### III. EL NUEVO ORDEN Y LAS DOS REPÚBLICAS

A distancia, se puede percibir que la empresa de las Indias revistió muy diversas formas, y que las ensayadas en el llamado “periodo antillano” proporcionaron las bases para la conquista y la colonización del resto del continente. Pronto se puso de manifiesto que en los nuevos territorios, eran inoperantes los sistemas empleados por los peninsulares en la Reconquista y en la expansión mediterránea. Así, se puede afirmar que las estructuras sociales, políticas y religiosas que encontraron los peninsulares en las tierras americanas les resultaron tan ajenas que no pudieron acomodarlas a la cultura europea, por ello, “haciendo casi tabla rasa de lo que hallaron, implantaron con absoluta naturalidad sus formas de vida”.<sup>12</sup>

La expansión hacia las Indias se planteó, en su origen, como una empresa mercantil lucrativa en la que participaron tanto los reyes españoles como empresarios y mercaderes privados, castellanos y extranjeros. Los primeros contactos con los pueblos americanos hicieron que la realidad desbordara el marco formal del que se había partido y hubieron de idearse nuevas formas para la penetración. Pero el balance de esta primera etapa, que va de 1492 a 1550, fue positivo, ya que a partir de los resultados que obtuvo la corona en su experiencia antillana se perfiló el marco legislativo e institucional con que empezaría a estructurarse el imperio español en América.

<sup>12</sup> Céspedes del Castillo, Guillermo, “Las Indias en tiempo de los Reyes Católicos”, en Vicens Vives, J. (dir.), *Historia de España y América social y económica*, Barcelona, Editorial Vicens Vives, 1972, vol. II, pp. 430-481.

El descubrimiento y la conquista fueron empresas en las que, a los aspectos mercantiles, debe sumarse la presencia del rey en todos los actos jurídicos que las generaron y permitieron su desarrollo. No debe olvidarse que era con el rey que se pactaban las capitulaciones; era el monarca quien autorizaba la fundación de villas y lugares, y a su benevolencia se debían todas las acciones vinculadas con ambas tareas; por eso, desde el primer momento, estuvieron presentes los funcionarios del rey. Esto permitió que, a medida que se iba penetrando en las tierras americanas, se fuera introduciendo un aparato burocrático, portavoz de los intereses reales, del que dependieron la colonización y la evangelización. De esta manera, el conquistador fue cediendo su papel protagónico al encomendero, al misionero, al criollo y, como es obvio, al funcionario real.<sup>13</sup>

Las características jurídicas, sociales y políticas de finales del siglo XV marcaron los rumbos que habían de seguirse en la creación de una nueva sociedad que, aunque vinculada a su matriz, bien pronto, en virtud de la realidad que tuvo que enfrentar, adquirió perfiles propios. Vale la pena señalar aquí una de las diferencias capitales entre la sociedad peninsular y la nueva: en la primera, un monarca cada vez más fuerte trataba de extender su poder sobre la Iglesia, la nobleza y las autoridades municipales; en la segunda, la figura del rey es desde el primer momento dominante. En los nuevos territorios, por lo menos formalmente, el rey decidía qué debía sembrarse, qué libros podían leerse, qué habría de producirse, quiénes eran merecedores de los cargos burocráticos, qué privilegios y a quiénes podían otorgarse<sup>14</sup> y, finalmente, en qué forma se debía llevar al cabo la evangelización de los pueblos aborígenes, encomendados a su Real Patronato por disposición expresa del romano pontífice.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> García-Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1971, 2 vols.; Leonard, Irving A., *Los libros del conquistador*, trad. de Mario Monteforte Toledo, revisada por Julián Calvo, México, FCE, 1953; Ots Capdequí, José María, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1968; Prieto, Alfonso, “El proceso de formación del derecho canónico”, en *Derecho canónico*, Pamplona, EUNSA, 1975, pp. 89-137; Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1979 y Sánchez Arcilla, José, *Instituciones político-administrativas de la América Hispánica...*, *passim*.

<sup>14</sup> Alvarado Armando, Guillermo Beato *et al.*, *La participación del Estado en la vida económica y social mexicana, 1767-1910*, México, INAH, 1993, *passim*.

<sup>15</sup> Hera, Alberto de la, *Iglesia y Corona en la América española*, Madrid, Editorial MAPFRE, 1992; Garrido Aranda, Antonio, *Organización de la Iglesia en el Reino de Granada y su proyección en Indias*, Sevilla, EEHA-CSIC y Universidad de Córdoba, 1979.



A medida que se fueron ampliando los dominios en las “islas y tierra firme del mar océano”, el rey fue delegando funciones para su gobierno en diversos organismos. De esta suerte, se fueron creando cuerpos colegiados, virreinos, audiencias y demás tribunales, gobernaciones, capitanías generales etcétera, para ocuparse del gobierno y administración de los distintos territorios. Tanto los pobladores originales como quienes se fueron trasladando con el fin de conquistar, colonizar y evangelizar, estaban sujetos —según se dijo— a los designios del monarca; sin embargo, las distancias, el desconocimiento que en la metrópoli se tenía de la realidad americana y los intereses políticos y económicos que se fueron estableciendo en las colonias, permitieron que la vida en ellas transcurriera con bastante independencia y libertad, sobre todo hasta antes del siglo XVIII, en que una nueva dinastía tomó las riendas del trono español.<sup>16</sup>

El gran desplazamiento de peninsulares a las tierras americanas fue un factor decisivo para que en ellas se implantaran todas las instituciones, incluso las de carácter cultural, que formaban parte del bagaje de los nuevos pobladores. Al operar en la realidad americana, estas instituciones cobraron vida propia, y fue éste el nuevo substrato sobre el que se constituyeron, varios siglos después, los países americanos.

En la operación de las instituciones castellanas en América fueron factor determinante las culturas que se hallaban asentadas en los diversos territorios. La vida del virreinato de la Nueva España transcurrió por cauces muy distintos que la del virreinato del Río de la Plata, por ejemplo. Allí donde las culturas aborígenes no habían alcanzado un amplio grado de desarrollo, la empresa de las Indias fue, sobre todo, colonizadora. Mucho más compleja resultó en aquellos en que, a la presencia de pueblos con alto grado de desarrollo cultural, ha de agregarse la gran riqueza minera, como México y Perú, nada despreciable para los intereses privados y reales.

Dentro de los vastos dominios castellanos en las Indias Occidentales la Nueva España se caracteriza por ser ahí donde se ensayaron instituciones que después de haber probado su eficacia se trasladaron a otros territorios; lo que ya había sucedido en las Antillas en menor escala. En el virreinato, la heterogeneidad de la población y la variedad de recursos fueron factores que influyeron tal proceso.

En todas las Indias, desde la segunda mitad del siglo XVI, la población quedó dividida en dos repúblicas: una de españoles y otra de indios, cada una con su territorio, gobierno y régimen jurídico particular. En la mayor

<sup>16</sup> Brading, David, *Orbe Indiano. De la monarquía católica a la República criolla, 1492-1867*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

parte de las ciudades vivieron los españoles, rodeados de la población aborigen, lo que orilló a un intercambio más grande del que deseaba la Corona. Aunque en la realidad las dos repúblicas no estuvieran separadas tajantemente, la diferenciación se mantuvo en el orden jurídico hasta el final de la época colonial. El virreinato se volvió un mosaico étnico en el que cada grupo tenía su lugar de acuerdo a las condiciones del nacimiento, el origen y el género. Sólo los españoles, hijos legítimos y varones tuvieron acceso a los cargos de la burocracia civil, la eclesiástica y de las corporaciones.<sup>17</sup>

Como antes se dijo, los indígenas eran considerados “miserables” o menores de 25 años, por lo que en la mayor parte de los actos jurídicos que realizaban debían contar con la aprobación de su curador, que era el Estado. Así, se constituye un régimen proteccionista que los diferenció de los otros grupos sociales, salvo si habían formado parte de la “nobleza indígena”, en cuyo caso, jurídicamente se consideraban españoles.

Lo anterior es especialmente notorio en los casos de los virreinos de la Nueva España<sup>18</sup> y el Perú,<sup>19</sup> ya que en ellos se asentaron culturas de amplio desarrollo económico antes del descubrimiento de América. En el área mesoamericana de la Nueva España los españoles encontraron diversos tipos de asentamientos con complejos sistemas políticos y económicos; el área constituía en sí misma un entramado de alianzas y dominaciones, con complicados sistemas tributarios y de prestación de servicios.<sup>20</sup> Algo semejante

<sup>17</sup> Alberro, Solange, *Del gachupín al criollo, o de cómo los españoles dejaron de serlo*, México, El Colegio de México, 1992, y *Orígenes religiosos de la conciencia criolla, México, siglos XVI-XVII*, México, FCE-El Colegio de México, 1992; Tanck de Estrada, Dorothy, *Pueblos de indios y educación en el México colonial, 1750-1821*, México, El Colegio de México, 1999; Menegus Bornemann, Margarita y Aguirre, Salvador *Los indios, el sacerdocio y la Universidad en la Nueva España, siglos XVI-XVIII*, México, UNAM, 2006; Lohman Villena, Guillermo, *El corregimiento de Indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1957.

<sup>18</sup> Carrasco, Pedro, *Estructura político territorial del Imperio tenochca. La Triple Alianza de Tenochtitlan, Tetzoco y Tlacopan*, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1996; Manzanilla, Linda y López Luján, Leonardo, *Historia Antigua de México*, México, INAH-UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 1994-1995, 3 vols.; Landa, Fray Diego de, *Relación de las cosas de Yucatán*, por el padre, ..., obispo de esa diócesis, introducción por Ángel Ma. Garibay K., 10a. ed., México, Porrúa, 1973; *The Chronicles of Michoacán*, traducción y edición de Eugene R. Craine and Reginald C. Reindorp, Norman, University of Oklahoma Press, 1970.

<sup>19</sup> Hemming, John, *La conquista de los incas*, trad. de Stella Mastrangelo, México, Fondo de Cultura Económica, 1982; Prescott, Guillermo H., *Historia de la conquista del Perú. Con observaciones preliminares sobre la civilización de los Incas*, trad. de Nemesio Fernández Cuesta, prólogo de Luis Aznar, Buenos Aires, Ediciones Imán, 1955.

<sup>20</sup> No así la llamada zona áridamericana en la que se asentaron culturas con menor grado de desarrollo, véase Mota y Escobar, Alonso de la, *Descripción geográfica de los reinos de Nueva Galicia, Nueva Vizcaya y Nuevo León*, introducción de Joaquín Ramírez Cabañas, 2a. ed.,

sucedió en el Perú, en donde los incas dominaban un extenso territorio, pero se encontraban en un proceso de transformación política derivada de rivalidades entre ellos.

La conquista de estos territorios fue distinta y todo indica que en la Nueva España logró consolidarse el mestizaje de manera más amplia, quizá por el enorme desplazamiento de españoles que hubo en la primera centuria, ya que en el siglo XVII la zona norte del Perú atrajo la migración por el descubrimiento de las minas del Potosí. Otros lugares, como la hoy Colombia, apenas estaban habitados y en el caso de los países del llamado “cono sur”, la colonización fue el fenómeno dominante por la escasez o franca ausencia de culturas aborígenes, salvo el caso de Chile y la Patagonia, que también contaron con población aborigen.

#### IV. EL CHOQUE DE CULTURAS

Con lo que se lleva expuesto, se podrá comprender con facilidad los resultados del enfrentamiento de las culturas indígenas y la española. Salta a la vista que no fueron los mismos en todo el territorio ni de la Nueva España ni de toda América. En el caso de la primera, las culturas del área mesoamericana, al entrar en contacto con los peninsulares, perdieron buena parte de las características que habían tenido, y aunque se conservó su derecho, en los términos señalados anteriormente, se les impusieron nuevos patrones de conducta sociales, políticos, jurídicos y religiosos. Ha de tenerse presente que paralela a la conquista material se produjo la conquista espiritual.<sup>21</sup>

En el área áridamericana los resultados fueron un tanto diversos, ya que las características de la población aborigen no permitieron sobreponer los patrones nuevos. Los pueblos de esta área resistieron con mayor éxito la conquista, y sólo muy lentamente, algunos de ellos, pudieron ser reducidos a congregaciones, a cargo de misioneros. La conquista del norte nuevamente planteó el problema de la “guerra justa”, y otra vez las opiniones de juristas, teólogos y misioneros fueron diversas. Pero el área se dominó, sobre todo la que contenía riquezas argentíferas.

En todo el territorio, en forma gradual, el derecho del más fuerte fue sustituido por un orden institucional con características muy peculiares. Los ordenamientos castellanos se implantaron en toda América, y por supuesto

México, Pedro Robredo, 1940; Pérez de Ribas, Andrés, S. J., *Historia de los triunfos de nuestra Santa Fe entre gentes las más bárbaras y fieras del nuevo orbe*, México, Ayac, 1944, 3 vols.

<sup>21</sup> Ricard, Robert, *La conquista espiritual de México*, trad. de Ángel María Garibay K., México, Jus-Polis, 1947.

en la Nueva España, y a su lado sobrevivieron, en mayor o menor medida, las leyes y costumbres de los pueblos aborígenes. Para todo lo que no estaba previsto ni por aquéllos ni por éstas, se fueron dictando disposiciones de diverso tipo, que en conjunto, han sido denominadas “derecho indiano”,<sup>22</sup> que constituyó a lo largo de trescientos años una especie de derecho común que se aplicaba en todo el territorio americano, con las especificidades que requería cada lugar en particular.<sup>23</sup>

En palabras de Tau Anzoátegui, el derecho indiano surge en el marco del *ius commune*, como especialidad del derecho castellano que impera en las Indias a consecuencia “del principio jurídico por el cual las tierras conquistadas deben regirse por las leyes del reino conquistador”. Es “fruto tanto de una elaboración normativa desarrollada por las diferentes instancias administrativas y de la incidencia del derecho castellano, del derecho común y de elementos filosófico-jurídicos con el resultado de un conjunto dispositivo de obligado cumplimiento, bien a nivel general, bien a nivel provincial o local”.<sup>24</sup>

Antes del final de la época colonial, en pocas ocasiones el rey se dirigía “a todos los habitantes de las Indias”, ya que acostumbraba identificar o individualizar a las autoridades o corporaciones que eran los destinatarios de sus mandatos. La *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680 es una prueba clara de lo que se afirma, ya que en ella encontramos, organizados por temas, textos que en su tiempo estuvieron dirigidos “al virrey del Perú”, “al presidente y gobernador de Yucatán”, a los “alcaldes mayores de la Nueva Granada”; con estos materiales se va conformando un derecho específico para cada lugar que podemos denominar “provincial”.<sup>25</sup> Adelante abundaré sobre este tema.

En el enfrentamiento entre las distintas culturas indígenas con la española, tocó a las primeras a someterse a las reglas del juego de la última.

<sup>22</sup> Pueden verse las memorias de los numerosos Congresos del Instituto Internacional de Derecho Indiano, celebrados en forma continua desde hace más de treinta años. Algunos de los autores que más han escrito sobre estos temas son miembros de dicho Instituto. Para una explicación muy general puede verse de Tau Anzoátegui, Víctor, *¿Qué fue el Derecho Indiano?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.

<sup>23</sup> La compilación más importante sobre el tema, se encuentra en la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Madrid, Viuda de Joaquín Ibarra, 1681 y en materia doctrinal en: Solórzano Pereira, Juan de, *Política indiana sacada en lengua castellana de los dos tomos del derecho y gobierno municipal de las Indias occidentales...*, cit., Madrid, 1803, obra editada, corregida e ilustrada con notas por Francisco Ramiro de Venezuela, Madrid, 1736.

<sup>24</sup> Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho Indiano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 14.

<sup>25</sup> González, María del Refugio, *El derecho indiano y el derecho provincial nohispano. Marco historiográfico y conceptual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, *passim*.

Sin embargo, los patrones jurídicos que se impusieron en nombre del rey, no pudieron sobreponerse cabalmente sobre los que existían antes de la irrupción española. Dentro del ordenamiento jurídico de los pueblos aborígenes, sus normas relativas a lo que hoy llamaríamos “derecho de familia” fueron las más combatidas por los misioneros y los funcionarios del rey. La conversión a la fe cristiana llevaba aparejada la admisión de la regulación canónica sobre matrimonio y filiación. Las costumbres “licenciosas” de los indígenas también resultaron contrarias a la nueva fe. Se aprovecharon, por el contrario, en beneficio del rey, las normas relativas a la tributación y se establecieron los servicios personales.

Algunos grupos pronto se acomodaron a las nuevas reglas del juego, y son incontables los testimonios que dan fe de la manera en que los indígenas defendieron sus derechos. Otros, perecieron en el proceso de aculturación, o se mantuvieron ajenos a él. De cualquier modo, toda la población aborígen fue objeto de la evangelización, mezclando su cultura religiosa con la de los conquistadores.

La población española, por su parte, vivió conforme a los patrones jurídicos que ella misma había aportado y aunque no todos resultaron adaptables al nuevo mundo, en buena medida, se conservaron las bases fundamentales de la cultura jurídica española, tamizada con los elementos del mundo indígena que lograron sobrevivir.<sup>26</sup>

## V. EL NUEVO ORDEN INSTITUCIONAL

La naturaleza del fenómeno, que en el orden jurídico significó la aplicación del derecho castellano en las Indias, ha sido descrita por distintos autores de diversa manera. Algunos han visto un fenómeno de recepción política, esto es, la adopción más o menos plena de un derecho no elaborado localmente que se extiende por conquista; otros, explican que se trata de un trasplante, ya que desde antes del descubrimiento, los Reyes Católicos pensaron que en las tierras que se descubrieran rigiese el derecho de Castilla. Por mi parte, me parece más bien que se trata de una implantación, porque cualesquiera que hayan sido el método, el derecho y las instituciones que se trajeron a las Indias, está fuera de duda que las raíces se quedaron en España. Por otra parte, si la implantación es “la acción o efecto de implantar”, e implantar es “establecer y poner en ejecución doctrinas nuevas, instituciones, prácticas o costumbres”, por lo menos desde el punto de vista

<sup>26</sup> Remito a la bibliografía del libro *Historia del derecho mexicano*, de quien esto escribe, y a la de la obra *Historia del derecho indiano*, de Óscar Cruz Barney.

americano, el fenómeno ocurrido fue la implantación del derecho castellano, ya que el establecimiento corrió a cargo de Castilla.

Para comprender el alcance de dicha implantación y los resultados a que dio lugar, debe tenerse en cuenta que, después de la conquista, el derecho de los naturales no desapareció del todo, pero quedó sujeto al nuevo orden jurídico. Orden que se constituye con el derecho que se implanta en la América en general y en cada circunscripción política en particular, el de los pueblos indígenas que sobrevivió a la conquista y el que se fue dictando para regular la situación de los territorios americanos. Esto último sucedió porque el marco jurídico castellano resultó insuficiente para regular buena parte de los conflictos que las situaciones inéditas generaron. Al conjunto de ordenamientos y disposiciones de diversos tipo, cuyos destinatarios eran los habitantes de las Indias, se le ha denominado, como antes se dijo, derecho indiano,<sup>27</sup> dentro del cual habría tantos derechos provinciales como circunscripciones políticas, tales como virreynatos, presidencias-gobernaciones o, simplemente, gobernaciones.<sup>28</sup>

En todos los reinos americanos, aunque cuantitativamente la población aborígen, a pesar del descenso demográfico de la primera época, fue mayoritaria en relación a la española, la toma de decisiones estaba siempre en manos de esta última. Por otra parte, la interacción de indios y españoles produjo un mestizaje no sólo étnico, sino también cultural, en los territorios americanos, que no fue igual en cada lugar; de ahí que, después de la independencia, en las nuevas repúblicas los fenómenos políticos y culturales comiencen a diferenciarse. Al margen de la forma en que sea ha caracterizado el fenómeno, el hecho real es que había surgido un nuevo orden institucional, vinculado todo lo que se quiera a España, pero que no podía ignorar que por lo menos en las zonas densamente pobladas antes de la llegada de los españoles, una buena parte de los habitantes no había nacido en la península y tenía un bagaje cultural propio.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Basadre, Jorge, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, Perú, Editorial Universitaria, 1967; García-Gallo, Alfonso, “La Constitución Política de las Indias españolas”, en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 489-514; “Los orígenes de la administración territorial de las Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 15, 1944, pp. 16-106; Lalinde Abadía, Jesús, *Derecho histórico español*, Barcelona, Ariel, 1974; Pietschmann, Horst, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española en América*, México, FCE, 1989; Sánchez Bella, Ismael, Alberto de la Hera y Carlos Díaz Rementería, *Historia del derecho indiano*, Madrid, Mapfre, 1992.

<sup>28</sup> Véanse notas 22 a 26.

<sup>29</sup> De este enunciado hay que excluir a Chile, Argentina, Uruguay y Paraguay, ya que en ellos domina la colonización.

Este nuevo orden institucional partía de una serie de supuestos, dados por la peculiar situación de las Indias, y en nuestro caso, la Nueva España, en el seno de la monarquía española. Se ha tratado de explicar si eran provincias, colonias, reinos, dominios o qué. En virtud de que la literatura jurídica de la época no se refiere a las Indias como colonias, y los análisis, sobre todo de tipo económico, muestran que sí lo eran, desde muy temprano los estudiosos han explicado el fenómeno de diversa manera. Por mi parte, y ya que el análisis jurídico no es suficiente para esclarecer la cuestión, diré con las mismas palabras que utilizó un jurista novohispano para caracterizar la propiedad de las minas en el siglo XVIII, que la relación entre España y las Indias era “de su propia y singular naturaleza”. Con lo cual, no lo ignoro, no aclaro nada, pues el marco legal es terminante al no referirse a los nuevos territorios como colonias. Pero ese marco no fue estático, y los diversos monarcas le dieron la dimensión que pareció adecuada al momento que, cada vez, les tocó vivir. Así, a finales del siglo XVIII, los monarcas de la dinastía borbónica se referían a las Indias utilizando sin ambages y en forma inequívoca el vocablo “colonias”.

El orden institucional que se fue implantando en las Indias fue muy complejo, y no es fácil caracterizarlo de una sola plumada.<sup>30</sup> Fue enormemente pragmático y casuístico, y a través del “ensayo y error” comenzó a tomar perfiles propios, que se fueron particularizando cada vez más durante el largo periodo de la dominación española. Por lo demás, no fue inamovible, sino inmensamente dinámico y flexible, y en la configuración de la política legislativa fueron muy numerosos los factores que hubo de considerarse, y muchos los intereses que había que conciliar, enfrentar, o dejar a salvo. Poco a poco, el interés que llegó a ser dominante fue el real. Lo que había surgido como una empresa de carácter mercantil, de aventura y de cruzada, diversificó sus objetivos, aunque algunos no se modificaron sustancialmente a lo largo de la época.

So riesgo de borrar los matices, podría afirmarse que la empresa americana se manifiesta en tres direcciones, por lo menos: evangelización; beneficio para la Corona española —siempre inmersa en el complejo tablero político europeo—, y colonización. Esta manera de apreciar el fenómeno permite caracterizar a los grupos sociales que se movían en la realidad americana. Respecto al primero, el clero regular y los indígenas serían los personajes centrales. El segundo estaría personificado por los funcionarios reales; los altos cargos de la burocracia americana siempre estuvieron representando los intereses del monarca. El tercero comprendería a la población espa-

<sup>30</sup> Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano...*, pp. 43-162.

ñoa que se asentó y produjo el mestizaje en las Indias, y que poco a poco fue teniendo sus propios intereses, desvinculados, por lo general, de los del rey. Los indígenas, por su parte, fueron objeto de la política legislativa en cualquiera de sus manifestaciones, pero no participaron —salvo contadas excepciones— como sujetos activos de los diversos factores que la conformaban. En beneficio de la población indígena se designaron “protectores de naturales” y en algunos lugares, como es el caso de la Nueva España, se creó un Juzgado General de Naturales para dirimir los conflictos jurisdiccionales en los que participaba la población aborígen.<sup>31</sup>

El nuevo orden institucional, dirigido desde la metrópoli, tuvo que conciliar los intereses de antiguos y nuevos pobladores, dejando a salvo los propios. Los matices de este esquema se dieron en función de las peculiares circunstancias demográficas y económicas de cada lugar.

Un último elemento es necesario para caracterizar a la empresa de las Indias: la relación entre la Iglesia y el Estado. Desde el inicio de la época colonial el rey ejerció el Real Patronato de la Iglesia y, hacia los tiempos de Felipe II, la relación entre ambas potestades había adquirido características muy peculiares. Los sucesores de este monarca se encargaron de consolidar la posición del Estado español frente a la curia romana. Los sucesivos monarcas españoles fueron interpretando el Patronato en forma cada vez más amplia, hasta convertirlo en vicariato.<sup>32</sup>

La estructura de gobierno tuvo características propias en cada lugar, pero a lo largo de toda la época colonial los virreyes y las audiencias fueron las instancias de mayor jerarquía; los primeros, representaban al rey en las funciones de gobierno, justicia, guerra y hacienda y eran vicepatronos de la Iglesia; las segundas se encargaban de la administración de justicia, aunque, en ausencia del virrey podían ser gobernadoras. El sistema se caracterizó por la acumulación de funciones, de manera que el virrey, representante o *alter ego* del monarca en el virreinato era gobernador, presidente, capitán general, supervisor de los asuntos hacendarios, y vicepatrono de la Iglesia novohispana. En esta función, los virreyes no siempre marcharon en armonía con la Iglesia local, ya que los arzobispos los vieron de “igual a igual” y solían inmiscuirse en asuntos de gobierno, justicia y guerra.

Al virrey correspondían también las funciones de protección y justicia respecto a los indios, y la de gracia, que le permitía crear empleos y vender-

<sup>31</sup> Borah, Woodrow, *El juzgado general de indios en la Nueva España*, trad. de Juan José Utrilla, México, FCE, 1985.

<sup>32</sup> Gómez Hoyos, Rafael, *La Iglesia de América en las Leyes de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo-Instituto de Cultura Hispánica de Bogotá, 1961; Hera, Alberto de la, *Iglesia y Corona en la América española*, Madrid, Mapfre, 1992.



los, salvo los de jurisdicción y hacienda, que se “beneficiaban”; asimismo, gozó de la facultad reglamentaria, que abarcaba prácticamente a toda la vida social y económica local. Hasta el siglo XVIII perduró la organización a base de dos virreinos: México, con cinco audiencias y diecinueve gobernaciones, y Perú, con cinco audiencias y diez gobernaciones. Pero lo desmesurado del territorio, el peligro extranjero, el contrabando y la misma política reformista, determinaron una subdivisión que originó la existencia ya de cuatro virreinos en ese siglo.

Por lo demás, en las instrucciones que los virreyes dejaban a sus sucesores se aprecia que una de las tareas más importantes por el tiempo y el esfuerzo que demandaba, fue la de escuchar y atender a los vasallos que se los solicitaran.

La audiencia, cuyas primeras facultades fueron jurisdiccionales, tanto civiles como criminales, en la práctica operó como tribunal administrativo; revisó las funciones gubernativas del virrey; reemplazó a éste en casos de enfermedad o muerte; legisló incluso en materia de gobierno a través de los autos acordados; informó de los excesos cometidos con los naturales, y otras muchas cosas. Los oidores auxiliaron al virrey en la labor administrativa, y fueron sus brazos en misiones difíciles, como los alzamientos y las visitas de regiones, por ejemplo.

En el caso del virreinato de la Nueva España, las audiencias de México y Guadalajara fueron el órgano superior de la administración de justicia local, aunque ciertos casos podían ser revisados por el Consejo de Indias. En relación a las jurisdicciones privativas, este tribunal, a través de alguno de sus oidores, se hizo presente en los órganos de revisión o de alzada de comerciantes, mineros, eclesiásticos y militares.

El gobierno provincial y el distrital estuvieron a cargo de los gobernadores, y corregidores y alcaldes mayores, respectivamente y el gobierno local era ejercido por los cabildos españoles e indígenas. Los primeros en ciudades, villas y lugares, y los segundos en los pueblos de indios. A diferencia de los peninsulares, los cabildos novohispanos tuvieron poca autonomía, porque sus ordenanzas debían ser aprobadas por el monarca desde el inicio de la colonización.

La otra cara de la moneda del gobierno virreinal era la Iglesia. Por ser el patrono de la Iglesia de las Indias, y en nuestro caso, de la Nueva España, el monarca tuvo una amplia injerencia en los asuntos temporales de la institución eclesial. Todas las autoridades asentadas en el virreinato tenían mayor o menor responsabilidad en el cumplimiento del mandato apostólico, otorgado al monarca, de evangelizar a los naturales y debían velar por el buen tratamiento de los indios, frenando los abusos de los encomenderos.

La evolución del Patronato llevó a la práctica de que el rey designara a los obispos y los enviara a su nueva sede, mientras el Romano Pontífice expedía las bulas correspondientes. Con esta designación, el monarca descargaba su real conciencia, ya que transfería a los obispos la obligación de evangelizar. Éstos tenían el deber de visitar su diócesis, predicar el evangelio, administrar los sacramentos y convertir a los naturales. Algunas de estas funciones fueron desempeñadas por los miembros de las órdenes religiosas, quienes no se sometían fácilmente a la jurisdicción ordinaria del obispo.

Dado que la empresa de Indias tuvo carácter misional, entre otros, la Iglesia se vio siempre favorecida para cumplir su cometido. No hay que olvidar que también los reyes españoles buscaban la unidad religiosa, la conversión de los naturales, la fundación de parroquias y mantener la fe. Así, los conflictos Iglesia-Estado revistieron sobre todo carácter político, y no ideológico. La Iglesia llegó a adquirir un amplio poder; su contacto con las clases humildes y su dispersión por todo el territorio le otorgaban, por un lado, una fuerza moral de la que muchas veces carecían las autoridades civiles, y por el otro, la posibilidad de influir en todo el ámbito del virreinato. Esto último quedó muy claro en la lucha por la Independencia, algunos de cuyos principales protagonistas fueron eclesiásticos.

## VI. LAS REFORMAS DEL SIGLO XVIII Y LA INDEPENDENCIA

En el siglo XVIII se produjeron grandes transformaciones, a un lado y otro del Atlántico, con el objeto de hacer más operativa la administración de los territorios ultramarinos, en beneficio del rey.<sup>33</sup> En 1717 se creó la Secretaría del Despacho de Indias, la cual cercenó al Consejo de Indias buena parte de sus facultades ejecutivas, legislativas y administrativas. En adelante, aquélla, se ocupó de lo relativo a hacienda, guerra, comercio y navegación de Indias, y a éste le quedaron reservadas las cuestiones relativas al gobierno municipal, el Real Patronato, la facultad de conceder licencias para pasar a Indias, y otras de menor cuantía. Sucesivas reformas disminuyeron todavía

<sup>33</sup> Castro Gutiérrez, Felipe, *Nueva ley y nuevo Rey. Reformas borbónicas y rebelión popular en Nueva España*, México, El Colegio de Michoacán-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996; Hernández Sánchez Barba, Mario, "Las Indias en el siglo XVIII", *Historia de España y América...*, cit., vol. 4, pp. 259-428; Rees Jones, Ricardo, *El despotismo ilustrado y los intendentes en la Nueva España*, México, UNAM-IIIH, 1979; Vázquez, Josefina Zoraida (coord.), *Interpretaciones del siglo XVIII mexicano. El impacto de las reformas borbónicas*, México, Nueva Imagen, 1992 y García Ayuardo, Clara (coord.), *Las reformas borbónicas, 1750-1808, México*, CIDE-FCE-Conaculta-INEHRM-FCCM, 2010 [*Historia crítica de las modernizaciones en México*, vol. 1].

más las facultades del Consejo en beneficio de la Secretaría, que llegó a ser el organismo principal para conocer y decidir en todos los asuntos de las Indias.

De las reformas que se implantaron en la Nueva España fue la creación de las intendencias la que más trastrocó la vida colonial. Tras muchos titubeos, el 4 de diciembre de 1786, Carlos III mandó que se aplicara la *Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes de ejército y provincia del reino de la Nueva España*. El sistema modificaba sustancialmente el perfil político y administrativo hasta entonces imperante. A la cabeza del gobierno, junto al virrey, se hallaba un superintendente, quien ejercía las funciones que habían correspondido al primero. Al frente de cada una de las doce provincias-intendencias se puso un funcionario de cuño nuevo: el intendente del ejército y provincia, cuyo nombramiento y salario corrían a cargo del rey. Gobiernos, corregimientos y alcaldías mayores quedaban refundidos en las intendencias, por lo general, en calidad de subdelegaciones. La ordenanza comenzó a modificarse poco después de publicada, hasta dejar a salvo la figura del virrey, bajo cuya dirección quedó la reforma.

La implantación del sistema no produjo todos los cambios deseados por la Corona, pero mejoró mucho la administración novohispana. Se aumentaron las rentas del erario, se reordenó la administración de justicia que quedó a cargo de los subdelegados; pero no se logró la reforma total de la administración territorial. En los reinos y provincias norteños se creó, en 1776, la Comandancia de Provincias Internas, gobierno separado que llevaba anejos la superintendencia de la Real Hacienda y el vicepatronato real. En el ámbito de la audiencia, se creó el cargo de regente, quien venía a compartir o sustituir algunas de las funciones que tenía el virrey.

Las reformas proporcionaron buenos resultados económicos a la Corona, pero lastimaron los intereses de los criollos, protagonistas del proceso que llevó a la independencia.

En relación a la Iglesia se puede añadir que su injerencia en asuntos económicos y políticos y los obstáculos que en materia intelectual puso para la renovación y evolución de la cada vez más pujante colonia, llevaron a los hombres de finales de siglo XVIII y de principios del XIX, a buscar soluciones que, sin tocar el credo religioso, permitieran el avance por nuevos rumbos. El camino había sido preparado por los reyes españoles de la dinastía borbónica.

La vacancia del trono español, como consecuencia de la invasión napoleónica, llevó a discutir, a un lado y otro del Atlántico, a quién correspondía la soberanía en ausencia del rey, y desencadenó los levantamientos que llevaron a la primera proclamación de Independencia. Dos textos reflejan,

de diverso modo, el ideario del movimiento constitucionalista: la *Constitución Política de la Monarquía Española*, expedida en Cádiz en 1812, y el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, sancionado en Apatzingán en 1814. Ambos recogen las posiciones políticas de los hombres de la época, quienes lucharon por implantar un nuevo orden basado en algunos de los postulados que dieron origen al Estado de derecho: limitación del poder absoluto y reconocimiento de los derechos del hombre; todo ello plasmado en un texto constitucional.

Por la independencia, que se consiguió en 1821, a la nación mexicana se le restituyó “el ejercicio de cuantos derechos le concedió el autor de la naturaleza”. A partir de entonces se consideraría a sí misma “nación soberana e independiente de la antigua España”. Sin embargo, la independencia fue un acto político y poco influyó en la modificación de las condiciones reales de la sociedad que iniciaba apenas el largo camino para constituir un nuevo orden basado en un nuevo ideario.<sup>34</sup>

A partir de 1821, en México comenzaron a darse los pasos para transitar de un sociedad corporativa y estamental a una igualitaria; de un régimen de acumulación de funciones a la división de poderes; de un sistema corporativo de administración de justicia al que proclamaba y se basaba en la unidad de jurisdicción; de unas estructuras fiscales casuísticas y pragmáticas a un sistema tributario que había de servir de sustento al nuevo orden de cosas; y, sobre todo, en el lugar que había ocupado el soberano tenía que estar, a partir de entonces, la nación.

En cada una de las naciones americanas, salvo Cuba y Puerto Rico, sucedió lo mismo, pero sólo en Uruguay y en México la Independencia va precedida de un movimiento popular que trastoca la estructura de la sociedad. En la mayoría de las provincias fueron los criollos quienes declararon la Independencia con dificultades, pero sin luchas populares. En casi todos los reinos y provincias del antiguo imperio español influyeron de manera notable las ideas ilustradas que desembocaron en la Revolución francesa y el movimiento constitucionalista.

La cultura ilustrada de finales del siglo XVIII influyó más en los miembros de la República de los Españoles que en la de los Indios, aunque en

<sup>34</sup> Ávila, Alfredo, “Sin independencia no hay soberanía”, en Schiavon, Jorge A. *et al.* (eds.), *En busca de una nación soberana. Relaciones internacionales de México, siglos XIX y XX*, México, CIDE-SRE, 2006, pp. 29-62; Palti, Elías José, “Nación y región en el discurso de la emancipación”, en Oikión Solano, Verónica (ed.), *Historia, nación y región*, México, El Colegio de Michoacán, 2007, vol. I, pp. 43-66 y Annino, Antonio (coord.), *La revolución novohispana, 1808-1821*, México, CIDE-FCE-Conaculta-INEHRM-FCCM, 2010 [*Historia crítica de las modernizaciones en México*, vol. 2].

el caso de México, los naturales no se mantuvieron al margen de los movimientos populares. Sin embargo, entre más amplio el mosaico cultural, más complejas las dificultades para la construcción de las nuevas naciones. Por ello, en los nuevos países se enfrentaron mayores obstáculos cuando la población fue más heterogénea, la cultura más variada y la riqueza más desigual.

En todos los casos, el modelo colonial tenía que ser sustituido por el nuevo, el del Estado nacional que, salvo el caso del Brasil, que fue gobernado por la casa de Braganza, basó la fuente de legitimidad de sus nuevos gobernantes en el voto, bien que indirecto. En México hubo dos intentos de monarquía, fallidos, y en todo el continente, a lo largo de la primera mitad del siglo XIX, las guerras intestinas mostraron que la independencia de España no condujo en forma automática a la construcción de las nuevas naciones.

Por lo que toca al legado, espero que a lo largo de estas páginas haya ido quedando claro que lo que distingue a las Indias de otros territorios es el hecho de haberse otorgado el señorío de las tierras y los indígenas a los monarcas castellanos; es también significativo el alcance de la evangelización y el sincretismo religioso que produce; es de gran importancia la implantación del derecho castellano en las Indias, con todos los matices que demandaron las circunstancias, porque al lado de la unidad religiosa constituye un elemento de uniformidad en los vastos territorios americanos. Sin embargo, es imposible soslayar las especificidades de cada región porque fueron el origen de las peculiaridades en la recepción de los movimientos ilustrados, y el constitucionalismo.

## VII. PERSPECTIVAS, RETOS Y RIESGOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN *IUS COMMUNE* LATINOAMERICANO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Para concluir este ensayo, hay que referir cuáles son las perspectivas para la construcción de un *ius commune* en América Latina a partir del legado jurídico y cultural que se ha analizado en las páginas anteriores. No en todas las materias se podrá lograr la unificación jurídica, por lo menos de principios, que requiere tal derecho, pero hay áreas en que las perspectivas son halagüeñas; es el caso de los derechos humanos.

Este tema es quizá el que permitirá o está permitiendo mayor sincronía en países que en su construcción, a lo largo del siglo XIX, se fueron sepa-

rando al recibir la influencia cultural de sistemas jurídicos disímolos. Sin embargo, la tendencia hacia la unificación en la materia de derechos humanos está realizándose de afuera hacia dentro en países en los que los códigos y las leyes elaborados a lo largo del siglo XIX, a pesar de provenir de raíces semejantes, cuentan con muchas diferencias. Esta sincronía no está exenta de riesgos, ya que la realidad política del continente es compleja, y procede de que en toda América Latina hay un reconocimiento creciente de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador” de 1998.

El reto para los países americanos es hacer cada día más amplia la utilización, en sus cuerpos jurídicos locales y en la interpretación de las normas que emiten sus tribunales, de los principios incluidos en las opiniones y las sentencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ahí es donde está la gran oportunidad de construir un *Ius Commune Latinoamericano*; ahí se encuentran también los retos a vencer. La reciente muerte del Presidente de Venezuela es una muestra de los riesgos que habrá que sortear para consolidar ese *Ius Commune* sobre la base del reconocimiento de los derechos humanos. Hay que recordar que Venezuela, y antes el Perú de Fujimori, han puesto en tela de juicio las decisiones de la Corte Interamericana.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido informada de que Venezuela presentó al secretario general de la Organización de los Estados Americanos (OEA) un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fechado el 6 de septiembre de 2012. [...] Si el Estado lleva a término el procedimiento iniciado, los y las habitantes de Venezuela perderán una instancia de protección de sus derechos humanos, quedarán más vulnerables a los abusos y tendrán menos recursos disponibles para defenderse. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>>, consulta el 6 de marzo de 2013.