

*Ihering. Cuadernos de
Ciencias Jurídicas
y Sociales*



Ihering

E-ISSN: 2660-552X

fuesp@fuesp.com

Fundación Universitaria Española
España

ARRAZOLA RUIZ, SARA

Memorias de una Colombia dividida

Ihering, núm. 3, 2020, pp. 11-31

Fundación Universitaria Española

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=691773237001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Memorias de una Colombia dividida

SARA ARRAZOLA RUIZ

Universidad de Alcalá

Resumen

La herencia colonial está presente en la configuración jurídica e institucional de los estados independizados. Este fenómeno es especialmente perceptible en América Latina donde lo hispano ha sido empleado como elemento de identificación, pertenencia y unión nacional. La Constitución colombiana de 1886 es una muestra de la fuerte influencia de las instituciones coloniales españolas y del especial rol que la religión católica ha jugado en Latinoamérica.

Abstract

Colonial legacy is noticeable in the juridical and institutional definition of independent states. This phenomenon is more remarkable in Latin America where Hispanic has begun and has been used as an identification, belonging and national unity element. Colombian Constitution of 1886 shows the strong influence of Spanish colonial institutions and the important and special role played by Catholicism in Latin America.

Palabras clave

Liberalismo, regeneracionismo, herencia colonial, constitucionalismo

Key words

Liberalism, regenerationism, colonial legacy, constitutionalism.

1. LA HERENCIA COLONIAL Y EL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA.

El realismo mágico como movimiento literario consiguió conciliar tres esferas de la realidad latinoamericana y, especialmente, colombiana, la magnificencia de las antiguas ciudades barrocas, la herencia de una cultura profética y la pobreza, llegando a exponer estas tres realidades de una forma poética, humorística, irónica, cruda convirtiendo a su propia historia, la de su tierra caliente, en legendaria y también en actual, en un punto y aparte pero también en una herencia universal. Sus dos máximos representantes, Álvaro Mutis y Gabriel García Márquez serían historia viva, testimonio y narradores de la historia colombiana y casi sin quererlo y casi sin saberlo, sus páginas servirían para *“perpetuar ese rincón de la tierra caliente del que emana la sustancia misma de mis sueños, mis nostalgias, mis temores y mis dichas.”*¹

Literatura aparte, Mutis y Márquez no coinciden en la opinión que les merece la colonización y es que aún con el testimonio de Fray Bartolomé de las Casas, Mutis confesaría en una entrevista concedida a Elizabeth Pérez-Luna y a Eduardo García Aguilar en 1975 que las civilizaciones precolombinas *“morían de hambre frente al mar”*, carecían de una idea de progreso centrándose en la supervivencia y eran civilizaciones en decadencia.² Aquí se aprecia el surgimiento de un debate que el propio Bartolomé de las Casas dirigiría a Felipe II entre el modelo pacífico de cristianización de Melquíades o el modelo más abrasivo de Sepúlveda.

Hay una relación casi ineludible, aunque también irresponsable en las consecuencias derivadas de su revelación, entre las formas de dominación y el destino de las naciones. En otras palabras, la configuración jurídica de los poderes y de las relaciones entre quienes ostentan el poder y el resto de la población, la configuración de los límites jurídicos y del concepto de justicia así como la dureza o severidad de todos ellos, suponen una fuente histórico-jurídica de gran valor para el entendimiento de los conflictos que hoy amenazan la convivencia democrática sea cual sea la calidad, la duración o el

¹ MUTIS, A., *Antología personal*, Ed. Argonauta, Buenos Aires, 2003.

² MUTIS, A., *Celebraciones y otros fantasmas*, Ed. Casiopea, Barcelona, 2000.

nivel de fijación que las instituciones democráticas tengan en el entramado social y en el ordenamiento jurídico.

La colonización, como forma de dominación y modificaciones en todas las estructuras sociales, culturales y políticas determinó el paso de sociedades de carácter *quasi* primitivas a sociedades juridificadas donde el cumplimiento de las normas transcendía a lo moral o lo religioso y donde la burocratización era un proceso iniciado e imparable. El objetivo no es la demonización de esa semi leyenda negra que existe entorno a los procesos y métodos colonizadores sino ver qué aspectos jurídicos de esos procedimientos han influido en los complejos conflictos que atraviesan hoy las sociedades colonizadas.

Hay dos cuestiones especialmente relevantes en este sentido:

La primera de ellas es la aplicabilidad de los conceptos vinculados a la teoría de transiciones a un caso como es el de la dominación extranjera y posterior independencia.

La segunda de ellas es la trascendencia de esos procesos en la configuración del modelo de Estado y de gobierno no inmediatamente posterior sino a largo plazo, especialmente, teniendo en cuenta la teoría de la doctrina del shock elaborada por Naomi Klein.

Leandro Martínez y Manuela Rodríguez ofrecen una reflexión importante acerca de lo qué es la guerra sosteniendo que

“la guerra, la más devastadora, desoladora, cruel y odiosa de las experiencias humanas, ha sido también, con toda probabilidad, el fenómeno de mayor impacto creador y moldeador en lo político, económico, jurídico e institucional de cuantos constituyen la Historia de la Humanidad. (...) La reflexión de partida es válida para la interrelación entre la guerra y los fenómenos jurídicos e institucionales. Cambios que en un contexto pacífico hubieran llevado décadas o incluso siglos —o que nunca hubieran llegado a producirse—, son implementados de forma acelerada en contextos bélicos.”³

³ MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Una mirada bajo la celada”, en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coords.), *De las Navas de Tolosa a la Constitución de Cádiz: el ejército y la guerra en la construcción del Estado*, Ed. Omnia Mutantur, Madrid, 2012.

Esta misma reflexión es aplicable al contexto de la colonización. Siguiendo a Maldonado Macanaz, y como ya diría en el siglo XVII el canciller Bacon, la colonización es “*eminente entre las obras heroicas de la Antigüedad.*”⁴ Fenicios, persas, griegos y romanos ya emprendieron la tarea de expandir sus civilizaciones más allá de sus fronteras tradicionales creando vastos imperios, pero el descubrimiento o el hallazgo de América en 1492 supondría un cambio sustancial en la expansión de los países europeos por el mundo dotando a la colonización de esa característica de eminencia señalada por Bacon pues daría paso a la colonización primero del nuevo mundo, y a la subsiguiente colonización del tercer mundo basada

“en el impulso que ha dado a las vías de comunicación y a los medios de locomoción de todas clases, y en el uso que ha hecho de los mismos para acelerar el dominio del globo y la explotación de las fuerzas y elementos de la naturaleza, poblando y colonizando.”⁵

Distintas figuras jurídicas han sido las que han ido dando paso al concepto de colonización: descubrimiento, conquista, dominación.

El paso clave es el de la conquista pues esta es ya no sólo una figura, sino también, una institución jurídico-militar propia del, valga la redundancia, periodo de la reconquista hispánica tal y como consta en *Las Partidas* del siglo XIII. Como recogería Zavala en su obra *La filosofía de la conquista*, esta institución supondría una doble consecuencia: primero, la presencia de un factor militar y patriótico; y, segundo, la categorización del conquistado como enemigo. Esa contraposición no tendría, al menos antes del surgimiento del Estado moderno y del concepto de nación, un sustento ni ideológico ni filosófico vinculado con el *volkgeist*, sino que se insertaría dentro de la defensa de la religiosidad, del cristianismo y de la lucha contra los infieles. “*Enviamos ciertos nuestros capitanes e gentes a la conquista de la Grand Canaria, contra los canarios infieles, enemigos de nuestra santa fe católica que en ella están*”— escribirían los Reyes Católicos al Consejo de Sevilla el

⁴ MALDONADO MACANAZ, J., *Principios generales del arte de la colonización*, Ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1875, p. 19.

⁵ *Íbidem*

15 de febrero de 1479 según recoge Millares.⁶ La idea de conquista, entonces, ha ido siempre acompañada de un matiz de dominación cultural, tanto desde la romanización como hasta la empresa de la reconquista española y de la dominación en las Américas donde la dominación cultural quedaría casi restringida a una suerte de semejanza entre conquista y cruzada que haría de la conquista un doble proceso de toma militar y conversión religiosa que acompañado de las cédulas correspondientes supondría el remate jurídico a la expansión territorial de la soberanía.⁷ No se trata de una comparación caprichosa la de la interrelación entre el fenómeno de la reconquista, empresa concluida con éxito durante el reinado de los Reyes Católicos, la conquista de los territorios canarios y su incorporación jurídica bajo la soberanía del mismo reinado, y la conquista de América. El propio Zavala en la serie de estudios sobre la historiografía jurídica que se iniciaron con la Segunda República ofrecería este punto de vista según el cual, las normas empleadas para el éxito de las dos últimas empresas habrían sido similares. Su obra titulada *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*⁸ y publicada en 1935 por el Centro de Estudios Históricos supone dotar a la conquista de un carácter jurídico y no exclusivamente político-militar llegando incluso a institucionalizar su práctica, insertarla dentro de la Historia del Derecho español y dotar al término colonización de un sentido jurídico especialmente relevante, no sólo porque lo acaecido en América supondría una diferenciación sustancial con lo sucedido en Canarias desde el punto de vista de la asimilación o creación de nuevas instituciones jurídicas, sino porque dotaría a los procesos coloniales de un sentido y de unas consecuencias más evidentes toda vez que no sólo dejarían una influencia o secuelas en términos burocráticos o de estructuras políticas sino que incidirían sobre la configuración de los ordenamientos jurídicos y de la repartición de competencias territoriales a nivel nacional o regional.

⁶ MILLARES, A., “Siete de los Reyes Católicos concernientes a la conquista de Gran Canaria”, *El Museo Canario*, nº2 (enero-abril), 1934, pp. 87-89, p. 87.

⁷ ZAVALA, S. A., “Las conquistas de Canarias y América”, *Revista Tierra Firme*, nº 1, 1936, pp. 81-112.

⁸ ZAVALA, S. A., *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Ed. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1935.

Quizás quien mejor ha venido a sintetizar esta idea es Ots⁹, quien en el XXVI Congreso Internacional de Americanistas celebrado en Sevilla en 1935, desarrollaría el tema de *La expansión del derecho español en las Indias* sosteniendo que si bien desde el punto de vista más cercano al positivismo axiológico la transposición del derecho español a los virreinos en las Indias había sido casi simétrica, lo cierto es que desde un punto de vista cercano al pragmatismo en la práctica jurídica, los documentos sobre la aplicación real del derecho en las Indias mostraban que el dominio de la metrópoli en ese sentido no era absoluto toda vez que existían diferencias entre los virreinos y en la aplicación del sistema de Encomiendas como una muestra de la capacidad adaptativa de las instituciones jurídicas en nombre de una mayor efectividad. Esto generaría dos derechos convivientes, el derecho español y el derecho indiano y es ahí, en la transformación sufrida por el derecho español para adaptarlo al dominio de las tierras americanas, donde diría el propio Zavala que se encuentra “la base primera del Derecho que las tierras americanas han vivido hasta hoy”¹⁰, en definitiva, sería el origen del primer derecho indiano entendiendo el derecho en un sentido normativizado y como un derecho de colonización que, al mismo tiempo, se convertiría en la base del derecho de las Américas independizadas.

Gaitán y Malagón dirían que el derecho indiano ha sido el

“punto donde encontramos una continuidad desde la Colonia hasta el presente, a través de la pervivencia de medios de sometimiento derivados de la doctrina alemana de la Ciencia de la Policía y que en nuestro país se aplicaron indistintamente por la Iglesia Católica, por la Corona española y por el estado colombiano.”¹¹

⁹ Conclusiones publicadas en: OTS CAPDEQUÍ, J. M., *El Estado español en las indias*, Ed. Colegio de México, México, 1941.

¹⁰ ZAVALA, S.A., *La filosofía política en la conquista de América*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

¹¹ GAITÁN BOHORQUEZ, J. y MALAGON PINZÓN, M., “La 'reducción a civilización' y otras técnicas de policía: Versiones historiográficas y prácticas administrativistas de la Colonia a la República”, *Historia del Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 7, nº14, 2008, pp. 133-145, p. 133.

La herencia española ha supuesto el vínculo o la presencia de un pasado común entre España y América Latina presente incluso en la configuración jurídica de los estados latinoamericanos sirviendo para dar cuenta del enorme poder del derecho como instrumento de expansión cultural y de la cultura como factor de revolución. A título de ejemplo, la Constitución colombiana de 1886 proponía la lengua española y el catolicismo como elementos definitorios del concepto de nación colombiana dando pie a que las nuevas instituciones del país significasen una continuidad, un vínculo y estuviesen basadas en la tradición hispánica. Según Olano García, *“dicha carta colombiana se expidió en el marco del movimiento regeneracionista, que buscaba seguir impidiendo la hecatombe política causada por el liberalismo radical colombiano.”*¹²

Dicha Constitución se articula como un elemento regenerador, como una solución al largo periodo de violencia sufrido en el país y a la sucesión de guerras civiles en su territorio; en otras palabras, se aprecia ya aquí y como lo haría en las revoluciones liberales europeas un nexo de unión entre cambio político, reconocimiento de derechos liberales e individuales y acuerdo común, si bien, es necesario ahondar en esta cuestión ya que ella dará cuenta de la evolución del concepto de transición, de las fortalezas y debilidades de los acuerdos constitucionales y de la transposición de ideas desde el continente europeo hacia América Latina aún habiendo finalizado la etapa colonial.

2. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1886: LIBERALISMO, CONSERVADURISMO Y DERECHO INDIANO.

Actualmente el concepto de transición aparece vinculado siguiendo la teoría de Huntington al concepto de democratización pero esto supone occidentalizar el término y hacerlo aplicable únicamente a la historia del siglo XX más reciente. Una transición política es un cambio de régimen con unas características especiales, sobre todo si se pretende obtener una cierta continuidad

¹² OLANO GARCÍA, H. A., “Historia de la regeneración constitucional de 1886”, *IUS*, vol. 13, nº43, pp. 161-177, p. 161.

histórico-jurídica en la conceptualización, dimensiones y empleo del término. Su aplicabilidad a contextos alejados de la democratización no debe asumirse de forma inmediata como errónea ya que el proceso de democratización no es ni ha sido inmediato ni instantáneo sino el fruto de la historia de la lucha contra la discriminación y la dominación abarcando esencialmente el tránsito desde las monarquías absolutas hasta las primeras experiencias monárquicas y republicanas de corte liberal, llevando consigo entonces, el peso de revoluciones, guerras civiles, dominaciones temporales, regresiones, excesos, discriminaciones regladas y numerosas muertes. La lucha por la democracia, al igual que la lucha por los Derechos Humanos no puede reducirse únicamente a un único periodo de transición pues ello supondría obviar la trayectoria de los países, su bagaje cultural, social, religioso y político y los elementos de estabilidad y posibles fracturas que afecten a la cohesión social que es, siguiendo a Arbour¹³ el elemento primordial en la etapa transicional cuyo valor se incrementa a medio y largo plazo. Así, la democratización debe entenderse como un complejo y largo periodo de transformación política hasta la obtención de soberanía popular, igualdad y autogobierno siguiendo a Sartori.¹⁴ Se trata, por tanto, de un cúmulo de experiencias políticas únicas que van determinando la configuración de un ordenamiento jurídico particular de cada sociedad o comunidad política cuyo funcionamiento en términos materiales debe ser adaptado a su idiosincrasia pero cuyos elementos formales deben permanecer universales.¹⁵

Desde ese planteamiento, la Constitución colombiana de 1886 es un elemento clarificador ya que supone una reacción conservadora dentro del liberalismo latinoamericano en la búsqueda de mayor estabilidad, menor conflictividad y reafirmación nacional. Tiene una serie de particularidades que es preciso abordar:

¹³ ARBOUR, L., *Economic and social justice for societies in transition*, Second Annual Transitional Justice Lecture hosted by the New York University School of Law Center of Human Rights and Global Justice and by the International Center for Transitional Justice, 25 octubre 2006, Ed. New York University School, New York, 2006, p. 16.

¹⁴ SARTORI, G., "How far can free government travel?", *Journal of democracy*, vol. 6, nº3, 1992, pp. 101-111.

¹⁵ *Íbidem*.

La primera de ellas es que como establecería Melo, la actitud tomada por Rafael Núñez Moledo como líder del movimiento, “*indicaba a sus copartidarios que estaba dispuesto a abandonar el barco liberal.*”¹⁶ Supone la manifestación o la prueba definitiva de que las ideas propias del pensamiento napoleónico habían conseguido calar en las sociedades latinoamericanas, es decir, los pilares sobre los que se fundamentaba la nueva nación colombiana no eran sino el centralismo, la religión católica y el autoritarismo¹⁷ haciéndose eco de la frase de Napoleón recopilada por Martire “*viva la religión Católica Apostólica Romana y muera el mal gobierno, a fin de que no quedase duda de la filiación no jacobina y de los sentimientos pro católicos y regeneradores del movimiento.*”¹⁸

Lo que se aprecia es la existencia de un movimiento regenerador que pretende hacerse ver como conservador, pero que lleva implícitas en sus prerrogativas garantías propias del liberalismo conservador y que admite las posibilidades y necesidad del cambio. Se plantea como un movimiento de regeneración y reafirmación nacional pero influenciado por la política de Napoleón III y sus intenciones de influenciar América Latina para hacer frente a las zonas de control británico. La llegada de esa influencia tiene un origen doble: primero, es atribuible al esfuerzo colombiano sucesor de la guerra de independencia por abstraerse de sus vínculos con España aplicando un discurso de culpabilización resumido por Jaramillo y en función del cual, España “*no había organizado y traído a sus colonias la esencia de la civilización, es decir, la gran industria y la técnica, la economía de mercado libre, el estado neutral en materias religiosas, las libertades individuales, sobre todo las económicas; la libertad de prensa y el sufragio universal.*”¹⁹

En otras palabras, la recién independiente Colombia se dividía en dos bandos, los liberales radicales y los regeneracionistas de Núñez quien

¹⁶ MELO, J. O., Historia mínima de Colombia, Ed. Turner, México, 2017, p. 167.

¹⁷ AGUILERA PEÑA, M. y VEGA CANTOR, R., *Ideal Democrático y Revolución Popular*, Ed. Cerec, Bogotá, 1998, p. 147.

¹⁸ MARTIRE, E., “La Ineluctable pérdida de los dominios españoles de América”, *Revista de Historia del Derecho*, nº23, 1995, pp. 229-270, p. 267.

¹⁹ JARAMILLO URIBE, J., *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Ed. Temis, Bogotá, 1964, p. 77.

abandonó la primera de esas ramas de pensamiento para acercarse a la vertiente más conservadora en favor de la pacificación del país. El triunfo de la rama regeneracionista se confirmaría con la conocida frase del propio Núñez: “*la Constitución de Río Negro ha dejado de existir.*”²⁰ Un reflejo de la extensión de las proclamas de Napoleón III a lo largo del globo y que conllevaría un distanciamiento sustancial con los principios emanados de la Revolución Francesa. La Constitución colombiana de 1886 recoge el testigo de la Constitución francesa de 1843 e incorpora gran parte de su contenido. Fue un Consejo Nacional de Delegatarios el que, contando con dos vocales elegidos sin sufragio por cada una de las entidades federales que constituían los Estados Unidos de Colombia, a saber, un representante de tendencia liberal y otro de corte conservador, comenzaron la redacción de la nueva Constitución de Colombia el 11 de noviembre de 1885. Para los partidarios de Núñez la Constitución de 1886 fue un hito, concretamente, “*considerado como el documento más interesante y digno de fama de cuantos han pronunciado nuestros presidentes, desde que desapareció el Libertador.*”²¹ Para sus detractores, sólo suponía una merma en libertades e independencia.

La Constitución de 1886 introduce varias cuestiones interesantes:

En primer lugar, el concepto de soberanía nacional residente en la nación de su artículo segundo, entendida en los términos de Caro, dígame,

“limitada por el derecho natural, se ejerce por órganos diversos, que específicamente llamados poderes, limitados de igual modo, independientes por la naturaleza definida de las funciones que a cada cual corresponden y armónicas en sus relaciones recíprocas conforme al principio y a los fines que le son comunes.”²²

En segundo lugar, la primacía de la ley sobre la Constitución, concepto que sería desarrollado en el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 y según el cual

²⁰ Rafael Núñez el 10 de septiembre de 1885 desde el Balcón Presidencial.

²¹ ACEVEDO RESTREO, D., *La Constitución Nacional y sus principales reformas*, Ed. ESAP, Bogotá, 1986, p. 13.

²² Miguel Antonio Caro, Mensaje presidencial del 20 de Julio de 1898.

“una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.”²³

Se trata de un planteamiento distinto al del constitucionalismo desde el punto de la propia Filosofía del Derecho que entiende el mandato constitucional como una ética pública, es decir, como un estándar de mínimos fruto de algún tipo de proceso de acuerdo político que delimita un campo de juego comunitario que sirve para expresar unos mínimos de entendimiento común que conforman, a su vez, los márgenes del ordenamiento jurídico. En otras palabras, la función constitucional es tornarse en un elemento de control básico de legalidad al que deben adscribirse las Administraciones y los Poderes Público y, consecuentemente, los actos que de ellos emanan. La configuración que se establece en la Constitución colombiana de 1886 y en las leyes que la desarrollan, no asume esa función constitucional ya que el verdadero objetivo perseguido con su redacción está más próximo a un cambio en los modelos de gestión del federalismo hacia el centralismo, y a una unificación y homogeneización de los territorios que al establecimiento de un acuerdo sobre los límites del Derecho y de todos los operadores jurídicos ya que siguiendo a Melgarejo, las necesidades a suplir por la Constitución son tres: *“limpiar la lengua a través de la gramática; el alma a través de la moral, y el cuerpo a través de los manuales de urbanidad.”*²⁴

El propio texto constitucional en su preámbulo establece que su finalidad es la de *“afianzar la unidad nacional”* y es este punto el que permite comprender al regeneracionismo, al centralismo y al catolicismo nacional colombiano frente a la perspectiva federalista y heterogénea de una nación diversa. Acevedo Restrepo²⁵ entiende, con base en los discursos pronunciados en la época que la idea primordial o el ánimo político no era otro que el de poner fin a un sistema federal que había sido aplicado en la región durante más de un cuarto de siglo y que había derivado en cruentas guerras civiles

²³ Artículo 6 de la Ley 153 de 1887 de Colombia.

²⁴ Melgarejo, M. P., *El Lenguaje Político de la Regeneración en Colombia y México*, Disertación Doctoral, University of Pittsburgh, 2007, pp. 18-19.

²⁵ ACEVEDO RESTREPO, D., *La Constitución...*, op. cit., p. 13.

entre estados federados que habían afectado a más de tres generaciones. Entre las propuestas presentadas por los representantes de las regiones se incluían proyectos de reformulación del federalismo, proyectos de descentralización administrativa y burocrática y el que terminaría por vencer, el presentado por Caro en quien, según analizaría Ocampo, “*su pasión fue el catolicismo en la política, e inclusive llegó a proponer un partido católico para restaurar el orden civil de los cristianos, si el conservatismo se llegase a civilizar.*”²⁶

Hay en su propuesta tres elementos sustanciales a efectos de entender la potente relación entre colonización, herencia colonial, independencia y nuevos estados:

En primer lugar, la idea de cristianizar. La relación entre la religión y Colombia nunca ha sido ni fácil, ni definida, ni pacífica, ni unificadora; es más, en los debates de 1990 sobre el modelo constitucional colombiano, aún perviviría la idea de la nación cristiana propia del regeneracionismo que Márquez describiría de la siguiente forma:

“La paradoja es que estos conquistadores nostálgicos, como sus antepasados, nacieron en un país con las puertas cerradas. Los libertadores trataron de abrirlas a los nuevos vientos de Inglaterra y Francia, a las doctrinas jurídicas y éticas de Bentham, a la educación de Lancaster, al aprendizaje de las lenguas, a la popularización de las ciencias y las artes, para borrar los vicios de una España más papista que el papa y todavía escaldada por el acoso financiero de los judíos y por ochocientos años de ocupación islámica. Los radicales del siglo XIX, y más tarde la generación del Centenario, volvieron a proponérselo con políticas de inmigraciones masivas para enriquecer la cultura del mestizaje, pero unas y otras se frustraron por un temor casi teológico de los demonios exteriores. Aun hoy estamos lejos de imaginar cuánto dependemos del vasto mundo que ignoramos.”²⁷

En este sentido, se aprecia un cambio sustancial de tendencia en la configuración de los principios fundacionales del Estado, a saber, desde un mode-

²⁶ OCAMPO LÓPEZ, J., *¿Qué es el Conservatismo Colombiano?*, Ed. Planeta, Bogotá, 1991, p. 102.

²⁷ GARCÍA MARQUEZ, Gabriel, “La proclama. Por un país al alcance de los niños”, en ALDANA VALDÉS, E. et al, *Colombia al filo de la oportunidad. Misión de ciencia, educación y desarrollo*, Ed. Tercer Mundo, Bogotá, 1996, p.20.

lo liberal político donde la existencia de un pacto social asegura el éxito de la convivencia y donde la separación de poderes y las libertades individuales son los dos muros de carga, hacia un modelo donde existe un catolicismo corporativo, también conocido como Catolicismo Político que supone la asunción del cristianismo como esencia de la comunidad política y la paternalización del Estado en sus relaciones con el individuo. Sin entrar en la disquisición, por otro lado resuelta por los liberales mexicanos²⁸, sobre si el Catolicismo Político como eje constitucional y legal supuso una regresión o no, la presencia del catolicismo en el texto constitucional sí permite reflexionar sobre el estado de las libertades liberales precedentes al texto constitucional de 1886 tras la entrada en vigor de este.

Los artículos 38 a 40 son especialmente ilustrativos en este sentido puesto que se establece que *“la religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los poderes Públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social.”*²⁹ Se trata de un sistema extraño en cuanto a la confesionalidad del Estado ya que proclama que *“se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial y conservará su independencia.”*

Hay una apreciación que puede ser de interés en este sentido en aplicación de los modelos de relación existentes entre el Estado y las confesiones religiosas que ofrece la rama del Derecho Eclesiástico y Constitucional. Este tipo de enunciado, presenta unas características similares a las de la primera parte del artículo 62 de la Constitución de Islandia donde se proclama la existencia de una confesionalidad, concretamente, la evangélica luterana, como *“Iglesia Nacional en Islandia.”*³⁰ En atención a lo dispuesto en el articulado, podría concluirse que se trata de un modelo de Iglesia de Estado al declarar la Iglesia Católica Iglesia de la Nación. Lo cierto es que la precisión final del artículo 38 de la Constitución colombiana de 1886 ofrece una vía de escape, al menos, en lo que a la independencia se refiere y su ubicación en el precepto 38 y no al iniciado del texto constitu-

²⁸ SAVARINO, F., “Religión y Sociedad en Yucatán durante el Porfiriato (1891-1911)”, *Historia Mexicana*, nº 183 (enero-marzo), 1997, pp 617-653, p.625.

²⁹ Artículo 38 de la Constitución de Colombia de 1886.

³⁰ Artículo 62 de la Constitución de Islandia.

cional que suele referirse a la configuración esencial del sistema político, pueden ser argumentos para invalidar la calificación de Colombia en 1886 como un Estado de modelo utilitarista en sus relaciones con la Iglesia, y proceder a calificarlo como un Estado donde la confesionalidad es un principio informador y no la base del sistema institucional. No obstante, lo esencial no es tanto la atribución a la Iglesia Católica como iglesia nacional sino la incorporación de la moral cristiana como indicador de la moral pública. Según William E. Plata esto supuso la afirmación en Colombia de una contraposición entre liberales laicos y garantistas y los regeneracionistas católicos y conservadores que terminaría germinando y dando lugar al clima de violencia política que caracterizó la Colombia del siglo XX, concluyendo que la política religiosa llevada a cabo por los regeneracionistas se sustentó en los siguientes pasos:

“Realizó, en primer lugar, un proceso de depuración de elementos masónicos y pro-liberales dentro del clero y luego emprendió un duro ataque contra los que pretendían ser liberales y católicos al mismo tiempo, (a partir de la década del 70 y con énfasis luego de la Regeneración).[...] Asimismo, nos atrevemos a plantear que desde entonces, una mentalidad intransigente —de mutua exclusión— comenzó a impregnar nuestra cultura política, amparada en el bipartidismo, en detrimento de la democracia.”³¹

Esta aproximación sería simplista si se obviase la especial influencia, o la especial proximidad de los párrocos políticos colombianos, con el modelo caciquista español, que reduce el concepto de democracia a una mera formalidad y a una red clientelar. Son dos, entonces, los ejes sobre los que incide la confesionalidad pasional del periodo regeneracionista colombiano: calidad de las instituciones y cultura política. Blanco Mejía ofrece una aproximación interesante al fenómeno en cuestión, especialmente porque realiza un análisis crítico y comparado de los estudios historiográficos y politológicos realizados hasta entonces. Hay una frase de Gabriel García Márquez que condensa bien la idea: “*el escritor escribe su libro para explicarse a sí mismo lo*

³¹ PLATA, W. E., *El Catolicismo y sus corrientes en la Colombia decimonónica. 1850-1880*, tesis de maestría en Historia, Departamento de Historia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 268-269.

que no se puede explicar.”³² Márquez escribía sobre Colombia, pero Colombia ni era una ni era posible, en palabras de Blanco Mejía, la historia escrita sobre Colombia es la de la “*idea de una nación imposible.*”³³ Lo cierto es que Colombia ha sido, es y seguirá siendo una nación diversa y no una nación imposible. La falta de reconocimiento de las diversas identidades presentes en Colombia y la idea de la centralización a través de una ética pública asimilada con la moral católica dictaminada en sede constitucional es una herramienta de control político heredada del periodo colonial, próxima al liberalismo más hispano, es decir, aquel que puede abarcar el reconocimiento de derechos individuales y el desarrollo económico, pero no puede renunciar a la presencia de alguna relación de mayor o menor intensidad y proximidad con la Iglesia Católica que se erige en elemento unificador, pacificador y cohesionador que estaría presente en el marco jurídico colombiano hasta la reforma constitucional de 1991 que haría efectiva la libertad de conciencia y la laicidad jurídica de Colombia reconociendo de alguna manera la diversidad religiosa presente en su territorio.

En segundo lugar, la idea de civilizar con, de nuevo, la moralidad cristiana como referente. Siguiendo a Pérez Viejo puede concluirse que en la Colombia regeneracionista se aplicó la tesis en función de la cual el concepto de nación forma parte del imaginario colectivo, dígase, no es una realidad jurídica sino más un sentimiento de pertenencia³⁴, de ahí el afán por la juridificación de la nación a través de la uniformidad constitucionalizada. Para la buena comprensión de esta dimensión es necesario efectuar la labor de retrotraerse a la época colonial y, especialmente, al papel y posición del colonizador español respecto al indígena. Fernández Álvarez define el concepto de leyenda negra como la “*cuidadosa distorsión de la historia de un pueblo, realizada por sus enemigos, para mejor combatirle. Y una distorsión lo más*

³² GARCÍA MÁRQUEZ, G., *Vivir para contarla*, Ed. Literatura Random House, Barcelona, 2003.

³³ BLANCO MEJÍA, O., “La nación católica durante la Regeneración (1886-1900): perspectivas historiográficas”, *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*, vol. 13, nº 1, 2008, pp. 1-22, p. 8.

³⁴ PÉREZ VEJO, T., “La construcción de las Naciones como problema Historiográfico: el caso del Mundo Hispánico”, *Historia Mexicana*, vol. 53, nº2, 2003 pp. 275-311, p. 294.

monstruosa posible, a fin de lograr el objetivo marcado: la descalificación moral de ese pueblo, cuya supremacía hay que combatir por todos los medios.”³⁵

Lo cierto es que hay toda una leyenda entorno a la forma de colonización y prácticas de los colonos españoles con los indígenas, toda vez que resulta indiscutible la rotundidad de los métodos colonizadores. La colonización supuso la invasión política, jurídica y territorial de territorios sometidos al dominio de diversas culturas indígenas, algunas de ellas consolidadas en la historiografía como imperios y otras no incluidas en entidades dotadas de ese nivel de reconocimiento semipolítico y organizativo. Dos principios constituyeron la base de la colonización: *res nullius* y tierras para la cristiandad, determinándose, entonces, que los sujetos habitantes de dichos territorios no fuesen reconocidos como sujetos de derecho y la importancia de esa labor radicase en la cristianización. Expone Oriz Bes que “*el verdadero prejuicio en el siglo XVI no era la raza, como queda claro con la constante unión entre colonos y mujeres indígenas, sino de religión ante el infiel y el pagano.*”³⁶ Esta consideración supone que la lucha no se gestó tanto en el plano de la variedad étnica o racial sino en la variedad cultural. Tuñón de Lara³⁷ percibe un cierto desencanto de los misioneros hispanos por la falta de una evangelización total y de la creación de una élite cristiana en América Latina pero lo cierto es que el regeneracionismo colombiano demuestra que el mestizaje y las misiones tuvieron un efecto importante y de trascendencias históricas a largo plazo puesto que la religión cristiana sería empleada por las élites políticas de los Estados independizados para la supresión de aquellas manifestaciones culturales indígenas que habían sobrevivido a la colonización por lo que, si bien la evangelización absoluta no fue conseguida, si fue definitivo el impacto en la diversidad cultural y en la cultura política latina.

³⁵ FERNANDEZ ALVAREZ, M., “Panorama bibliográfico actual sobre Carlos V”, *El Libro Español*, n°2, 1958, pp. 65-68.

³⁶ ORIZ BES, A., “Los indígenas en el proceso colonial: leyes jurídicas y la esclavitud”, *Anuario del Centro de la UNED en Calatayud*, n°21, 2015, pp. 189-206, p. 193.

³⁷ TUÑÓN DE LARA, M. (dir.): *Historia de España Siglos XVI y XVII. La España de los Austrias*, Ed. Cátedra, Madrid, 2003.

Aunque la evangelización no fue total, lo cierto es que la conquista no supuso una apropiación o aculturación absoluta en ninguna de sus dimensiones y la aplicación de los dictámenes de un Estado monárquico y confesional como el español de la época no fueron tampoco aplicados de forma estricta o paralela en las Américas, dígase, la pervivencia de algunas culturas indígenas y las características propias del territorio permitieron la creación de un sistema jurídico y de convivencia propio de las Américas dando lugar a un orden constitucional novedoso donde el colonizador era representado como un elemento de orden y civilización y el colonizado como un aborígen. Esa implantación del derecho castellano en el panorama indiano no resultó una transposición en toda regla puesto que el derecho indiano contaba con tantas manifestaciones como circunscripciones o divisiones político-administrativas³⁸ con la presencia, inclusive de organismos de decisión sobre conflictos de jurisdicción entre los derechos convivientes pero regulados jerárquicamente por el Derecho Castellano como el Juzgado General de Naturales de Nueva España.

Resulta peculiar que la Constitución Colombiana de 1886 no incluya ni una sola referencia a la población indígena ni al derecho indiano y ofrezca un marco de homogeneidad jurídica, política y cultural tan estricto cuando la herencia colonial había sido la capacidad de adaptación de las instituciones jurídicas castellanas al entorno de las Américas y a la efectividad huyendo de disquisiciones estrictamente positivistas y aproximándose a un enfoque de realidad del derecho. Este hecho es ilustrativo sobre la idea compleja o la concepción amplia de las transiciones políticas puesto que demuestra que el periodo de democratización es sólo el final de un largo camino. En el caso colombiano, la pluriétnicidad y multiculturalidad del país y de la nación no sería reconocida hasta finales del siglo XX, con sus partidarios y con sus detractores, con sus elementos de cohesión y sus elementos de quiebre y con una aceptación débil por parte de los destinatarios directos de tal proclama:

“Para nosotros es extraño que una ley cambie, como es el caso de los *bunachis* o civilizados, nos es extraño pero lo respetamos... Sí, no es extraño, no porque no lo entendamos sino porque para nosotros la ley es la permanencia, el permanecer como indígenas conforme a nuestra ley, conforme

³⁸ CRUZ BARNEY, O., *Historia del derecho indiano*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2012.

a nuestro origen y tradición. (...) La nueva Constitución de Colombia no es nuestra ley de origen, pero sí ayuda a cumplir el mandato de los primeros padres, reconociendo nuestro territorio, bien podríamos incorporar en equilibrio elementos de esta Constitución, previo cumplimiento de los requisitos tradicionales.”³⁹

Esta idea de aceptación limitada del pacto constitucional por las poblaciones indígenas supone la presencia de una cierta fragilidad institucional:

En 1886, la prioridad es el cese de la violencia y no la constitución de un clima político de entendimiento como tal. Esta es una etapa fundamental en el camino hacia la democratización, la pacificación. No obstante, es cierto que las teorías provenientes especialmente de Francia, sobre el centralismo en su vertiente más pura, derivaron en una aplicación tajante y extrema del principio de unidad nacional sobre la base de que un Derecho sólido, fuerte y único terminaría por generar un clima distendido y unificado en Colombia en esa concepción del Derecho como fuente legitimadora del poder, obviando el elemento de funcionalidad o legitimidad social que requiere la aplicación práctica del Derecho. Lo expresado por Kancha Navinquma respecto a la Constitución de 1991 supone la generación de un debate presente en Colombia desde su independencia: la condición de ciudadano de los pueblos indígenas.

El desconocimiento en 1886 de la cuestión indígena fue sólo en sede constitucional ya que, en materia legislativa, la tendencia fue la expulsión de los pueblos indígenas de los dictámenes constitucionales, convirtiéndolos en una categoría diferenciada de sujetos fuera del orden constitucional. En este sentido, es la Ley 89 de 1890 la que recoge los principios aplicables a los pueblos indígenas sobre cuatro ejes:

Primero, la no aplicación de la legislación nacional a los pueblos indígenas. La Organización Indígena de Colombia intervino en sede constitucional defendiendo la legalidad de estas disposiciones en una demanda de inconstitucionalidad presentada tras la entrada en vigor de la Constitución Colombiana de 1991 y entendiendo la citada Ley 89 de 1890 como una conquista de la comunidad indígena que les permitía mantener su propia legalidad.

³⁹ Carta de Kancha Navinquma a Lorenzo Muelas.

Segundo, la atribución a las misiones religiosas de las funciones políticas en relación con las comunidades indígenas con base en lo dispuesto en el Concordato de 1887 sin existencia de un control gubernamental sobre las labores eclesiásticas.⁴⁰

Tercero, el mantenimiento de los resguardos y la atribución de competencias jurisdiccionales a los cabildos.

Y, en cuarto lugar, la asimilación del indígena al menor de edad a efectos legales como mecanismo de protección en la enajenación de los bienes.

Como analizaría B. E. Sánchez, la tendencia al aislamiento propia de los conservadores colombianos supuso un beneficio para los indígenas, al menos, en el plano del mantenimiento de sus costumbres tradicionales y reglas propias, totalmente distinto al enfoque de asimilación total por el que habían optado los liberales colombianos de principios del siglo XIX.⁴¹

No obstante, esta aproximación no obvió la aplicación de la ley general al indígena en el sentido de que si bien las comunidades indígenas estaban sujetas a las cuatro condiciones expuestas, el indígena como individuo quedaba bajo el principio de igualdad formal en todos los ámbitos jurisdiccionales sin que existiesen mecanismos alternativos, reconocimiento de la ley indígena, determinación legal del concepto indígena o reconocimiento como entidad cultural, política diferenciada o autónoma dentro del Estado. Se plantearon diversos conflictos entorno a la imputabilidad, especialmente en el plano de lo penal, donde la responsabilidad objetiva era el principio esencial para la determinación de la culpabilidad. Los principales debates los resume bien Díaz Müller:

“En primer lugar, lo que llamaríamos el criterio de la igualdad formal ante la ley (...) El criterio de la diversidad legal, esa opinión sostiene que el indígena vive en América al margen de las actividades sociales y políticas, no ejerce los derechos que las leyes conceden a todos los ciudadanos y ni

⁴⁰ GARCÍA, A., “Indigenismo en Colombia: génesis y evolución”, *Boletín de Arqueología*, vol. 1, nº1, 1945, pp. 52-71, p. 63.

⁴¹ SÁNCHEZ, B.E., “El reto del multiculturalismo jurídico: la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”, en BOAVENTURA DE SOUSA S. y MAURICIO GARCÍA V. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, vol. 2, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, pp. 5-139, p. 16.

siquiera habla el mismo idioma oficial, ni lo comprende; su posición es muy distinta a la del blanco y el mestizo; no participa en los beneficios de la civilización; es un inadaptado a todos los artificios de la sociedad actual; porque adolece de una timidez congénita y una tristeza absoluta inconsciente.”⁴²

Se trata de un debate que se extiende desde las primeras revoluciones liberales hasta hoy y que ha marcado los procesos de independencia y transición de muchos de los territorios colonizados por los europeos y caracterizados por una amalgama de costumbres y etnias distintas. No es otro que el relativo acerca de qué define la civilización en términos jurídicos: ¿las instituciones, el Estado de Derecho, las constituciones, la convivencia pacífica? Trasladado al ámbito democrático e internacional de hoy donde el modelo de justicia es el de los Derechos Humanos, supone la necesidad de flexibilizar determinados criterios propios de las revoluciones liberales que desencadenaron el proceso de garantía y reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales como garantes frente a la tiranía del poder para poderlos hacer plenamente efectivos de forma universal. Puede decirse que, el concepto liberal de derechos y libertades como derechos y libertades fundamentales choca con la protección a colectivos específicos y, por extensión, con los llamados derechos colectivos dentro de los cuales encajarían los de las comunidades indígenas, tendentes a la protección de grupos que se encuentran en alguna circunstancia de vulnerabilidad. En la Colombia de 1886, el movimiento regeneracionista y conservador rehúye estas consideraciones entendiéndolas como trabas al movimiento unificador y aparta al colectivo de la intervención estatal; en la Colombia anterior, los principios liberales se aplicaban con total firmeza y entre ellos, la igualdad formal era un principio básico extendido al conjunto de la ciudadanía. La cuestión es si es posible mantener el fundamento de esos derechos y libertades fundamentales originales y, al mismo tiempo, proteger de forma especial a los colectivos y a los individuos que los conforman cuando para la realización plena de los mismos, es necesario introducir elementos jurídicos diferenciados. Ese es el debate y la problemática que se enfrenta hoy como una herencia de las raíces

⁴² DÍAZ MULLER, L., *Análisis comparado de las legislaciones sobre indígenas en América Latina*, Informa al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 107.

MEMORIAS DE UNA COLOMBIA DIVIDIDA

históricas y jurídicas de los sistemas de derecho establecidos a partir del siglo XIX y no puede obviarse el papel protagónico que las comunidades indígenas representan en él ya que frente a otros colectivos vulnerables, estas cuentan con un cierto nivel de subjetividad internacional y trascendencia histórico-política ineludible.