

EL IUSNATURALISMO HISPANO-INDIANO Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA

Carlos SALINAS ARANEDA *

1. Al producirse el descubrimiento de América, la universidad era un hecho generalizado en Europa, y en ella lugar destacado ocupaba el estudio del derecho, que no era otro que el elaborado por glosadores y comentaristas a partir del *Corpus* justiniano y canónico. En Castilla la realidad no era diferente¹ por lo que no es de extrañar que el hecho del descubrimiento y las consecuencias que él produjo fueran asumidas con las categorías culturales del momento que, en lo jurídico, eran las proporcionadas por el derecho común. Juristas insignes de la Corte castellana como Juan López de Palacios Rubios (1450-1524) sobresalían por su formación que no era otra que la del derecho romano-canónico.² Fue el *Ius Commune* el que fijó el modo con que las Indias quedarían incorporadas a Castilla,³ el que determinó el más importante de los actos jurídicos de estos primeros momen-

* Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

¹ Para la recepción en Castilla *vid.* Pérez Martín, A. (ed.), "España y Europa, un pasado jurídico común", *Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común*, Murcia, 1986; Font Rius, J. M., *La recepción del derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media*, Montpellier, 1967; García y García, A., "El Studium Bononiense y la península ibérica, en *Id.*, *Iglesia, sociedad y derecho* 1, Salamanca, 1985, pp. 45-64; *Id.*, "La penetración del derecho clásico medieval en España, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 36, 1966, pp. 575-592; Hinojosa, E. de, "La recepción y estudio del derecho romano en España", en *Id.*, *Obras* 3, Madrid, 1974, pp. 321-360; Martínez Díez, G., "Los comienzos de la recepción del derecho romano en España y el fuero real", *Atti del Convegno di Varenna*, Milán, 1980.

² Ávila Martel, A. de, "Labor de Palacios Rubios en la legislación de Castilla y de Indias", en *Historia* 21, *Homenaje a Mario Góngora*, Santiago de Chile, 1986, pp. 225-247.

³ Manzano, J., *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, Cultura Hispánica, 1948.

tos, la donación pontificia,⁴ y el que proporcionó los criterios con que se enfrentaron los primeros problemas, que empezarían muy pronto a producirse.

2. De estos problemas, el que ahora me interesa es el que la historia conoce como el de los justos títulos o, más modernamente, la duda indiana.⁵ La pronta respuesta de la Junta de Burgos de 1512-1513 a la denuncia de Montesinos mostró, sin embargo, que el marco proporcionado por el derecho común ya no bastaba y que sus soluciones no siempre eran ni suficientes ni justas.

Fue quizá, Bartolomé de las Casas (1474-1566) quien más sobresalió entre los primeros impugnadores del orden creado en Indias al amparo del derecho común. A éste, Las Casas⁶ opuso el derecho natural, apoyándose en Santo Tomás y en la escolástica; y si bien logró conmover y aun convencer con sus argumentos, en definitiva no triunfó; había conseguido poner de relieve la injusticia del derecho común en su intento de encauzar la convivencia entre europeos e indígenas, pero no ofrecía un sistema de normas que le sustituyese. Esta tarea, demasiado ambiciosa para un solo hombre, estaba reservada a toda una escuela.

3. Cuando en el universo jurídico europeo empezaba a proyectarse el humanismo, en las penínsulas de Italia y España se produjo un renacer de la escolástica medieval. Ésta, que se presentaba amoldada a los nuevos tiempos, es conocida como la segunda escolástica. Su arco cronológico abarca el siglo XVI hasta bien entrado el XVII y muy ligado a este renacer está el florecimiento del tomismo y su generalización en las facultades de teología donde la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino sustituyó a las *Sentencias* de Pedro Lombardo.⁷ Entre los iniciadores de la segunda escolástica pueden situarse el cardenal Cayetano, Tomás de Vio (1468-1534) o Conrado Koellin (+ 1537). Pero fue en España donde se encontraron los autores más importantes: un grupo de teólogos que, con algunos juristas, formaron

⁴ Una visión actual del tema con una completa bibliografía en García y García, A., "La donación pontificia de las Indias, lección inaugural del curso académico 1992-1993, Universidad Pontificia, Salamanca, 1992.

⁵ La literatura sobre el tema es abundante. Una buena síntesis actualizada en *I Simposio sobre la Ética en la conquista de América (1492-1573)*, Salamanca, 1984.

⁶ Lit. por todos, D'Elia, F., "Studi lascasiani dell'ultimo ventennio. Bibliografía essenziale ragionata", en *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolome de las Casas*, Milán, 1988, pp. 309-321.

⁷ Hervada, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 216-218.

lo que un autor ha llamado los *Magni hispani*,⁸ los teólogos juristas del siglo XVI o Escuela española de derecho natural.⁹ El movimiento fue iniciado por Francisco de Vitoria (1492-1546) y llegó a su culminación con Francisco Suárez (1548-1617). Destacadas son las figuras de Domingo de Soto (1495-1560), Luis de Molina (1535-1600), Gabriel Vázquez (1551-1604), Domingo Báñez (1528-1604) y Bartolomé de Medina (1527-1581) en un elenco de teólogos que no se agota con estos nombres.¹⁰

Entre los juristas no pueden silenciarse autores de la talla de Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577) o Martín de Azpilcueta (1492-1596) para mencionar algunos.¹¹ Como la mayoría de ellos fueron profesores universitarios que desarrollaron su saber en sus explicaciones de cátedra,¹² la Segunda Escolástica fue esencialmente un movimiento universitario.

4. Vitoria es el iniciador de la Escuela española; el ámbito salmantino en que se encontraba, donde llegaban todas las inquietudes del

⁸ Köhler, J., "Die spanischen Naturrechts-lehrer des 16. Jahrhunderts, en *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie* 10, 1916-1917, pp. 235 y ss., cit. por Hervada (n. 7), 217, n. 485.

⁹ *Ibid.* Para una visión de conjunto de la escuela española: Giacomoni, G., *La seconda Scolastica*, Milán, 1943-1950, 3 vols.; Ambrosetti, F., *Il diritto naturale della Riforma Cattolica*, Milán, 1951; "La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno", en *Quaderni per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 1, Milán, 1973; Carro, V., *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, Madrid, 1944, 2 vols.; Thieme, H., "La significación de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el descubrimiento del derecho natural", en *Revista de Derecho Privado* 38, 1954, pp. 597-617; *Id.*, "La significación de la escolástica tardía española para la historia del derecho natural y del derecho privado, en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 17, 1969-1970, pp. 61 y ss.; Todescan, F., *Lex, natura, beatitud. Il problema della legge nella scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova, 1973; Corts Grau, J., *Los juristas clásicos españoles*, Madrid, 1948; Rodríguez Paniagua, J. M., "La caracterización del derecho natural y del de gentes por los autores de la escuela española, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 7, 1960, pp. 189 y ss.; Coing, H., *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, 2, Munich, 1977, pp. 999-1033.

¹⁰ Entre otros se pueden mencionar, además, a Gregorio de Valencia (1551-1603), Francisco de Toledo (1532-1596), Mancio de Corpus Christi (+ 1576), Pedro de Aragón (1539-1592), Pedro de Ledesma (+ 1616), Juan de Salas (1553-1612), Juan de Dicastillo (1585-1653), etcétera.

¹¹ Otros juristas que pueden mencionarse son Fernando de Mendoza, Antonio Gómez (150?-1562/72?), Gregorio López (1496-1560), Tomás Sánchez (1551-1610), etcétera.

¹² V. gr. Vitoria en París, Valladolid y Salamanca; Soto en Salamanca; Molina en Evora; Suárez en Salamanca, Roma, Coimbra; Azpilcueta en Salamanca y Coimbra, etcétera.

Nuevo Mundo, le hicieron un testigo privilegiado de lo que estaba sucediendo en Indias: el derecho común se mostraba insuficiente, y en ocasiones injusto, para asumir las nuevas realidades. Era lógico: concebido para un mundo entendido como la cristiandad en que, no obstante las diferencias, todos compartían la misma fe, pretendía proyectarse hacia un nuevo mundo en que esa igualdad se había quebrado. Así, pues, impulsado por la necesidad de solucionar los problemas surgidos con la conquista, se trataba de buscar principios e instituciones que permitiesen la convivencia de pueblos con fe diferente: cristianos unos, no cristianos los otros; un derecho superior de carácter puramente racional.

Este afán de buscar soluciones que iluminasen los problemas de la conquista a partir de un derecho común de carácter iusracionalista dio origen a una rama que podemos considerar propiamente india-nista; integrada por discípulos de los maestros salmantinos, destacarán en América en la cátedra de las nacientes universidades, y en el gobierno espiritual o civil: el jesuita José de Acosta en Lima, el agustino Alonso de la Veracruz en México (1507-1584), su hermano de hábito y después obispo Juan de Zapata y Sandoval (+ 1630), el también agustino y obispo Luis López de Solís. Estos y muchos más¹³ trataron de llevar a la práctica los principios que habían aprendido en las aulas peninsulares. La condición de clérigo de muchos de ellos les permitió, a través de los sínodos y concilios de la iglesia en Indias, desarrollar, contrastar y adecuar lo que habían aprendido de sus maestros.¹⁴ Y todos ellos sin considerar las repetidas referencias a los problemas americanos que se encuentran en las obras de los grandes maestros de la escuela.

Desde esta perspectiva el derecho indiano, que hasta ese momento había tenido como único fundamento el derecho común, encontró ahora uno nuevo y sólido: el derecho natural. Pero si en España el derecho natural se había elaborado como ciencia jurídica autónoma, no por eso desplazó sin más al derecho común en su función inspiradora del nuevo derecho que nacía para Indias; antes bien, se fundió con éste

¹³ V. gr. Juan de Zapata y Sandoval, agustino, catedrático de la Universidad de México, autor de *De iustitia distributiva*, Valladolid, 1609; Bartolomé de Ledesma O.P.; Juan del Campo O.F.M.; Antonio de Molina, clérigo secular, estos tres, teólogos consultores del tercer concilio limense; Pedro Gutiérrez Flores, Fernando Vázquez Fajardo y Francisco de Vega, canonistas que actuaron en el mismo concilio.

¹⁴ A título indicativo *vid.* la *Colección Sínodos Americanos* que está publicando el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España.

para darle nueva vida. A partir de ahora derecho común y derecho natural fueron los fundamentos del ordenamiento que empezaba a estructurar jurídicamente las Indias.¹⁵

Junto a ésta, que hemos llamado la rama indianista de la Escolástica española,¹⁶ se desarrolló al mismo tiempo una rama propiamente filosófico-jurídica para la que la conquista no era un problema inmediato a resolver pero que, con todo, mantuvo el planteamiento inicial de buscar un derecho racional.

5. La reflexión hecha por la rama indianista de la segunda escolástica ha permitido a autores modernos reconocer una verdadera *Carta constitucional de los indios*¹⁷ que puede reducirse a cinco principios: a) indios y españoles son fundamentalmente iguales en cuanto hombres; b) igualmente solidarios y libres, el retraso de los indios se debe en gran parte a la falta de educación y bárbaras costumbres; c) los indios son verdaderos dueños de sus bienes, al igual que los cristianos, y no pueden ser desposeídos de ellos por razón de su incultura; d) los indios podrían ser confiados a la tutela y protección de los españoles mientras estuvieran en situación de subdesarrollo; e) el consentimiento mutuo y la elección libre de los indios constituía, en última instancia, el título prioritario de intervención y de gobierno.¹⁸

De estos principios es posible deducir otros que, entresacados de los mismos escolásticos, pueden, a manera de ejemplo, enunciarse así:¹⁹ a) todo indio es hombre y, en consecuencia, es capaz de salvarse y de condenarse (CHP 5.87); b) por derecho natural todos los hombres son libres y en uso de esta libertad fundamental los indios libremente se constituyen en comunidades y libremente eligen y se dieron sus propios gobernantes (CHP 5.38); c) los indios no pueden ser expropiados ni ocupadas sus tierras si no es por el derecho común

¹⁵ García Gallo, A., "El derecho común ante el Nuevo Mundo", en *Revista de Estudios Políticos*, 80, 1955, p. 151; *Id.*, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, p. 165.

¹⁶ Guzmán, A., "La historia del derecho europeo y americano como historia del derecho romano, conferencia pronunciada en el Primer Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano celebrado en Jalapa, México, entre los días 29 y 31 de enero de 1992 (en prensa). Agradezco al autor haberme facilitado el texto original.

¹⁷ Pereña, L., *Carta magna de los indios*, Salamanca, 1987; *Derechos y deberes entre indios y españoles en el Nuevo Mundo según Francisco de Vitoria*, Salamanca, 1992. *Idem*, *Escuela de Salamanca, Carta Magna de los indios. Fuentes constitucionales*, Madrid, 1988.

¹⁸ Pereña, *Carta* (n. 17), p. 38.

¹⁹ Las referencias se hacen a los textos publicados en la colección *Corpus Hispanorum de Pace* (CHP).

a cristianos y no cristianos (CHP 5.141); *d*) todo hombre tiene derecho a la verdad, a la educación y a todo aquello que se refiere a la formación y promoción cultural y espiritual del hombre (CHO 5.87); *e*) por derecho natural todo hombre tiene derecho a su vida y a su integridad física y psíquica (*De Iustitia* I 109-110, 125-127); *f*) todo hombre tiene derecho a la fama y al honor y a su dignidad personal (*De Iustitia* I 110); *g*) nadie puede ser condenado sin haber sido oído y siempre por la autoridad pública y competente y de acuerdo con la ley (*De Iustitia* I 284).²⁰

6. Así, el influjo de la rama indianista de la segunda escolástica en el tema de Indias no fue escaso: se tradujo en una efectiva protección jurídica que la legislación real brindó al habitante nativo cuyas huellas se dejan advertir permanentemente en el derecho indiano. Es, precisamente, el rasgo que suscita las mayores alabanzas que se han hecho a dicho derecho.²¹

El reconocimiento de su calidad de persona, que se había concedido a los indios desde los primeros años, fue la base de su condición jurídica; ya en 1500 habían sido declarados vasallos libres de la Corona²² y en 1512 se les asimiló a los miserables del derecho común.²³ Así, en Indias, la libertad de los indígenas fue la regla general y sólo los indios rebeldes fueron, por excepción, condenados a la esclavitud.²⁴ Por encima de las diferencias obvias y manifiestas entre peninsulares e indígenas, se reconoció una radical igualdad jurídica.

7. Pero todo esto habría quedado en buenas intenciones si no se hubiese concedido a los nativos los medios jurídicos idóneos para hacer efectivos los derechos que se les reconocían.

²⁰ Pereña, *Carta* (n. 17), pp. 39-41.

²¹ Höffner, J., *La ética colonial española del siglo de oro. Cristianismo y dignidad humana*, Madrid, 1957; Hanke, L., *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949; Zavala, S., *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI y XVIII)*, París, 1963.

²² Konetzke, R., *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, Madrid, 1953-1958, n. 14.

²³ "Ordenanzas Reales para el buen tratamiento y regimiento de los indios, 27 de enero de 1512", en *Anuario de Estudios Americanos*, 13, 1956.

²⁴ Hanish Espíndola, H., "La esclavitud de los indios en el Reino de Chile. Sus fuentes jurídicas. Práctica y tráfico esclavista", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 14, Santiago, 1991, pp. 91-125; Torre Rangel, J. A. de la, "El pensamiento novohispano ante el descubrimiento y la conquista. Opinión de las órdenes monásticas con relación a la guerra Chichimeca", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 15, Valparaíso, 1992-1993, pp. 265-273.

El deber del rey de proteger a sus vasallos, propio del derecho europeo medieval, cobró en América desde comienzos de la Edad Moderna una vigencia y unas proporciones insospechadas. Más aún se tiene en cuenta que a él se añadió el de procurar su evangelización, impuesto a los reyes por la donación pontificia de 1492. Mientras los indios fueran maltratados rehuirían el contacto con los misioneros. Por otra parte, tampoco era admisible que su condición bajo príncipes cristianos fuera más gravosa que la que tenían bajo sus señores paganos. . . Las medidas que se tomaron en este sentido fueron mucho más lejos de cuanto hasta entonces se había visto en Europa.

Hasta el punto que los medios de protección "se multiplican y entretienen hasta configurar un auténtico régimen protector".²⁵

Este régimen de protección, sin embargo, se inserta en la tradición hispánica que "se caracteriza ante todo por su actitud eminentemente práctica. Atiende a proteger en forma inmediata y directa a la persona misma o a lo que de alguna manera le pertenece. Se ocupa de cosas concretas, tangibles, como son su honor, su vida, su integridad física, su libertad física o de residencia, su casa, sus cargos, sus haberes. En otras palabras, la protección no recae sobre derechos sino inmediatamente sobre cosas. De ahí que el lenguaje de los derechos le sea extraño".²⁶

8. Si por un lado la legislación real asumió la protección del indígena sin olvidar, por supuesto, la del hispano que se encontraba en suelo americano, otro ordenamiento, el canónico, no fue ajeno a esta actitud. Los concilios y sínodos americanos abordaron con claridad la defensa del habitante americano, lo que no podía ser menos si consideráramos que buena parte de sus promotores y de quienes actuaron en ellos estaban directamente influidos por el pensamiento de Vitoria y sus discípulos.²⁷

²⁵ Bravo Lira, B., "Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América Hispana. Apuntes para una historia por hacer", en *Revista de Derecho Público*, 39-40, Santiago de Chile, 1986, pp. 73-112; *idem*, *Poder y reseto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*, Valparaíso, 1989, pp. 35-68.

²⁶ *Id.*, p. 75.

²⁷ García y García, A., "La promoción humana del indio en los concilios y sínodos del siglo XVI, en *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de las Casas*, n. 6, pp. 369-378; Salinas, C., "La protección jurídica de la persona en los sínodos chilenos del periodo indiano (siglos XVII y XVIII)", en *La protección jurídica de la persona en el Viejo y en el Nuevo Mundo* (en prensa); Benito, J. A., "La promoción humana y social de indígenas

Un buen exponente de estos textos es el del Concilio Tercero de Lima (1582-1583) por su exposición más completa y ordenada, su rápida entrada en vigor y su prolongada vigencia hasta fines del siglo XIX.²⁸ Por eso en algunos textos sinodales *v.gr.* se protege la inviolabilidad de la correspondencia prohibiendo abrir las cartas de los indios,²⁹ se protege la integridad corporal de la persona saliendo al paso de las mutilaciones o deformaciones mediante técnicas cruentas como amoldar la cabeza de los niños y horadarles las orejas,³⁰ o enfrentándose a la infamante costumbre de trasquilar indias casadas por parte de los encomenderos.³¹ Aún más, en ellos se brinda protección a la libertad de conversión de los indígenas al cristianismo, rechazando cualquier coacción indirecta para que los nativos recibieran la fe cristiana y se convirtieran; y hasta se ha llegado a afirmar que "cabe deducir con bastante probabilidad la libertad de practicar privadamente su propia religión para los indios no cristianos".³²

La legislación conciliar y sinodal indiana hay que entenderla vinculada a sus precedentes peninsulares y europeos. En este sentido, la normativa referida a los españoles indianos difiere muy poco de la que se daba en España. Lo novedoso en Indias, y consecuencialmente en estas normas, eran los indios y los problemas derivados del trato que se les debía dar. Aquí radica, precisamente, la originalidad y relevancia de la legislación sinodal y conciliar. Pero ambas, originalidad y relevancia, "no pertenecen en exclusiva a ningún determinado concilio ni sínodo, sino que fue una concreción canónica de un largo proceso que no se ventiló tan sólo en el aula conciliar o sinodal, sino también y sobre todo en la discusión entre teólogos, juristas, autoridades eclesiásticas y civiles, conquistadores, encomenderos, misioneros, etcétera",³³ muchos de ellos formados, precisamente, en las aulas de Salamanca a la sombra de Vitoria y sus discípulos.

en los sínodos y concilios americanos (1551-1622)", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 12, Valparaíso, 1987-1988, pp. 299-328.

²⁸ García y García, A., "Vigencia, recepción y uso del Concilio Tercero de Lima en los concilios y sínodos de Indias", en *La protección del indio*, Salamanca, 1989, pp. 11-40.

²⁹ III Sínodo de Tucumán (1607), c. 15.

³⁰ III Sínodo de Lima (1585), c. 74-75.

³¹ I Sínodo de Tucumán (1597), II.13.

³² Aznar, F., "Regulación jurídica de la libertad de conciencia dentro del plan de reconversión colonial del Perú (siglo XVI)", en *La protección del indio*, Salamanca, 1989, pp. 41-109, esp. 106.

³³ García y García, *La promoción*, n. 27, p. 377.

9. Si hasta el momento nos hemos referido principalmente a la protección brindada a los nativos, no significa ello que los españoles en suelo americano quedaran desprovistos de una tal protección. Ella vino tanto del lado de la legislación real como canónica. Acabamos de señalar, precisamente, que en esto los concilios y sínodos no fueron nada de originales. "Los vasallos indianos si bien estaban dispuestos a consumir sus vidas o sus haciendas al servicio del rey, no estaban dispuestos a tolerar el menor atropello a su honra y, por tanto, tampoco la menor lesión a sus personas y sus pertenencias".³⁴ La monarquía, que era conciente de esto, no rehusó esa protección: el amparo colonial,³⁵ la apelación de los actos de gobierno a la real audiencia,³⁶ la tan mal entendida fórmula se obedece pero no se cumple,³⁷ la inviolabilidad de la correspondencia,³⁸ etcétera, son respuestas concretas de la Corona que con éstas y otras instituciones similares concedió protección efectiva a los españoles indianos, pero en la línea de la tradición hispánica que anotamos, esto es, no protegiendo derechos, sino cosas concretas.

10. He dicho que junto a esta que hemos llamado la rama indianista de la escolástica española se desarrolló al mismo tiempo una rama propiamente filosófico-jurídica para la que la conquista no era un problema inmediato a resolver pero que, con todo, mantuvo el planteamiento inicial de buscar un derecho racional.

Aun cuando el interés preponderante de estos escolásticos era moral, en cuanto pretendían determinar las condiciones bajo las cuales el poder político y su derecho positivo obligan en conciencia, ellos examinaron todos los campos del derechos, desarrollando sus investigaciones no sólo en el orden general sino también en el detalle técnico. Sus voluminosos tratados sobre la justicia y el derecho (*De iustitia et iure*) o las leyes (*De legibus*) estuvieron lejos de ser meramente especulativos y filosóficos, pues presentaron en ellos unos sistemas de derecho muy tecnificados con precisos y detallados análisis institucionales.

³⁴ Bravo Lira, n. 25, p. 86.

³⁵ Lira González, A., *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novo-hispanos del juicio de amparo*, México, 1971.

³⁶ Barrientos Grandón, J., "La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la república", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 15, Valparaíso, 1992-1993, pp. 105-130 y la bibliografía allí citada.

³⁷ Tau Anzoátegui, V., "La ley 'se obedece, pero no se cumple'. En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano", en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, 6, 1980, pp. 55-110.

³⁸ *Vid., Rec. Ind.*, 3.16.6,7,9.

Ahora bien, estas construcciones jurídicas no las concibieron de la nada usando tan sólo la reflexión racional; contaban para ello con el riquísimo material proporcionado por el derecho común. Así pues, el método investigador de esta escuela se corporizó en instituciones concretas tomadas todas ellas del derecho romano-canónico. De allí que en estos autores las citas al *Corpus Iuris Civilis y Canonici*, y a los autores de glosas y comentarios es frecuente. La explicación de esta actitud no es difícil: como la ha puesto de relieve Villey³⁹ Santo Tomás, que se encuentra en el centro de esta renovación escolástica, había acogido a los autores conocidos de la ciencia de su tiempo, principalmente Aristóteles, en un espíritu de apertura a todas las fuentes de la cultura. Esta actitud la tuvieron también los escolásticos del siglo XVI español, por lo que la Escuela de Salamanca tenía toda la razón de participar de los estudios de derecho romano que por esos años el humanismo reconducía hacia vías nuevas. De hecho, Salamanca fue uno de los centros romanistas más vivos del siglo XVI. Es por eso que mientras Lutero y Calvino, con su tendencia a reducirse a las reglas de la Sagrada Escritura hicieron todo por esterilizar el derecho "la España católica colaboró al progreso de la ciencia jurídica porque la filosofía tomista la incitó a ello".⁴⁰

Así, hay una clara continuidad entre el derecho común y la segunda escolástica. Pero con una diferencia fundamental: en un primer momento los escolásticos hispano-indianos se alejan del derecho común para buscar nuevos fundamentos y soluciones a los problemas que enfrentan de manera de superar los fundamentos del derecho común y sustituirlos por los del derecho natural racional; esta es la diferencia. Pero, una vez renovado los fundamentos vuelven al derecho común para, a partir del material jurídico proporcionado por esa abundante literatura, construir sus propios sistemas de derecho; ésta es la continuidad.⁴¹

11. Mientras en la península se había ido desarrollando la segunda escolástica, la Europa de fines del siglo XVI había visto rota la unidad de fe y surgir la necesidad de un derecho superior que facilitase la convivencia de hombres con fe distinta: un derecho natural laico y racional. Esta labor la emprendió el iusnaturalismo moderno.

³⁹ Villey, M., *La formation de la pensee juridique moderne*, París, 1968, p. 347.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Vid.* algunos ejemplos en Salinas, C., "El iusnaturalismo hispano-indiano como elaboración de la universidad", ponencia en el "Congreso Internacional de Universidades" celebrado en Madrid entre los días 13 y 16 de julio de 1992 (en prensa).

Esta filosofía, surgida como tal en el siglo XVII, dominó el pensamiento europeo durante todo el siglo XVIII. Se considera a H. Grocio (1583-1645) su fundador y a E. Kant (1724-1804) su último exponente. La generación siguiente a Grocio está representada por T. Hobbes (1588-1679); S. Pufendorf (1632-1694); B. Spinoza (1632-1677); J. Locke (1632-1704), y G. W. Leibniz (1646-1716). Las líneas de Hobbes y Spinoza quedaron sin continuadores y no lograron realización histórica. Locke tuvo una influencia más política que jurídica, pues inspiró el triunfante liberalismo parlamentario inglés. Durante la época de la ilustración, en la línea de Pufendorf se sitúa Chr. Thomasius (1655-1728) y en la de Leibniz, Chr. Wolff (1679-1754). Ambos, pero sobre todo el último, tuvieron una perdurable influencia en Europa central, y Wolff también, al parecer, en Francia, Italia y España. En el ámbito jurídico, Wolff contó entre sus discípulos a D. Nettelbladt (1719-1791) que puede considerarse como puente entre el iusnaturalismo moderno y la pandectística; a J. Darjes (1714-1791) y a J. Pütter (1725-1807). Entre los no alemanes de la época de la ilustración, el iusnaturalismo moderno es meramente de divulgación; el holandés J. Heineccius (1681-1741), el francés J. Barbeyrac (1674-1744) y los suizos J. Burlamaqui (1694-1748) y E. Vattel (1714-1767).⁴²

12. Por largo tiempo el moderno iusnaturalismo se mantuvo más allá de las fronteras españolas. Es cierto que por problemas de religión las fronteras hispanas estuvieron cerradas para estas ideas y sus libros prohibidos. Pero también es cierto que antes, como lo estamos viendo, se había producido ya en España un movimiento en todo similar y que obedecía al mismo problema: cómo fundar la convivencia de quienes no comparten la misma fe, católicos y no católicos en Europa, europeos cristianos y nativos no cristianos en Indias. En otras palabras, España ya tenía su propio iusnaturalismo.

Así, la no penetración del iusnaturalismo centroeuropeo en el pensamiento español no se debió tanto a su raigambre no católica —hecho que no puede negarse y que sin duda influyó— sino más bien a que es posible pensar que era innecesario.

No sucedió lo mismo a la inversa, pues hubo una innegable influencia del iusnaturalismo hispano-indiano en el iusracionalismo centroeuropeo, influjo que no sólo se proyectó en los contenidos publicísticos

⁴² Guzmán, A., *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, Chile, 1977, pp. 56-58 y la bibliografía allí citada.

del derecho de gentes, sino también en los privatísticos.⁴³ Grocio y sus sucesores se encontraron con un camino medio recorrido; las elaboraciones iusracionalistas de los escolásticos y las generalizaciones que hacen a partir del derecho romano común ejercieron un decisivo influjo en la obra de Grocio y demás iusracionalistas. Pero su trabajo no produjo el fruto que, al final de una larga reflexión, sería el resultado del trabajo de los iusracionalistas: los códigos de la codificación. Y esto no obstante que en los escolásticos del siglo XVI es posible encontrar dos de los tres elementos que configurarán, en definitiva, el movimiento codificador: la filosofía —un iusracionalismo incipiente—, el material objeto de reflexión —el derecho romano de la recepción—. Faltó, empero, la sistemática; en el bien entendido que ésta no falta en los textos de los escolásticos hispanos. Pero, mientras en éstos la sistemática es dialéctica, en la codificación es axiomática y *more geométrico*. Prueba de lo que venimos afirmando es que mientras en Francia cristaliza el movimiento codificador con un célebre código, un año después, en 1805, en España todavía ve la luz un texto que sigue fijando el derecho siguiendo las antiguas formas recopiladoras.

13. El iusnaturalismo racionalista fue la filosofía que presidió aquél complejo fenómeno histórico que conocemos como la codificación. El resultado del movimiento codificador de la época moderna fueron los códigos, es decir textos legislativos cuyo contenido aparecía expuesto *more geométrico*. Si bien en un comienzo la codificación estuvo intensamente ligada a presupuestos de orden filosófico e ideológico, a partir de 1811, año en que aparece el código austriaco (ABGB), la codificación pasó a ser “una manera de presentar lo jurídico considerada técnicamente superior”.⁴⁴

Esta manera de presentar lo jurídico técnicamente superior se proyectó al derecho público donde, confluyendo con la evolución del pensamiento publicístico, dio lugar a la codificación constitucional que Tarello⁴⁵ ha definido como aquel proceso “por el cual el constitucio-

⁴³ Además de la lit. cit. en n. 9 *vid.* Labrousse, “Il problema della originalità di Grozio”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 28 (1951), pp. 1-20; Villey, n. 39, pp. 341-395; 597-633; *id.*, “Les fondateurs de l'école du droit naturel”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 6 (1961), pp. 75-77; André Vincent, I., “La notion moderne de droit naturel et le volontarisme (de Suárez a Rousseau)”, *id.*, 8, 1963, pp. 237-259.

⁴⁴ Guzmán, n. 42, pp. 53-54.

⁴⁵ Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976, p. 24.

nalismo se realiza con la producción de un documento jurídico sistemático, con frecuencia llamado constitución o declaración o carta”.

El constitucionalismo representó una transformación del Estado inspirada en la Ilustración: se proponía como objetivo básico reemplazar al Estado absoluto por un Estado ideal, concebido por los ilustrados del XVIII como válido para todos los tiempos y pueblos; un Estado perfecto fruto de una visión abstracta del poder y de la sociedad: una sociedad que es una suma de individuos de quienes emana el poder bajo la forma de voluntad general, poder que, concebido así, es por naturaleza ilimitado pero limitable en su ejercicio y esto, mediante la división de su ejercicio en tres sujetos distintos como medio de garantizar los derechos de los individuos. De esta manera, estos códigos políticos llamados constituciones van a configurarse en torno a dos elementos: las garantías individuales y la división de poderes.⁴⁶

14. Las garantías individuales se encuentran presentes desde los primeros textos constitucionales americanos y, por su puesto, de los varios que hubo en Chile después de la independencia. En el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812⁴⁷ se lee en el artículo 24: “Todo habitante libre de Chile es igual de derecho”;⁴⁸ y en el artículo anterior se señalaba que “la imprenta gozará de la libertad legal”⁴⁹ y en el artículo 18 se aseguraba que “ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley”. El Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 dedica todo el título primero a los “derechos y deberes del hombre en sociedad”, con 17 artículos para los derechos y cinco para los deberes. El artículo 1 es paradigmático: “Los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inadmisibles a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil”; los 16 restantes son un desarrollo de esta

⁴⁶ Bravo Lira, B., *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago de Chile, 1986, pp. 109-113 y la lit. allí citada.

⁴⁷ Su texto y el de las demás constituciones en Valencia Avaria, L., *Anales de la República*, 1, Santiago de Chile, 1951, pp. 41 y ss.

⁴⁸ Art. 24: “Todo habitante libre de Chile es igual de derecho: sólo el mérito y virtud constituyen acreedor a la honra de funcionario de la Patria. El español es nuestro hermano. El extranjero deja de serlo si es útil; y todo desgraciado que busque asilo en nuestro suelo, será objeto de nuestra hospitalidad y socorros, siendo honrado. A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades.”

⁴⁹ Art. 23: “La imprenta gozará de una libertad legal; y para que ésta no degenerare en licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán reglas por el Gobierno y Senado.”

declaración: se aseguran la casa y papeles,⁵⁰ la honra,⁵¹ la propiedad,⁵² la libertad,⁵³ las ideas,⁵⁴ etcétera.

Las constituciones siguientes no cambiaron esta tónica; la de 1822 dedica todo un capítulo a la administración de justicia y las garantías individuales donde se aseguran *v.gr.* la inviolabilidad de las cartas⁵⁵ o la libre circulación de impresos;⁵⁶ y lo mismo encontramos en las constituciones de 1823,⁵⁷ 1828⁵⁸ y 1833.⁵⁹

15. Ahora bien, como lo ha apuntado Bravo Lira⁶⁰ los derechos postulados por la Ilustración y proclamados por el constitucionalismo no son una novedad en España, Portugal e Hispanoamérica, pues corresponden a los derechos políticos y a las seguridades personales de la persona y bienes del derecho indiano, castellano o portugués. Por eso han podido escribirse estas líneas:

⁵⁰ Art. 5: "La casa y papeles de cada individuo son sagrados, y esta ley sólo podrá suspenderse en los casos urgentes en que lo acuerde el Senado."

⁵¹ Art. 7: "Ninguno puede ser vulnerado en su honra y buena opinión, que haya adquirido con la rectitud de sus procedimientos."

⁵² Art. 9: "No puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aún en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelias e insultos."

⁵³ Art. 10: "A ninguno se le puede privar de la libertad civil, que consiste en hacer todo lo que no daña a la religión, sociedad o a sus individuos, y en fijar su residencia en la parte que sea de su agrado, dentro o fuera del Estado."

⁵⁴ Art. 11: "Todo hombre tiene libertad para publicar sus ideas y examinar los objetos que están a su alcance, con tal que no ofenda los derechos particulares de los individuos de la sociedad, a la tranquilidad pública y Constitución del Estado, conservación de la religión cristiana, pureza de su moral y sagrados dogmas, y en su consecuencia, conforme al reglamento que para ello formará el Senado o Congreso."

⁵⁵ Art. 224: "Es sagrada la inviolabilidad de las cartas, y la libertad de las conversaciones privadas."

⁵⁶ Art. 225: "Es libre la circulación de impresos en cualquier idioma; pero no podrán introducirse obras obscenas, inmorales e incendiarias."

⁵⁷ Art. 7: "Todo chileno es igual delante de la ley: puede ser llamado a los empleos con las condiciones que ésta exige: todos contribuyen a las cargas del Estado en proporción de sus haberes: todos son sus defensores." Art. 124: "Nadie puede ser preso o detenido sino en su casa o en lugares públicos y destinados a este objeto." Art. 136: "Nadie puede ser juzgado sino en tribunales establecidos con anterioridad por la ley y jamás por comisiones particulares."

⁵⁸ El capítulo III con once artículos se dedica a los derechos individuales y se abre con el Art. 10: "La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición y la facultad de publicar sus opiniones."

⁵⁹ El capítulo V, "Derecho Público de Chile", recoge las garantías constitucionales a las que dedica el artículo 12 dividido en siete números; y el capítulo X se titula "De las garantías de la seguridad y propiedad", y lo integran los artículos 132 a 152.

⁶⁰ Bravo Lira, n. 46, p. 122.

Los sucesos políticos acontecidos en Chile a partir de 1810 provocaron cambios fundamentales en gran parte del derecho público vigente, no así en el privado, en el que continuaron aplicándose los textos castellanos e indianos. En consecuencia, aún en el caso de aceptar que la inclusión de garantías a los derechos humanos en los reglamentos constitucionales y constituciones haya sido efecto exclusivo de la influencia europea y norteamericana, la reglamentación de esos derechos —indispensable para hacerlos prácticamente eficaces— estaba contenido en las normas del derecho hispanoamericano.⁶¹

Pero ello fue así mientras dicha legislación siguió vigente, pues su continuidad en el constitucionalismo no siempre se mantuvo.

En efecto, algunos de estos derechos se conservaron, ahora entendidos de manera abstracta y genérica, como el antiguo derecho a ser atendido en las peticiones que ahora pasa a ser el derecho de petición;⁶² otros, en cambio se vieron cada vez más disminuidos como el derecho de reclamar judicialmente contra los abusos gubernativos o administrativos;⁶³ otros simplemente desaparecieron, como el derecho de suspender el cumplimiento de la ley injusta, pues, para el constitucionalismo, toda ley debe ser obedecida cualquiera sea su contenido y no cabe examinar si, despachada que ha sido por el Parlamento, es o no injusta.

16. Dijimos que de nada valen las declaraciones y reconocimientos de derechos si éstos no son protegidos con acciones concretas que permitan su amparo cuando ellos son amenazados o simplemente negados. En la época indiana los derechos reconocidos por la norma disfrutaron de esta protección, la más destacada de las cuales fue, quizá el recurso judicial contra los actos de gobierno que permitía al que se consideraba afectado por una decisión gubernamental acudir a los tribunales para obtener su revisión. Fue un recurso que el constitucionalismo primero debilitó y luego eliminó, lo que significó que el ciudadano quedó asegurado en el goce de las llamadas garantías individuales, pero en la práctica, inerte frente al Estado, a merced

⁶¹ Figueroa Quinteros, M. A., "Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena", en *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*, 2, Santiago de Chile, 1967, pp. 33-101, esp. 100.

⁶² *Vid., supra*, n. 58.

⁶³ *Vid., supra*, n. 36.

de los gobernantes de turno.⁶⁴ En otras palabras, el paso de los países americanos del absolutismo monárquico hispano al Estado republicano constitucional no significó necesariamente una mejora en la protección que el derecho indiano brindaba a las personas, sino que, en ocasiones, fue un abierto retroceso; y esto, no obstante la insistencia en incluir en las constituciones solemnes declaraciones de derechos y garantías.

No es de extrañar, en consecuencia que el Chile de mediados del siglo XIX fuera testigo de una discusión parecida a la que se había desarrollado en el siglo XVI en torno a la llamada duda indiana. Se trataba ahora de incorporar efectivamente a la novel república las tierras ocupadas por los araucanos. Al producirse la independencia, Chile teóricamente era un país con continuidad territorial de norte a sur, pero, en la práctica, se trataba de dos territorios separados entre sí por un tercero, la Araucanía, que permanecía libre y soberana entre los ríos Bio-Bio y Toltén, al margen de la autoridad central y de la ley.⁶⁵

Desde la prensa santiaguina se abogaba por la conquista armada y el exterminio del indígena.⁶⁶ Ya no era la conquista previa a la civilización, sino simplemente su eliminación.⁶⁷ La respuesta vino de

⁶⁴ Bravo Lira, B., "Protección jurídica de los gobernados en el Nuevo Mundo 1491-1992. Del absolutismo al constitucionalismo", clase inaugural del año académico 1992 pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 1992, pp. 19-42.

⁶⁵ Cfr. Ferrando Keun, R., *Y así nació la Frontera... Conquista, guerra, ocupación, pacificación. 1550-1900*, Santiago de Chile, 1986, p. 288.

⁶⁶ "Los años han transcurrido respetando la independencia de los araucanos, hasta que en pleno siglo diez i nueve, cuando la palabra conquista se hallaba borrada del diccionario de la civilización, bajo el cielo de la república i la democracia hemos visto con sorpresa que la prensa, abjurando su noble misión, aboga a cara descubierta i sin rubor porque los soldados de la república marchen al territorio araucano a consumir la obra nefanda de la conquista a mano armada... Escrito teníamos lo anterior, cuando llegó a nuestras manos el *Mercurio* del 24 de mayo: al leer en sus columnas el artículo titulado Conquista de Arauco, en que se pide a nuestro gobierno el exterminio de los araucanos, sin más razón que la barbarie de sus habitantes i la conveniencia de apoderarnos de su rico territorio", *La Revista Católica*, 588, Santiago, 4 de junio de 1859, pp. 89-91.

⁶⁷ "La cuestión se puede concretar de esta manera —dice el *Mercurio*—: conviene o no que tengamos salvajes independientes i feroces en el corazón de la república? Presentada así, su solución es fácil i no dudamos que todo el mundo i aun los mismos que nos impugnan serán por la negativa. Aceptada esta conveniencia, sino necesidad, ¿cuál es el punto en que pueden estar discordes las opiniones: En los medios: pues los unos quieren la persuasión de la palabra i los otros la coerción de la fuerza. ¿Quién tiene la razón? A nuestro modo de ver los primeros filosóficamente hablando, i los segundos en el terreno práctico: por esto es que nos hemos colocado en el último partido, conociendo la ineficacia del anterior."

la Iglesia chilena que, esgrimiendo los mismos argumentos desarrollados por la segunda escolástica y el iusnaturalismo hispano-indiano, salió en defensa de la propiedad y vida de los indígenas.⁶⁸ La gran diferencia fue que en aquel entonces la Corona se hizo eco de este pensamiento y se dejó influir por él. Ahora, en el Chile decimonónico, sus gobernantes no se sentían apremiados a ello y los argumentos no tuvieron eco, decidiéndose finalmente la ocupación armada;⁶⁹ y ello bajo el imperio de una Constitución que aseguraba a todos los habitantes de la República la igualdad ante la ley y "la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares, o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial".⁷⁰

17. Llegados a estas alturas de nuestras reflexiones podemos sintetizarlas en las siguientes ideas:

1) El hecho mismo del descubrimiento y las consecuencias que de él se derivaron fueron asumidas desde el primer momento con las categorías del derecho común que era el que inspiraba la vida jurídica castellana del momento. Este derecho, sin embargo, pronto manifestó su insuficiencia para reglar a cabalidad un hecho de tamañas dimensiones.

Opinión del diario el *Mercurio*, cit. en *La Revista Católica*, 590, Santiago de Chile, 18 de junio, 1859, p. 106.

⁶⁸ "Resulta, pues, del precedente análisis: 1º, que la conveniencia no da derecho para conquistar por la fuerza a los araucanos, porque no puede haber derecho para hacer una cosa mala e injusta; 2º, que la conveniencia misma, bien entendida, está en respetar religiosamente los derechos ajenos, aun en los bárbaros, para que siempre sean respetados los nuestros; 3º, que el fin principal que debemos proponernos en la civilización de los araucanos no es nuestra propia utilidad, sino el bien espiritual y material de los nobles hijos de Caupolicán y de Lautaro, empleando para conseguir este fin todos los medios que señala como más adecuados la cristiana caridad; 4º, que las depredaciones i atrocidades que se atribuyen a los indios, son por lo menos exageradas i no pasan regularmente de hechos particulares comunes, que de ninguna manera autorizan una guerra injusta, cruel e inhumana; pues atendido el carácter de los araucanos i el amor que tienen a su independencia, había de ser indudablemente una guerra sin cuartel, una guerra de esterminio, por más que no lo quieran los que la aconsejan o emprendan." *La Revista Católica*, 590, Santiago de Chile, 18 de junio, 1959, p. 108.

⁶⁹ Ferrando, n. 65, pp. 325-542.

⁷⁰ *Constitución de 1833*, artículo 12 nn. 1 y 5. Esta última disposición continuaba así: "salvo el caso en que la utilidad del Estado calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se evaluare a juicio de hombres buenos."

2) Por los años en que se iniciaba la conquista empieza a desarrollarse un renacer de la escolástica, movimiento que, si bien no será exclusivamente español, allí encontró a sus más importantes cultivadores.

3) En esta segunda escolástica es posible advertir una doble vertiente: una rama indianista que pretende buscar principios e instituciones que los indios recién descubiertos no pudiesen negar y que permitiesen la convivencia de pueblos con fe diferente: cristianos unos, no cristianos los otros; un derecho superior de carácter puramente racional. Y una rama propiamente filosófico-jurídica para la que la conquista no era un problema inmediato a resolver pero que, con todo, mantuvo el planteamiento inicial de buscar un derecho racional.

4) La reflexión de la rama indianista de la segunda escolástica les llevó a reconocer a los indígenas derechos y garantías que postulaban la protección de los mismos en su vida, propiedades y autonomía, al punto que autores modernos hablan de una verdadera carta constitucional de los indios.

5) Con esto la segunda escolástica se hizo continuadora de una tradición que ya existía en Castilla de protección a las personas. Lo novedoso fue que esto lo proyecta a los nativos de Indias a quienes considera en situación de igualdad con los súbditos peninsulares.

6) Una concreta proyección de su pensamiento en Indias la constituye la labor de concilios y sínodos de la Iglesia indiana, debido, en buena parte, a que los que se celebran en el siglo XVI y primera mitad de la centuria siguiente son proyectados, realizados y actuados por quienes se habían formado en Salamanca o a la sombra del pensamiento de la escuela salmantina.

7) La rama propiamente filosófico-jurídica de la segunda escolástica tuvo un interés preponderantemente moral, en cuanto pretendían determinar las condiciones bajo las cuales el poder político y su derecho positivo obligan en conciencia. En sus voluminosos tratados sobre la justicia y el derecho (*De iustitia et iure*) o sobre las leyes (*De legibus*), desarrollaron sus investigaciones no sólo en el orden general especulativo, sino también en el detalle técnico para lo cual hicieron abundante uso del derecho común. Desde esta perspectiva, la segunda escolástica se hace continuadora del derecho común.

8) Mientras en la península se había ido desarrollando la segunda escolástica, en Europa, como consecuencia de la ruptura de la unidad de fe, surgió la necesidad de un derecho superior que facilitase la

convivencia de hombres con fe distinta: un derecho natural, laico y racional, labor que emprendió el iusnaturalismo.

9) Esta fue la filosofía que presidió el complejo fenómeno histórico que conocemos como la codificación. Pero el moderno iusnaturalismo se mantuvo más allá de las fronteras españolas. Influyeron en ello motivos de religión; pero también el hecho de que en España ya se había producido un movimiento en todo similar y que obedecía al mismo problema: como fundar la convivencia de quienes no compar-ten la misma fe. En otras palabras, España ya tenía su propio ius-naturalismo.

10) Los códigos significaron una manera de presentar lo jurídico técnicamente superior, que se proyectó también al ámbito del derecho público dando lugar a la codificación constitucional. Estos códigos políticos llamados constituciones van a configurarse en torno a dos elementos: las garantías individuales y la división de poderes. Sin embargo, los derechos postulados por la Ilustración y proclamados por el constitucionalismo no fueron una novedad en Hispanoamérica, pues correspondían a los derechos políticos y a las seguridades personales del derecho indiano.

11) El paso de los países americanos del absolutismo monárquico hispano al Estado republicano constitucional no significó siempre una mejora en la protección que el derecho indiano brindaba a las perso-nas, sino que, en ocasiones fue un retroceso, no obstante la insistencia en incluir en las constituciones declaraciones cada vez más completas de abstractas declaraciones de derechos y garantías.

12) Los viejos argumentos del siglo XVI esgrimidos por los esco-lásticos hispanos sirvieron una vez más para la defensa de los dere-chos, vida y propiedades de los mismos que habían suscitado aquella reflexión cuando se reanudaron, en algunos lugares del continente, actitudes que pretendían desconocer dichos derechos, vida y propie-dades. Esta vez, sin embargo, el universo cultural había cambiado y esos argumentos, que habían servido para estructurar todo un sistema de protección, resultaron finalmente insuficientes.