



Opinión Jurídica

ISSN: 1692-2530

mbocanument@udem.edu.co

Universidad de Medellín

Colombia

García Villegas, Mauricio

Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano

Opinión Jurídica, vol. 4, núm. 8, julio-diciembre, 2005, pp. 53-71

Universidad de Medellín

Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94520495003>

- ▶ 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

APUNTES SOBRE CODIFICACIÓN Y COSTUMBRE EN LA HISTORIA DEL DERECHO COLOMBIANO

Mauricio García Villegas

Recibido, agosto 10 de 2005
Aprobado, septiembre 22 de 2005.

RESUMEN

Este ensayo se refiere al autoritarismo y a la ineficacia del derecho en Colombia y América Latina. Aquí se intenta mostrar que estos rasgos se han mantenido, no obstante las revoluciones políticas y los cambios en la letra y la concepción del derecho. El paso de una situación en la que predominaba la costumbre jurídica – en la Colonia – a otra en la que predominaba el código y la legislación – la República – no sirvió para atenuar y menos aún para eliminar las características anotadas.

PALABRAS CLAVE

Eficacia jurídica, historia del derecho, codificación, autoritarismo jurídico.

ABSTRACT

This essay refers to the authoritarianism and to the inefficiency of Colombian and Latin American law. Here it is intended to show that these traits have been maintained in spite of political revolutions and changes in writing and conception of law. The change from a situation in which juridical custom prevailed (in the colonial period) to another one in which code and legislation prevailed (the Republic), did not help in either to lessen or eliminate above mentioned characteristics.

KEY WORDS

Juridical Efficiency, history of law, coding, juridical authoritarianism.

Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano

Introducción

La relación entre derecho y realidad social es tan importante como difícil de evaluar. Importante porque casi todos los intentos de cambio social pasan por el derecho: las políticas públicas se traducen en normas, y éstas terminan siendo las depositarias de la esperanza de cambio que encarnan dichas políticas. Compleja, porque el derecho suele ser sólo una de las variables que intervienen en una receta de cambio o en una política pública. En contra de las apariencias, cuando el derecho no cuenta con ciertas condiciones culturales y políticas favorables, lo cual suele ser el caso en nuestros países, sus contenidos son maleables y manipulables. Debido a que las necesidades de cambio social son más urgentes, imperiosas y evidentes en estos países, se suele creer que basta con consagrar dicho cambio en el derecho para tener los resultados esperados. De esta manera se sobreestima la capacidad del derecho para producir cambios sociales y se olvida que, parte del cambio requerido, se encuentra en el contexto social y cultural que se necesita para que el derecho funcione. Más que de nuevas normas para cambiar la realidad social, lo que hace falta es una nueva realidad social a partir de la cual las normas que se requieren resulten efectivas. El derecho no es una variable externa al subdesarrollo, sino que está inscrito en su misma lógica.

En este ensayo me refiero al autoritarismo y a la ineficacia del derecho en Colombia y América Latina e intento mostrar que estos rasgos se han mantenido no obstante los cambios en derecho. El paso de una situación en la que predominaba la costumbre jurídica – en la colonia – a otra en la que predominaba el código y la legislación – la República – no sirvió para atenuar y menos aún para eliminar las características anotadas. Dicho en términos más teóricos, las fuentes sociales y

políticas del derecho pueden cambiar –costumbre o codificación – y no obstante seguir teniendo los mismos efectos en el entorno social.

1. La Colonia

El régimen colonial español fue el producto de la incorporación, adaptación y transformación del derecho metropolitano español, arraigado en la tradición medieval *iustiticia naturalista* europea, a las circunstancias complejas y variables que tuvieron lugar por aquel entonces en los territorios coloniales (Cutter 1999). El derecho español estaba consagrado en documentos tales como *El Ordenamiento de Alcalá* (1384) *Las Leyes de Toro* (1505), *La Nueva recopilación de Castilla* (1567) y *La Novísima Recopilación de Castilla* (1805). Subordinados a tales normas estaban los fueros o cartas municipales, los cuales debían ser aplicados a falta de norma real. En tercer lugar estaban las normas de derecho romano y canónico contenidas en *Las Siete Partidas* de Alfonso X. Inicialmente, en las Indias españolas se aplicaban las normas producidas en el régimen de Castilla. En 1614, sin embargo, Felipe III determinó que sólo tendrían vigor aquellas normas formuladas de manera específica para los territorios coloniales. Así se creó la *Recopilación de las Indias* de 1680 y el inicio de un orden legal específico en la América española.

Pero el derecho originado en Castilla sólo era una fuente normativa entre otras, si bien, desde el punto de vista puramente formal, se le consideraba superior a las demás. Las normas locales emanadas de los virreyes, las audiencias, los gobernadores, los corregidores, los alcaldes y los cabildos, muchas de ellas fundadas en la costumbre y la equidad, comprendían el grueso del derecho aplicado en las Indias y a este se le conoce como *derecho indiano criollo*. A medida que se desarrollaba el régimen colonial, las fuentes locales del derecho, y en particular la costumbre, fueron ganando terreno.

de tal manera que a finales del siglo XVIII el derecho indiano criollo había adquirido una entidad sustancialmente diferente a la del derecho castellano.

El resultado de la transferencia legal, desde España, a más de cinco mil kilómetros de distancia, hacia las Indias españolas, fue la creación de un derecho original y dotado de vínculos difusos frente a sus fuentes españolas. La relativa autonomía del derecho indiano con respecto al derecho español ha dado lugar a una interpretación crítica, en buena parte propiciada por los líderes de la ilustración criolla del siglo XIX, según la cual el Derecho Indiano se caracterizaba por su autoritarismo y su ineficacia.

Recientemente, sin embargo, esta interpretación ha sido puesta en tela de juicio por autores menos interesados en la descalificación pura y simple del derecho colonial que en la comprensión de sus funciones y de su lógica interna.

Esta visión interpretativa del derecho Indiano pone de presente, ante todo, el carácter de los destinatarios de las normas. La sociedad colonial estaba fundada en una concepción orgánica y católica, en la cual poca cabida tenían las nociones de individuo o de derechos. Dicha concepción favorecía las relaciones jerárquicas, las prerrogativas y el poder fundado en la autoridad. A falta de individuos, en el sentido moderno, había corporaciones que detentaban lo esencial del poder político, moral y económico.

En el ámbito jurídico se hacía la distinción entre justicia y derechos, en acuerdo con la diferencia establecida por el Derecho Romano entre *ius* y *lex* (García-Pelayo, 1968). La justificación esencial del derecho era la realización de la justicia, siendo la ley un mero instrumento en la búsqueda de este propósito. La primera función del rey era la de administrar justicia.

Con el paso del tiempo la palabra derecho y la palabra *ius* se utilizaron como sinónimos en contraste con las leyes. El juez colonial cumplía una función primordial en este esquema prepositivista. En efecto, en una situación de precariedad del derecho escrito, debida a la novedad de las circunstancias coloniales y a la

dispersión e incomunicación extremas entre las poblaciones³, las audiencias y demás instancias judiciales cumplían un papel integrador y legitimador de gran importancia. C. H. Haring considera que las audiencias fueron las instituciones más importantes del gobierno español en las Indias, mucho más que sus similares *cancillerías* en España (Haring 1947). A través de la flexibilización de los contenidos jurídicos, las audiencias lograron conciliar la validez hispánica del derecho indiano y el principio de autoridad real, con las necesidades y los intereses propios de la sociedad colonial. La discreción judicial, conocida como *arbitrio judicial*, fue el mecanismo legal que permitió adaptar la legislación a las necesidades e intereses locales de tal manera que se evitaran las decisiones irrazonables.⁴ Para lograr este propósito era indispensable que la costumbre y la equidad fuesen fuentes primordiales del derecho aplicado por los jueces y por la administración.⁵

Así pues el derecho creado en la América hispánica estuvo marcado por las condiciones específicas de estos territorios. Entre ellas sobresalen su lejanía respecto de la metrópoli, la diferenciación e incomunicación entre las localidades coloniales y la existencia de una visión social denominada "organismo católico" a partir de la cual se favorecía la posición para-estatal de la iglesia.

Para los historiadores clásicos, el derecho indiano era esencialmente autoritario e ineficaz. Sin embargo, ambas nociones – autoritarismo e ineficacia – son complejas y requieren de explicaciones que pongan de presente sus matices. En primer lugar, respecto de la ineficacia, el ordenamiento jurídico indiano tenía grandes dificultades para permear y determinar la realidad social colonial y en este sentido puede decirse que era ineficaz. Sin embargo, es conveniente diferenciar varios tipos de normas dentro del ordenamiento colonial. Siguiendo a lo dicho por Víctor Anzoátegui, podemos distinguir tres tipos de normas (Tau Anzoátegui 1992:12). Las primeras comprendían aquellas disposiciones emanadas en España del Consejo de Indias⁶ o en el siglo XVIII de la Secretaría de despacho. En segundo lugar estaban las normas recogidas en compilaciones o cedularios, tales como la Recopilación oficial de

1680. Finalmente, estaban las disposiciones dadas en América por los virreyes, las audiencias, los gobernadores, alcaldes, cabildos etc., conocidas como derecho indiano criollo. Es sólo en relación con los dos primeros tipos de normas que podemos hablar de notable ineficacia del Derecho Indiano. Ahora bien, el atributo de ineficacia tiene sentido desde una perspectiva estática, a partir de la cual se constata una brecha entre lo prescrito por el derecho producido en España y el derecho aplicado en los territorios coloniales. Desde una visión dinámica, en cambio, la ineficacia ya no aparece tan clara, sobre todo si se tiene en cuenta que lo que había en el mediano y largo plazo era una adaptación y acomodamiento del derecho indiano criollo a la realidad social y política reinante.

En cuanto al autoritarismo, el derecho indiano era la expresión jurídica de un régimen político fundado en la superioridad española y católica sobre la voluntad individual o colectiva de los súbditos americanos. En este sentido el calificativo de autoritario no parece irle mal. Por algo se trataba de un imperio. Sin embargo, desde el punto de vista colonial, o interno, las cosas parecen más complejas. En primer lugar, según la axiología jurídica *iusnaturalista* que fue impuesta en las Indias y que tuvo expresión en innumerables textos de doctrina y legislación desde los pioneros de San Isidro – o Isidoro - de Sevilla hasta los de Santo Tomás de Aquino, pasando por las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, las normas del derecho debían estar fundadas en la razón, la ruda equidad⁸ y el bien común o, de lo contrario, perdían su naturaleza⁹. El derecho debía ser justo para que fuera derecho. Esta dependencia de la validez jurídica respecto de los contenidos justos creó en los jueces y administradores locales un tipo de práctica jurídica favorable a la interpretación y adaptación del derecho. La fórmula "se obedece pero no se cumple" ilustra bien esta práctica¹⁰ que, sin duda, estaba comandada por los intereses y la visión del mundo de una pequeña élite gobernante ligada al poder español y eclesiástico de la época, y en tal sentido el autoritarismo era evidente; sin embargo, el hecho de que dicha élite debiera dar

razones de buen gobierno para obtener el cumplimiento por parte de los súbditos creaba límites al ejercicio arbitrario del poder¹¹, tanto más importantes cuanto dicha élite gobernante se encontraba con frecuencia escindida a causa de intereses regionales y de clase.

La concepción jurídica según la cual el derecho escrito o positivo es sólo un primer paso en la definición del derecho aplicado, lo cual se logra luego de un proceso de interpretación, evaluación y adaptación de sus contenidos a las circunstancias específicas en las que se aplica, todo ello en unión con la conciencia popular de que dicha interpretación y adaptación se hacía en acuerdo con los intereses de la élite política dominante, fue creando a través de los siglos una cultura del uso instrumental del derecho, no sólo por parte de los ciudadanos, sino también de los gobernantes. El derecho es así flexibilizado y adaptado para servir a fines privados y públicos. En condiciones de precariedad hegemónica del poder político, como las que caracterizaron a los gobiernos del siglo XIX en casi toda América Latina, esta cultura se alimentaba ampliamente de razones ligadas a la ilegitimidad del poder político para obstaculizar los intentos de construcción de un Estado de derecho fundado en una concepción jurídica positivista. Incluso la Iglesia católica, debido a su inescindible maridaje con el poder político, se veía afectada por esta actitud de desconfianza y recelo frente a la autoridad española y a sus normas. "... el ser católico – dice Lynch – no implicaba tener una intensa convicción de lealtad hacia la iglesia: liberales y anticlericales eran nominalmente católicos y solían acatar sus normas prácticas, más que la religión como tal" (Lynch 1987).

2. La república: Codificación y subordinación de la costumbre

Con el advenimiento de la independencia de España, el derecho colonial, fundado en la costumbre local, fue incluido en la lista de los males imperiales que debían ser eliminados y sustituidos por instituciones modernas. La codificación, venida

“... Los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación y su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que se cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten inexcusablemente al orden público”.



de Francia, surgió así como el sustituto ideal para reemplazar el viejo derecho indiano.

La identificación del derecho con la ley es un legado de la Revolución Francesa y de su influencia en la inspiración del Código de Napoleón de 1804. Los seis primeros artículos del título preliminar de este código contienen todo un paradigma jurídico político que identifica derecho y ley.¹² Tal identificación no es explícita, pero se deduce claramente de la redacción de los artículos, los cuales desarrollan un concepto de derecho que sólo tiene por fuente la ley.¹³ Al llegar a España el código de Napoleón choca con una concepción tradicional que no sólo establecía la pluralidad de fuentes jurídicas –legislación, costumbre, jurisprudencia– sino que desconocía la existencia de fronteras claras entre religión e interpretación de aquellas fuentes. No obstante, el código civil francés, con su vocación universalista y racional, fue objeto de una recepción entusiasta por parte de juristas simpatizantes del proyecto modernista francés. Sin embargo, este entusiasmo no se ve del todo reflejado en la constitución de Cádiz de 1812, la cual, si bien en algunos de sus apartes parece identificar el derecho con la ley prefiere la adopción de una concepción constitucionalizada de los derechos, idea esta que provenía en parte de la legislación de Haití, en la cual el elemento central no era la ley sino la protección de los derechos individuales¹⁴ y, por supuesto, de la revolución estadounidense de 1776.

En estas primeras batallas entre codificación y derechos será la primera la que saldrá airosa tanto en España como en América Latina.¹⁵ En el nuevo continente la influencia francesa se inicia con el código civil de Oaxaca que se promulga por partes entre 1827 y 1829 y cuyo título preliminar es una versión del código de Napoleón.¹⁶ Le siguen los códigos de Bolivia (1831), Costa Rica (1841) y República Dominicana (1845). Pero es el código civil chileno de 1855 el más representativo e influyente de las compilaciones civiles que se hicieron durante la segunda mitad del siglo XIX en América Latina¹⁷. El título preliminar de este código contiene 6 secciones que desarrollan el concepto,

la promulgación, los efectos, la interpretación, el entendimiento y la derogación de la ley. El derecho es aquí entendido como la ley, la cual es percibida como una declaración de la voluntad soberana que sólo puede ser interpretada por el legislador. La voluntad soberana expresada en la constitución, por una parte y la costumbre, proveniente de la realidad social, por la otra, las cuales se ubican en los dos extremos de una trilogía en donde la ley es el punto intermedio, son, en la práctica jurídica, subsumidas en la voluntad del legislador. La trilogía es simbólica, no instrumental. La costumbre es reconocida, pero únicamente cuando es remitida por la ley. De esta manera se consagra la marginalidad jurídica del *Derecho Indiano* y con ella el desencuentro del derecho moderno con la realidad social. La jurisprudencia, por su parte, sólo tiene validez respecto de los casos concretos a los cuales se refiere. Es cierto que el legislador decide en consonancia con la constitución, pero ésta, la constitución, es aquí una mera referencia abstracta, producto de la idea roussoniana según la cual la voluntad soberana – en este caso encarnada en el legislador¹⁸ – es la fuente de la constitución.¹⁹ De esta manera el código presupone no sólo una identidad entre ley y derechos sino también entre soberano y ley. La vía constitucional queda reducida a la vía legal. Una muestra elocuente de esta subordinación constitucional se encuentra en la incorporación que hace el código civil colombiano - copiado del código de don Andrés Bello - del título III constitucional sobre los derechos con el objeto de darles una presencia que no tenían en medio del documento constitucional. Era tan claro que la ley era la fuente de todo el derecho y que si la constitución era superior a la ley ella sólo lo era en un plano simbólico, por lo demás muy débil, que la incorporación constitucional en el código civil era la mejor manera de remediar, al menos en el plano retórico, la penuria de los derechos.

El código civil chileno de don Andrés Bello fue adoptado casi sin modificaciones por Colombia en 1873 durante la vigencia del régimen federal.²⁰ En Colombia se estableció entonces que "la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada

en la forma prevenida en la constitución nacional" (art. 4). La costumbre, por su parte "... en ningún caso tiene fuerza contra la ley" (art. 8) y "la ignorancia de la ley no sirve de excusa" (art. 9). Un reforzamiento similar de la primacía de la ley tuvo lugar en los códigos civiles de Venezuela, promulgado en 1862, así como los de Uruguay de 1868, Paraguay de 1876, Argentina de 1869 y México en 1870. Este último fue renovado con modificaciones mínimas en 1884 y 1928. Sin embargo, es importante señalar que el texto de 1928, promulgado en plena época revolucionaria, es menos enfático en la exclusión de la costumbre. Si bien el artículo 21 establece que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (art. 21) también consagra este sorprendente párrafo:

"... los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación y su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que se cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten inexcusadamente al orden público".

Sin embargo, este reconocimiento de la costumbre y con ella de una realidad por lo general extraña al proyecto moderno de los códigos fue una excepción en el continente. Se impuso, en cambio, un sistema de normas, valores y comportamientos elaborados bajo el supuesto de su racionalidad y universalidad y que, en consecuencia, no podían sino desconocer una realidad social heterogénea y multicultural que difícilmente se acomodaba a tales categorías normativas, empezando por la existencia de barreras lingüísticas que impedían a la población indígena, muchas veces mayoritaria, acatar lo dispuesto por una élite gobernante criolla y citadina.²¹ El consenso entre gobernantes y juristas del siglo XIX en relación con la prevalencia de la legislación tanto sobre la costumbre como sobre el principio de equidad aplicado a través de la jurisprudencia, es un fenómeno político no sólo poderoso sino también sorprendente, debido al

poco peso que tuvieron las voces y los hechos que se opusieron.²² Quizás ello pueda ser explicado por el hecho de que la unidad nacional y la consolidación de un principio unificador – en este caso el ideal de la ciudadanía – eran percibidos como el desafío fundamental que debían enfrentar los Estados del siglo XIX en América Latina. El reconocimiento de la costumbre y de la equidad era poco funcional a estos propósitos. De otra parte, la recepción de las ideologías jurídicas, en especial aquellas que provenían de Francia y Estados Unidos, siempre se hicieron a partir de las grandes consignas políticas del momento, de tal manera que se dejaba de lado el debate técnico-jurídico más específico y elaborado. Esto responde desde entonces a las necesidades de apropiación política de los discursos jurídicos que en América Latina siempre han sido percibidas como más apremiantes que en otras latitudes.

3. La incidencia social del derecho republicano

La independencia de España trajo consigo cambios radicales en la simbología jurídica y política. La ilustración impuso una visión del mundo contraria al organicismo social, católico y jerarquizado y favorable a la igualdad formal y al individualismo. Pero tales cambios discursivos no trajeron consigo las transformaciones radicales de las relaciones sociales y de poder, que pretendieron los primeros historiadores de la independencia. Los cambios normativos no produjeron una realidad jurídico-política nueva; más bien se adaptaron y acomodaron a las necesidades e intereses coloniales de manera parecida a como el derecho indiano había logrado conciliar los contenidos jurídicos españoles con las necesidades e intereses coloniales.

Al momento de la independencia era notable la falta de experiencia política y administrativa de las colonias hispánicas.²³ Esta carencia favoreció la adopción de modelos de organización política provenientes de otras revoluciones y determinó una especie de hipercentralidad del tema

constitucional en el debate político²⁴ a partir del cual se instauró un nuevo tipo de maridaje entre política y derecho. El debate constitucional, sin embargo, no fue un debate puramente técnico sobre diseño institucional. Sus contenidos estuvieron altamente politizados y alimentados por una amplia oferta de ideologías. Entre ellos estaba, desde luego, la ilustración. Sus ideas penetraron en el mundo colonial, por diversas vías y en distintos contextos (Romero 2001), algunas veces divulgadas por pensadores españoles, otras veces por próceres de la independencia que hicieron viajes a Europa²⁵. Obras de autores tales como Diderot, D'Alembert, Voltaire, Rousseau, Locke y Hobbes fueron leídas con relativa libertad en todo el continente y de manera particular en México, Perú y la Nueva Granada.²⁶ Los acontecimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos de finales del siglo XVIII confirmaron la fuerza política de las ideas de la ilustración y por ello tuvieron gran incidencia en la ideología revolucionaria latinoamericana.²⁷

La recepción de estas ideas revolucionarias no se hizo de manera directa, ni homogénea ni pacífica. En ello influyeron tanto las condiciones materiales o económicas, como las condiciones ideológicas o políticas que existían al momento de la recepción de tales ideas. Este complejo entramado de condiciones hizo que las ideas de la ilustración terminaran operando en complejas combinaciones con otros idearios políticos.

De otra parte, las ideas de la Ilustración fueron atenuadas y moldeadas por el pensamiento conservador, católico y autoritario que prevalecía en las colonias hispánicas de finales del XVIII y que se justificaba bajo la consigna real de introducir orden y cristiandad en comunidades indígenas más o menos indómitas.²⁸ La tradición conservadora no sólo dio lugar a la justificación pura y simple del autoritarismo, sino también a discursos políticos híbridos destinados a la defensa de la monarquía. Este es el caso del escritor español Gaspar Melchor de Jovellanos, quien defendía la idea de soberanía indivisible, al estilo Rousseau, para justificar la autoridad del rey.²⁹

Pero el pensamiento autoritario colonial no siempre tenía origen conservador; en ocasiones se fundaba en la necesidad de producir una rápida transformación igualitaria desde el Estado. Así, por ejemplo, de las ideas roussonianas, casi metafísicas, de "volonté générale" y "soberanía popular" surgieron dos tipos de planteamientos políticos revolucionarios. Por un lado, estuvieron aquellos líderes políticos radicales que, muy influenciados por el pensamiento jacobino, defendían la idea de que todo el poder debía ser entregado al pueblo y que una nueva era social y política debía ser construida a partir del derrumbe del *ancien régime*.³⁰ Otros, en cambio, estimaban que la interpretación radical de la soberanía popular era inadecuada dadas las condiciones de atraso, marginalidad e inexperiencia política del pueblo y que, en consecuencia, debería crearse un Estado fuerte, una especie de Estado de excepción, que pudiera facilitar la transición hacia una verdadera democracia.³¹ La lectura de los autores de la Ilustración con frecuencia sirvió para legitimar un cierto despotismo ilustrado que se justificaba y causaba al mismo tiempo en la ausencia de una modernidad consolidada (Jaramillo Vélez 1998); (Jaramillo Uribe 1996). Por esta vía se fomentaron el caudillismo³² y el voluntarismo político cuya manifestación más reciente se encuentra en los regímenes llamados populistas (Touraine 1988).

Pero no sólo el derecho era autoritario, también era ineficaz o incapaz de determinar los comportamientos sociales. Una expresión de esta incapacidad se encuentra en el fenómeno del pluralismo jurídico. En tiempos de la colonia el pluralismo jurídico fue legalmente rechazado. Así se estableció desde finales del siglo XVI con fundamento en una política de asimilación cultural³³ y dominación política de los pueblos indígenas. La exclusión del pluralismo *de jure*, sin embargo, dio lugar a un pluralismo *de facto*: múltiples órdenes legales y códigos de conducta asociados a clases, regiones y culturas coexistieron no obstante las pretensiones españolas de unificación jurídica.³⁴ Sin embargo, la coexistencia de órdenes normativos diferenciados tenía un cierto reconocimiento legal a través de la aceptación y

promoción que el derecho indiano hacía de la costumbre jurídica. Esto hizo posible que el derecho indiano perdurara como mecanismo importante del poder colonial español, no obstante su ineficacia y su autoritarismo. Con el advenimiento de la república, la costumbre fue prácticamente anulada por la ley codificada, única expresión válida de la voluntad democrática y soberana. Según el ideario revolucionario, el reconocimiento jurídico de la costumbre era el mecanismo mediante el cual se entronizaban los privilegios y el autoritarismo colonial. Los ideólogos de las repúblicas veían en la codificación un remedio para estos problemas y un instrumento para crear un nuevo ordenamiento fundado en la igualdad ciudadana. Sin embargo, estas intenciones no dieron al traste con la heterogeneidad social que sustentaba el pluralismo jurídico y, por el contrario, debido a la decisión de excluir la costumbre jurídica, contribuyeron a la disociación entre normas y hechos.

Conclusión

Frente a los grandes cambios jurídicos es conveniente adoptar una actitud escéptica. Con mucha frecuencia sucede que el énfasis en el cambio jurídico es un reflejo del déficit de cambio social. En América Latina las incapacidades del sistema político suelen ser ocultadas bajo la práctica institucional del reformismo jurídico. Mientras más dificultades existen para cambiar una realidad social, más frecuente es que los intentos de cambios se consagren en fórmulas jurídicas. A falta de cambios reales se tienen cambios simbólicos. La independencia creó un nuevo derecho pero las prácticas sociales permanecieron por mucho tiempo. Esto no significa, sin embargo, que todo derecho sea inocuo y que el cambio social sea completamente ajeno al derecho. En ocasiones las instituciones y el derecho tienen una incidencia determinante en las transformaciones sociales.

Hay pues que evitar dos concepciones opuestas sobre el derecho y su capacidad para incidir en la sociedad. La primera de ellas considera que las normas jurídicas son simples epifenómenos sociales

que por sí mismos no tienen mayor significado. Solo el estudio de las relaciones sociales, y en particular de las relaciones económicas, puede dar una idea clara del sentido y alcance de los contenidos jurídicos. Según esta concepción, que durante la segunda mitad del siglo XX tuvo expresión en el Marxismo, las normas jurídicas son instrumentos políticos dependientes del poder dominante.³⁶ En contraste con ésta, una segunda concepción estima que el derecho es un campo de acción social dotado de autonomía y capacidad para traducir sus postulados en realidades sociales. La historiografía de la Ilustración difundió esta manera de pensar que hoy en día sigue teniendo buen recibo en círculos gubernamentales encargados de diseñar las políticas públicas. Ambas teorías tienen una visión del derecho de tipo

instrumental; es decir consideran que lo jurídico es una herramienta para modificar – o mantener – una realidad social que le es externa. En este sentido se oponen a una tercera visión de tipo constructivista – que aquí se adopta – según la cual entre el derecho y los hechos existe una relación de recíproca incidencia (Botero 2004; Botero 2005). El derecho juega un papel importante en la configuración de la realidad social, o como se diría desde la sociología, el derecho juega un papel constitutivo de las relaciones sociales. Sin embargo, ello no significa que la incidencia social del derecho pueda ser percibida con independencia de los hechos sociales dentro de los cuales opera. Normas y hechos históricos deben ser comprendidos en la plena complejidad de sus relaciones de influencia recíproca.³⁷

BIBLIOGRAFIA

- ABEL, RICHARD. 1982. *The Politics of Informal Justice*. Academic Press, New York.
- AGUILERA, Mario, Vega Cantor. 1998. *Ideal democrático y revuelta popular*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Cerec.
- AGUILERA, Miguel. 1960. *Raíces lejanas de la independencia*. Bogotá: Editorial Kelly.
- ARNAUD, A-J. 1973. *Essai d'analyse Structurale du Code Civil Français. La Règle du jeu dans la paix bourgoise*. Paris: LGDJ.
- BASTERRE y ZABALA, Ramón de. 1970. *Los navíos de la Ilustración: una empresa del siglo XVII*. Madrid: Editorial Cultura Hispánica.
- BENDA-BECKMAN, Franz von (1979) . . . 1979. *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationships Through Time in Minangkabau West Sumatra*. The Hague: Nijhoff.
- BENDA-BECKMAN, Franz von and Tanya, Taale (1992) . . . 1992. *The Changing Laws of Hospitality: Guest Labourers in the Political Economy of Rural Legal Pluralism*. Wageningen, The Netherlands: Agricultural University Wageningen.
- BERRUEZO, María Teresa. La participación americana en las Cortes de Cádiz: 1810-1814. Prólogo de José Luis Abellán. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1986.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. 1998. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad.
- BOLÍVAR, Simón. 1979. *Obras Completas*. 2 ed. Bogotá: Fica, Tiempo Presente, Ecoe Ediciones.
- BOTERO, Andrés. 2003. *Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos*. Medellín: Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis.

- BOTERO, Andrés. 2004. *Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica*. En: Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Norte (Barranquilla). No. 21; p. 163-199. ISSN 0121-8697.
- BOTERO, Andrés. 2005. Una aproximación histórico-filosófica al pensamiento de David Hume: sus ideas acerca de la justicia, la propiedad y lo judicial. En: Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Volumen XVII. ISSN 0188-0837.
- BOTERO, Andrés. 2005 A. Estudio de la constitución antioqueña de 1812: modelo de lectura del constitucionalismo provincial en América Latina. Texto inédito.
- BRAUDEL, Fernand. 1968. *La Historia y las ciencias sociales*. Madrid.
- BRAVO LIRA, Bernardino. Codificación civil en Iberoamérica y en la península Ibérica, 1827-1917. Derecho Nacional y europeización. In *Fuentes de la codificación iberoamericana*, edited by A. Levaggi.
- BURKE, Edmundo. 1912. *Reflexions on the Revolution in France*. Oxford.
- BUSHNELL, Philip. 1976. Los usos del modelo: la generación de la independencia y la imagen de Norteamérica. *Revista de Historia de América* 82.
- CARRERA DAMAS, Germán. 1971. *La crisis de la sociedad colonial venezolana*, Caracas: Universidad Central de Venezuela. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- CARTER, James Coolidge. 1884. *The Proposed Codification of our Common Law*.
- CHANCE, John K. 1982. *Razas y Clases de Oaxaca colonial*, México. México.
- CHARLES, Cook M. 1981. *The American Codification Movement: A study of Antebellum Law Reform*: Westport.
- CIRIZA, Alejandra. 2000. La Formación de la conciencia social y política de las mujeres en el siglo XIX latinoamericano. *Mujeres, Política Y Revolución: Juana Azurduy y Manuela Saenz*. In *El Pensamiento Social y Político Iberoamericano del Siglo XIX*, edited by A. Roig. Madrid: Trotta.
- CLAVERO, Bartolomé. 1994. La ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América. *Quaderni Fiorentini* 23:80-194.
- CRUZ BARNEY, Oscar. 1999. Historia del Derecho en México. Mexico D.F.: Oxford.
- CUTTER, Charles R. 1999. The legal Culture of Spanish America on the Eve of independence. In *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, edited by E. Zimmermann. London: University of London.
- DA MATTA, Roberto. 1987. The Quest for Citizenship in a Relational Universe. In *State and Society in Brazil*, edited by J. D. W. e. al. Boulder Colorado: Westview Press.
- DÍAZ LÓPEZ, Laurentino. 1989. *El Derecho en América en el periodo hispánico*. Cidad de Panamá: Universidad Santa María de la Antigua.
- FORKOSCH, Morris. 1989. Custom in American. Paper read at Law in *Receuils de la Société Jean Bodin*.

- GAMIO, Manuel, ed. 1958. *Legislación indígena de México*. México.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso. 1967. Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano. *Revista del instituto Interamericano de Derecho Ricardo Levíne* 18.
- ———. 1972. La ley como fuente del derecho en Indias. In *Estudios de Historia del derecho indiano*. Madrid.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Del mito y de la razón en el pensamiento político*. Madrid: Revista de Occidente, 1968. Capítulo: "La idea medieval del Derecho".
- GARRIDO, Margarita. 1993. *Reclamos y Representaciones*. Bogotá: Banco de la República.
- GÓMEZ HOYOS, Rafael. 1962. *La revolución granadina de 1810: ideario de una generación y de una época*. Bogotá: Editorial Temis.
- GÓNGORA, Mario. 1951. *El estado en el derecho indiano. Época de fundación 1492-1570*. Santiago de Chile.
- GROSSI, Paolo. 1991. Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX. *Rivista di storia del diritto italiano* 64:5-17.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. 1982. *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Santiago.
- HARING, Clarence Henry. 1947. *The Spanish empire in America*. New York: Harbinger Books ed.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio y Enrique Zuleta. 1976. El tratamiento de la Costumbre en la codificación.
- HOOKER, M. 1975. *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press.
- IRAZÁBAL, Carlos. 1939. *Hacia la democracia: contribución al estudio de la historia económico-político-social de Venezuela*. México: Editorial Morelos.
- IRVING, Leonard A. 1953. *Los libros del conquistador*. México.
- IZARD, Miquel. 1990. *América Latina siglo XIX: violencia subdesarrollo y dependencia*. Madrid: Editorial Síntesis.
- JACOBSON, J. Mark. 1932. *The Development of American Political Thought*. New York: Appleton-Century-Crofts.
- JARAMILLO URIBE, Jaime. 1996. *El Pensamiento Colombiano en el Siglo XIX*. Bogotá: Planeta.
- JARAMILLO VÉLEZ, Rubén. 1998. *Colombia: la modernidad postergada*. Bogotá: Argumentos.
- JORDÁN PARDO, Roberto. 1990. *Poblaciones indígenas de América Latina y el Caribe*. México.
- KEEN, Benjamin. 1996. *Latin American Civilization History and Society, 1492 to the Present*, edited by B. Keen. Boulder Colorado: Westview Press.
- KÖNIG, Hans Joachim. 1994. *En el camino hacia la nación: nacionalismo en el proceso de formación del Estado Y de la nación de la Nueva Granada, 1750 A 1856*. Bogotá: Banco de la República.

- KRIELE, Martín. 1980. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- LEVINE, Ricardo. 1956. *El mundo de las ideas y la Revolución Hispanoamericana de 1810*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LEWIN, Boleslao. 1967. *Rousseau y la independencia de Argentina y América*. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria.
- LINZ, Juan, Alfred Stepan. 1996. *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, Post-Communist Europe*. Baltimore-London: The Johns Hopkins University Press.
- LIPSET. 1986. Values, Education and Entrepreneurship. *Promise of Development Theories of Change in Latin America* 39.
- LYNCH, John. 1987. *Hispanoamérica, 1750-1850: ensayos sobre la sociedad y el estado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- MANIQUIS, Robert M. et al. 1989. *La revolución francesa y el mundo ibérico*. Madrid: Quinto Centenario y Tuner.
- MCFARLANE, Anthony. 1997. *Colombia antes de la independencia: Economía, sociedad y política bajo el dominio borbón*. Bogotá: Banco de la República - El Ancora editores.
- MERRYMAN, John Henry, David S. Clark, John O. Haley ., 1994. 1994. *The civil law tradition : Europe, Latin America, and East Asia*. Charlottesville: Michie Co.
- MOORE, Sally E. 1978. *Law as Process: Anthropological Approach*. London: Routledge and Kegan Paul.
- MOORE, Sally Falk. 1986. *Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro 1880-1980*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NINO, Carlos Santiago. 1989. Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional reform in Latin America. *University of Miami Law Review*. 44:129-164.
- ———. 1992. *In país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- OCAMPO LOPEZ, Javier. 1983. *El proceso ideológico de la emancipación: las ideas de génesis , independencia, futuro e integración en los orígenes de Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- O'DONNELL, Guillermo. 1998. Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America, at Notre Dame.
- ORTIZ CABALLERO, René. 1989. *Derecho Y Ruptura: A Propósito Del Proceso Emancipador Del Perú Del Ochocientos*. Lima: Pontificia Universidad de Lima.
- ORTIZ, Sergio Elías. 1960. *Franceses en la independencia de Colombia*, Academia Colombiana de Historia. Vol. XIX, Biblioteca Eduardo Santos. Bogotá: Editorial Kelly.
- OTS CAPDEQUI, José María. 1940. *Estudio del derecho español en las indias*. Bogotá.
- OTS CAPDEQUI, José María. 1967. *Historia Del Derecho Español En América Y Del Derecho Indiano*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- PÉREZ, Joseph. 1989. La revolución francesa y la independencia de las colonias hispanoamericanas. *Cuadernos Americanos* 18.

- POSPISIL, L. 1971. *Anthropology of Law*. New York.
- RIEU-MILLAN, Marie Laure. 1990. *Los diputados americanos en las cortes de Cádiz: Igualdad o independencia*. Madrid: Consejo superior de investigaciones científicas.
- ROBERTSON, William Spence. 1939. *France and Latin-American Independence*. Baltimore: The Johns Hopkins Press.
- RODRÍGUEZ, M. 1976. *La revolución americana de 1776 y el mundo hispánico*. Madrid.
- ROMERO, José Luis. 2001. Campo Y Ciudad : Las Tensiones Entre Dos Ideologías. In *Situaciones E Ideologías En América Latina*, Medellín: Universidad de Antioquia.
- ———. 2001. *Situaciones e ideologías en América Latina*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- ———, ed. 1985. *El pensamiento político de la emancipación*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- RUIZ, Beatriz. 1989. Reflexiones sobre la revolución francesa y América Latina. *Cuadernos Americanos* 17.
- SAMPER, José María. 1969. *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas*. Bogotá: Universidad Nacional.
- SKINNER-KLEÉ, Jorge. 1954. *Legislación indigenista de Guatemala*. México: Instituto Indigenista Interamericano.
- SNYDER, Francis. 1981. *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*. New York: Academic Press.
- TAU ANZOÁTEGUI, victor. 1970. La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Paper read at III congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, at Madrid.
- TAU ANZOÁTEGUI, Victor. 1992. *La Ley en América Hispánica*. Vol. 6. Buenos Aires: Academia Nacional de Historia.
- TEJADA, Francisco. 1955. *El pensamiento político de los fundadores de la Nueva Granada*. Sevilla: GEHA.
- TERÁN, Juan B., ed. 1981. *Obras completas*. Vol. VIII. San Miguel de Tucumán.
- TOCQUEVILLE, Alexis. 1972. *El antiguo régimen y la Revolución*. México: Fondo de Cultura Económica.
- TOURAIN, Alain. 1988. *La Parole et le Sang. Politique et société en Amérique Latine*. Paris: Odile Jacob.
- UPRIMNY, Leopoldo. 1953. Capitalismo calvinista o romanticismo semiescolástico de los preceres de la independencia colombiana: Réplica al profesor Alfonsol López Michelsen. *Universitas*.
- ———, 1971. *El pensamiento filosófico y político en el Congreso de Cúcuta*. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- VALIENTE, Tomas y. 1988. *Manual de historia del derecho español*. Madrid: Tecnos.
- VALLEJO, Jesús. Ruda equidad - ley consumada: concepción de la potestad normativa (1250-1350). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

- WILLIAMS, Robert A. 1990. *The American Indian in Western Legal Thought : The Discourses of Conquest.*. New York: Oxford University Press.

CITAS

- 1. Acorde con esta opinión, las nuevas repúblicas intentaron reemplazar el derecho dúctil y variable de la colonia con un derecho predecible, racional y universal. Estas ideas también tuvieron lugar en Cádiz (1810-1814) en donde hubo una crítica importante a la Regencia y al derecho de Carlos IV como responsable de la crisis política, Ver: defensa de Argüelles de la constitución del 12, por ejemplo). Berrueto describe las acusaciones al derecho de Indias por parte de los diputados americanos en Cádiz (Berrueto, 1986, 313-314).
- 2. Sobre este tema los historiadores se dividen en dos tendencias que se conocen como la de la "leyenda negra", en un caso, y la de la "leyenda dorada", en el otro. La primera incluye a los historiadores que sostienen que la institución de la colonia trajo innumerables beneficios para el derecho y las prácticas sociales americanas, y que así mismo, el gobierno español se caracterizó por su rectitud administrativa hacia los nativos de las indias (Véase, por ejemplo (Ots Capdequí 1967; Díaz López 1989). La segunda incluye a quienes ponen el acento en la marcada desobediencia legal que se generó en la colonia y en las arbitrariedades de las autoridades locales (Véase, (Góngora 1951). Este debate se remonta a la discusión sobre la validez de las denuncias hechas por Bartolomé de las Casas.
- 3. El desconocimiento de la realidad americana – dice Tao Anzoátegui – y de sus problemas, obligó al rey y al consejo, como es sabido, a legislar con base a las informaciones obtenidas, las que generalmente eran deficientes para adquirir un conocimiento cabal de aquella realidad (...) A ello se sumaba lo heterogéneo de la vida india, que impedía reducir a reglas generales el gobierno de esas vastísimas tierras" (Tau Anzoátegui 1992)
- 4. En la recopilación de Indias se establecía que las normas reales debían ser obedecidas, "salvo siendo el negocio de calidad, que de su conocimiento se siguiera escándalo conocido, o daño irreparable,..." Véase Recopilación de indias 2.1.22; Nueva Recopilación de indias 4.14.2 Novísima Recopilación 3.4.4. Partidas 3.18.29.
- 5. Sobre la importancia de la costumbre en el derecho indiano véase (Tau Anzoátegui 1970).
- 6. El Consejo de Indias fue el organismo encargado de la administración política de América. Su creación definitiva (al separarse del Consejo de Castilla) se dio en el año de 1524 y supuso una disminución de las funciones de la Casa de la Contratación, sobre todo aquéllas relacionadas con la administración de justicia. Su organización fue similar a los Consejos existentes para ese entonces: Sala de Pleno, Presidente, Fiscales, Oidores, Letrados, auxiliares, etc. Sus funciones específicamente recaían en la administración de justicia, proponer leyes a la Corona y asumir competencia territorial sobre los aspectos políticos americanos. Se regía por Ordenanzas fijadas en el año de 1542, las cuales se mantuvieron hasta 1730 cuando el Consejo de Indias fue sustituido por la Secretaría de Marina e Indias

- 7. Y por supuesto la brecha se hacía más profunda entre el derecho producido en la capital (Santa Fe) y el aplicado en las provincias. Al respecto: Botero, 2005 A.
- 8. Vallejo, 1992.
- 9. Según San Isidro de Sevilla la ley debía ser honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza y a las costumbres del país, conveniente al tiempo, necesaria, útil y manifiesta. Por su parte, según Santo Tomás de Aquino la ley "es una ordenación racional al bien común, promulgada por autoridad que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad". Citados por Tao Anzoátegui (Tau Anzoátegui 1992). Vease igualmente (Uprimny 1953).
- 10. Que tenía ya fuertes antecedentes en la normativa de Burgos, Briviesca y Castilla. Cfr. (Botero, 2005 A); (Valiente 1988); (Cruz, 1999, p. 188-189). La posibilidad de invocar el incumplimiento de las normas a través de la fórmula "se obedece pero no se cumple" empezó a languidecer con el advenimiento del absolutismo en la segunda mitad del siglo XVIII (Tau Anzoátegui 1992).
- 11. Como los juicios de residencia, que continuaron en las constituciones antioqueñas de 1812-1815 (Botero, 2005 A).
- 12. (Clavero 1994).
- 13. El artículo cuarto dice así: "El juez que se niegue a juzgar, con pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delincuente de denegación de justicia y el artículo quinto, a su turno dice: "Se apercibe a los jueces de terminar, por vía de disposición general o reglamentaria, sobre las causas que conocen
- 14. Idem, p. 90
- 15. Es importante señalar, sin embargo, que si bien en el proceso constitucional provincial neogranadino (1811-1815) se consagra continuamente, en las constituciones, la necesidad de crear un código civil, penal y de enjuiciamiento, esa aspiración no siempre se llevó a cabo. Al respecto véase Botero, 2005 A.
- 16. Este título contiene algunas innovaciones como la que trae el artículo 8 cuando establece que todo habitante del estado está obligado a instruirse y a conocer las leyes, lo cual era una exigencia bastante onerosa en una sociedad predominantemente indígena que por lo general no leía el idioma español. Véase (Chance 1982).
- 17. Sobre su influencia en el resto del continente véase (Guzmán Brito 1982). El código fue elaborado a partir de la traducción del Código civil francés de Napoleón hecha por don Andrés Bello y contiene un estudio introductorio de Gumersido de Azcaráte. Véase (Bravo Lira; Guzmán Brito 1982).
- 18. Rousseau no defendía el sistema de representación política y por lo tanto no exaltaba al legislador debido a que en su opinión la soberanía popular no podía ser representada. La entronización francesa del legislador es obra de Sieyes y sus seguidores.
- 19. Es también cierto que aparecen otras fuentes tales como la costumbre, pero su alcance queda reducido a lo que la ley diga. Así, el artículo segundo dice que "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella". Por su parte el artículo tercero sostiene que "las

sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

- 20. (Bravo Lira)
- 21. Véase (Jordán Pardo 1990); (Hernández Gil 1976); (Williams 1990); (Skinner-Kléé 1954); (Gamio 1958); (Botero, 2005 A).
- 22. Entre los detractores de la codificación estaba el argentino Juan Bautista Alberdi quien en 1837 publica Fragmento preliminar al estudio del derecho, Buenos Aires 1955. En cuanto a los hechos estaba no sólo el triunfo de los opositores a la codificación en los Estados Unidos sino incluso en el Estado de Luisiana en donde no obstante la influencia de la cultura francesa se daba en un mayor peso a la costumbre y a la equidad. Sobre el debate acerca de la codificación en los Estados Unidos véase (Charles 1981); (Merryman 1994); (Forkosch 1989); En este debate el jurista James Coolidge sostiene que la idea de código tiene un origen despótico, propio de aquellos países en los cuales el poder despótico, absoluto o cualificado, ha sido predominante (Carter 1884); Véase igualmente (Grossi 1991).
- 23. En las colonias hispánicas – a diferencia de lo sucedido en las británicas - los criollos estaban excluidos de la administración de los asuntos públicos. A ello contribuyó el hecho de que no existía una política pública de dirección y unidad, sino más bien una concepción de empresa privada, ajena a directrices y políticas generales de unificación (Góngora 1951). Es de anotar sin embargo, que a finales del XVIII, Carlos IV da orden de fundar una universidad para americanos en la ciudad de Granada, con el fin de que sus egresados pudieran ser conocidos de cerca por las instituciones nominadoras y cumplir así encargos preferiblemente en los territorios de ultramar
- 24. El constitucionalismo es un fenómeno de gran auge en la coyuntura de la independencia. También lo es en la Europa de finales del XVII y principios del XIX. José Luis Romero sostiene que "el constitucionalismo fue casi una obsesión desde el primer momento. Sin que se pudieran establecer principios válidos de representatividad, se convocaron por todas partes congresos que debían asumir la soberanía de la nueva nación y sancionar la carta constitucional que, de arriba abajo, moldearía la nueva sociedad. Los principios parecían sólidos, indiscutibles, universales. Pocas opiniones los objetaban. Solo los contradecía la realidad social y económica, que desbordaba los marcos doctrinarios con sus exigencias concretas, originales y conflictivas" (Romero 2001)
- 25. En una carta enviada al general Santander desde Arequipa el 20 de mayo de 1825, el libertador Simón Bolívar le dice lo siguiente: "Ciertamente que no aprendí ni la filosofía de Aristóteles, ni los códigos del crimen y del error; pero puede ser que Mr. De Mollien no haya estudiado tanto como yo a Locke, Condillac, Bufón, Dalambert, Helvetius, Montesquieu, Mably, Filangieri, Lalande, Rousseau, Voltaire, Rollin, Berthot y todos los clásicos de la antigüedad, así como filósofos, historiadores, oradores y poetas" (Bolívar 1979). Sobre la influencia de las ideas de Rousseau en Simón Bolívar y Mariano Moreno véase (Lewin 1967).
- 26. Admiración especial despertaba Rousseau y su concepto de soberanía popular Mariano Moreno editó en 1810 el Contrato Social de Rousseau con la intención de difundir las ideas emancipatorias entre los jóvenes americanos.

- 27. La interpretación más extendida sobre los procesos emancipatorios en América hispánica resaltan por igual aquellas doctrinas políticas provenientes de los Estados Unidos y de Francia. Entre una amplísima bibliografía véase, por ejemplo, (Manquis 1989); (Ortiz 1960); (Robertson 1939); Basterra y Zabala(Basterra y Zabala 1970); (Carrera Damas 1971); (Gómez Hoyos 1962); (Romero 1985); (Samper 1969); (Tejada 1955); (Uprimny 1971); (Pérez 1989); (Ruiz 1989). En cuanto a la influencia de la revolución francesa de 1789 en la mentalidad política popular, ver (Aguilera 1998). Otros análisis resaltan la influencia de las ideas políticas españolas: (Aguilera 1960), quien no sólo señala tal influencia peninsular sino que la enaltece; (Jaramillo Uribe 1996). Para la revolución americana véase (Bushnell 1976); (Rodríguez 1976); (Irazábal 1939). Algunos estudios hacen una exposición tanto de las ideas francesas y norteamericanas como de las españolas: (Lynch 1987);(Ocampo Lopez 1983).
- 28. "La ilustración —dice John Lynch— de ningún modo era universal en América, ni tampoco sobrevivió intacta una vez que se implantó allí, puesto que su expansión, mermada por el conservadurismo y limitada por la tradición, fue escasa" (Lynch 1987).
- 29. La misma tesis de la soberanía indivisible fue utilizada por el diputado peruano Ramón Feliú para defender los intereses criollos en Cádiz. (Botero, 2005 A) (Rieu – Millan, 1990). Véase también (Romero 1985).
- 30. Véase por ejemplo el discurso denominado "Plan político" de José María Morelos en 1813 en donde defiende la idea de destruir todo lo que tenga relación con el antiguo régimen, incluida la poca industria existente. Véase igualmente la "Proclama" del chileno Camilo Henríquez de 1811; igualmente los discursos del argentino Bernardo de Monteagudo.
- 31. Véase, por ejemplo, el Manifiesto de Cartagena de Simón Bolívar; así mismo el discurso de Antonio Nariño en la apertura del Colegio Electoral de Cundinamarca el 13 de junio de 1813.
- 32. Para Lynch, "el caudillo era un jefe regional que derivaba su poder del control que tenía sobre los recursos locales, especialmente las haciendas lo que le otorgaba acceso a hombres y provisiones. El caudillismo clásico adoptaba la forma de bandas armadas regidas por relaciones patrón-cliente, unidos por los lazos personales de dominio y sumisión y por el deseo común de obtener riqueza mediante el uso de las armas" (Lynch 1987).
- 33. Esta fue la época en la que el poderoso vice-rey Toledo decidió terminar en los países andinos la coexistencia de estructuras legales indígenas y españolas y reemplazar dicha coexistencia por una imposición plena del derecho español
- 34. En los territorios coloniales del Asia y África, fue generalmente aceptado el pluralismo de jure. Most of the influential research-based formulations of legal pluralism have not been based on Latin American examples (see, e.g., (Abel 1982);(Benda-Beckman 1979; Benda-Beckman 1992);(Hooker 1975); (Moore 1986; Moore 1978); (Pospisil 1971); (Snyder 1981).
- 35. En las sociedades semitradicionales – dice Roberto Da Matta- "operan muchos códigos de conducta de manera simultánea, sin competir entre ellos sino complementándose... El resultado es, una multiplicidad de códigos y ejes clasificatorios que dan al sistema una alta complejidad y dinamismo peculiar" (Da Matta 1987). Stern (1982) ha mostrado cómo durante la colonia los indígenas

de los Andes, mantenían estructuras legales alternativas no obstante la imposición de adaptar sus costumbres a las nuevas normas españolas.

- 36. La llamada escuela braudeliana ilustra esta concepción del derecho. Véase (Braudel 1968) en el campo específico de la historia del derecho véase (Irving 1953); (Terán 1981).
- 37. En el campo de la historia del derecho en América hispánica ésta concepción ha sido defendida por autores tales como Mario Góngora, Ricardo Zorraquín, Alfonso García Gallo y Víctor Tao Anzoategui Véase por ejemplo (García-Gallo 1972, 1967; Góngora 1951); (Ots Capdequi 1940) y (Tau Anzoátegui 1992).