

CONSENSO DE COMUNIDAD

Aproximación histórico-jurídica al *Itinerario para Párrocos de Indios* (1668) de Alonso Peña Montenegro, Obispo de Quito

René Ortiz Caballero
Instituto Riva Agüero

INTRODUCCIÓN: TEXTO Y CONTEXTO

Dos curiosas pero explicables conjunciones posibilitan y animan este estudio histórico-jurídico; la primera, el celo pastoral de un obispo del s. XVII, urgido para orientar a los orientadores, que encuentra apoyo e impulso en una erudición singular, cuya vastedad no se circunscribe a materias eclesiales o canónicas. La segunda, se advierte en los propósitos y la anotada erudición del autor, quien para proporcionar criterios pastorales, tanto en el orden religioso como en el moral, no repara en recurrir al Derecho para sustentar no sólo la legalidad de una conducta sino la moralidad de la misma.

Como en los actos de libre albedrío, la primera conjunción es propia del ámbito de la elección, mientras que la segunda lo es del campo del consejo o reflexión; mas, siguiendo con el símil, dónde o de qué manera radica ese tercer factor del actuar que es el consenso en el *Itinerario para párrocos de indios* del obispo Peña Montenegro, nuestro texto subestudio. La tesis que, a nuestro juicio, es sustentable radica en el antiguo concepto del "consenso de comunidad", el cual, a diferencia de las convenciones sociales contemporáneas, no se legitima por la fuerza de las voluntades reunidas sino por la fortaleza de la convicción ínsita en el obrar colectivo.

Esta noción, la del "consenso de comunidad", era y es difícil de concretar en un contexto como el andino y lo era aún más en un período histórico como el del dominio colonial español; sin embargo, creemos que a dicho lugar pretende dirigirse nuestro autor en su trabajo pastoral, al momento de absolver las inquietudes de sus párrocos, doctrineros y demás colaboradores en la tarea evangelizadora. Deliberada o inadvertidamente, contradictoria o cohe-

rentemente, el tema fluye de entre las líneas del *Itinerario* y puede ayudar a iluminar un nuevo proceso evangelizador en marcha si, antes, elucidamos sus líneas rectoras.

El tema del “consenso de comunidad” merece un estudio de corte jurídico porque se le ha postulado desde la antigüedad como fuente legitimante de las reglas de conducta social. Es también un tema con relieves jurídicos porque para su configuración en el s. XVII se vio la conveniencia o, a veces, la necesidad de recurrir a los juristas del Derecho secular de la época, a la legislación de la corona y al propio Derecho Romano. Siendo un tema político por excelencia -latente en el pactismo medieval y manifiesto en el contractualismo moderno-, la idea de consenso no ha sido vista como un tópico jurídico sino cuando se la concibe fundando efectivamente un ordenamiento social que pueda ser, a la vez, llamado Derecho. Esto ha sido postulado de maneras diversas a lo largo de la historia del pensamiento pero llega ideológicamente a la conciencia social recién en el mundo moderno. Por eso, si bien esta concepción no se plasma jurídicamente *prima facie* en el s. XVII, creemos que es posible indagar por los componentes jurídicos que sabemos sí están informándola y por los fundamentos que se desprenden de la lectura del texto.

Para lograr lo propuesto, plantearemos enseguida, en el capítulo primero, dos marcos teóricos desde la perspectiva jurídica: (a) el de las fuentes del Derecho; y (b) el político-jurídico-personal. El primero permitirá ubicar nuestro tema en el contexto del Derecho de la época; el segundo hará posible juzgar cuán factible era, desde el punto de vista político-jurídico, un consenso real entre lo que ya Juan de Solórzano denominaba a comienzos del s. XVII “las dos repúblicas, de indios y de españoles”. Con estos elementos desarrollaremos, en el segundo capítulo, un juicio jurídico-crítico sobre las posibilidades del “consenso de comunidad” en los tiempos del obispo Peña Montenegro y llevaremos esa reflexión al presente para discutir las posibilidades futuras a partir precisamente de la experiencia analizada.

1. CONTEXTO JURÍDICO DEL AUTOR DEL ITINERARIO

FUENTES DEL DERECHO EN EL S. XVII

Al comenzar el siglo XVII, el derecho español, heredero del pujante derecho castellano, aquél de las Partidas alfonsinas y de los ordenamientos de Alcalá y de Montalvo, discurría con los derechos europeos por ese cauce inicialmente escolástico hacia la racionalización y formalización (secularización) de las normas jurídicas. Atrás dejaba un derecho marcadamente consuetudi-

nario, debido a la influencia germánica y al dominio musulmán, y una legislación casuística, particular por su origen pero común por vocación con la tradición occidental. La ley, esa poderosa fuente normativa a la que nos referiremos principalmente, adquiere progresivamente esa fuerza que no proviene de la razón sino del poder:

la rectitud o justicia de la acción ordenada por una ley humana no basta por sí solo para dar obligatoriedad a la ley, y por eso aunque sea necesaria la prudencia para la elaboración de las leyes y sea deber y costumbre el que en ella intervengan con sus consejos los sabios, sin embargo, *todo eso no basta, si falta la voluntad de quien tiene el poder* (resaltado nuestro)(Suárez 1971:I,VIII,10).

Mas la ley no tenía entonces la importancia que le atribuimos hoy; era ciertamente un mandato de cumplimiento obligatorio, como lo reconoce Peña Montenegro al definir lo que es precepto, pero tenía que competir con otras fuentes normativas ([1668] 1771: Lib.IV, tr.I.Pr.). En 1600, estamos todavía bajo la hegemonía de la Casa de Austria y si bien se va acentuando el absolutismo en la Corona, no se habría de conjugar con la Ilustración Despótica hasta el ascenso de los borbones. Esto en términos jurídicos se manifiesta en el ascenso, a su vez, de la ley secular como la fuente privilegiada de derechos y obligaciones. Preeminente sobre toda otra fuente de normatividad, la ley del Estado no deberá respeto sino a sí misma finalmente, hacia los ochocientos.

En el tiempo de nuestro autor, la ley de los reyes todavía debía compartir su espacio con el derecho natural en varias formas. Siguiendo el clásico esquema tomista, la ley humana tenía que guardar correspondencia con la ley natural, pues ésta era expresión de la ley divina, y ello permitía alegar la injusticia de ciertas disposiciones o resoluciones. Judicialmente, por ejemplo, existía un recurso impugnatorio extremo, denominado "de injusticia notoria", admisible cuando la sentencia era manifiestamente contraria a las leyes procesales, de modo que aun cuando ya se habían agotado las instancias, podían elevarse las causas a una última extraordinaria que se pronuncie sobre si se había actuado contra la razón, lo cual implicaba no revisar directamente el asunto de fondo.

En el ámbito administrativo, la posibilidad de que una ley fuese contraria a derecho o injusta habilitaba a los funcionarios a consultar al Rey sobre la duda que generaba la letra de la ley y su aplicación en un contexto específico. Inclusive, cuando la distancia anticipaba una respuesta tardía se podía aplicar el aforismo "Se acata pero no se cumple", de antigua raigambre

castellana -data del s.XIV-, alegándose violación del derecho natural, manifiesta inconveniencia o mayor daño que beneficio en su aplicación (González Alonso 1980).

Esta misma imperatividad relativizada de los mandatos reales, combinada con una dosis de realismo en la tarea legislativa, se ponía de manifiesto en dos modos de legislar que tenían los españoles; en efecto, las leyes podían expedirse por "vía de precepto" o por "vía de instrucción", ya sea que se deseara un cumplimiento estricto del texto legal o que se facultara una observancia según lo que indique la "conciencia y prudencia del gobernador" ¹. A esta última atribución, por ejemplo, parece referirse nuestro obispo cuando se pregunta "Si se podrá interpretar la ley en algunos casos de manera que sea lícito a los súbditos ir contra las palabras expresas de ella?" (sic) (Peña Montenegro [1668]1771:Lib.IV, tr.I, sec.V). Allí postula que en el caso de las leyes humanas cuyo cumplimiento deviene en injusto o genera un daño grave es lícito liberarse de la obligación, apelando a la prudencia que aconseje las circunstancias, es decir a través de la *epiqueya*. Por supuesto, este recurso no estaba disponible libremente sino que era válido ante la imposibilidad de elevar oportunamente una consulta al Legislador.

En la concepción sistemática y positivista del Derecho contemporáneo sólo cabría recurrir a la *epiqueya* ante un vacío legislativo o ante un defecto del marco legal, pero sin invadir o desnaturalizar la legislación existente. De lo contrario, se pondría en grave riesgo la seguridad jurídica porque se habilitaría a un funcionario, e incluso a un particular, a conducirse contra lo que el texto expreso de la ley establezca.

El problema de la certeza en el Derecho no era ajena para los juristas contemporáneos a nuestro obispo. Conscientes de haber acumulado un importante bagaje jurídico al que llamaban *ratio scripta*, derecho común o derecho romano y que contenía todo o casi todo aquello deducible por la razón, muy pronto advirtieron que se trataba de un volumen inmanejable y que generaba opiniones contradictorias. Estas se oponían muchas veces a la voluntad legislativa del soberano, generando más de una incertidumbre sobre el derecho alegado; en suma, se tenía un cuerpo de doctrinas y principios cuya fuente común era, amén de circunstancias y denominaciones históricas, el derecho natural. Ante esta amplitud de alternativas, surge como fuente técnica del Derecho la *auctoritas* de ciertos juristas a los que la Corona les confiere el privilegio de que sus opiniones sean fuente de orientación de jueces y abogados. A través de la *communis opinio doctorum* se procuraría dar estabilidad a un derecho pródigo en fuentes normativas

(Guzmán Brito 1980:851 y ss.). Debe tenerse presente que al interpretar las normas jurídicas no se entendía, como hoy, que una norma posterior derogaba a la anterior implícitamente; ante la duda se prefería la autoridad de la más antigua y lo mismo sucedía con las opiniones de los juristas. Por ello no debe llamar la atención que, tras la reiterada mención del obispo Peña Montenegro al famoso jurista y funcionario colonial Juan de Solórzano Pereira, estuviera la no menos usual referencia a los posglosadores y a otros juristas antiguos cuando trataba sobre algún punto de derecho.

En el contexto precitado, la costumbre local, sobre todo la más antigua y practicada, será valorada sin duda pero no de modo irrestricto por dos razones. De un lado, imperaba desde el tiempo de los glosadores no el criterio consagrado consuetudinariamente sino la *ratio legis*², a través de la cual se medía si la ley se establecía "en pro y bien de la república"; con esta frase se aludía, más que a una consideración política sobre lo que podía o debía ser bueno para la sociedad, a aquello conforme al derecho y a la justicia (Solórzano Pereira 1972: Lib.II, cap.VI, n1 y12.). Del otro lado, a medida que se acentuaba la idea de Estado, empezaba a adquirir tal preeminencia la voluntad soberana del Rey que ni el desuso ni la costumbre podían tener carácter derogante respecto de la ley³; solamente la propia voluntad legislativa sería eficaz para enervar los efectos de una disposición legal. Este criterio llegaría inclusive a subvertir el orden natural; y las razones de este proceso, de orden político, serán examinadas en el siguiente punto sobre el marco jurídico-político-personal.

Así dispuestas las piezas de la armazón jurídica de aquel entonces, era lógico esperar que la Corona española tuviese la intención de aceptar la costumbre indígena americana pero dentro de los límites antedichos:

Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religion, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y egecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos...⁴

y que no den lugar a que en los pleitos de entre yndios ó con ellos se hagan processos ordinarios ni aya alargas como suele acontesçer por la malicia de algunos abogados y procuradores sino que sumariamente sean determinados guardando sus vsos y costumbres no siendo claramente injustos...⁵

Si desde los antiguos hispanos, los visigodos, “la ley ama y enseña las cosas que son de Dios; y es fuente y enseñamiento y maestra de derecho y de justicia, y ordenamiento de buenas costumbres, y guiamiento del Pueblo y de su vida”⁶, la cuestión por dilucidar, poniendo en perspectiva el tema del “consenso de comunidad”, es cuán flexible podía ser dicho derecho como para compatibilizar los valores y las convicciones europeos con los usos y costumbres indígenas. Nótese que no inquirimos aquí cuán dispuesta estaba la Corona a dar nueva legitimidad a las normas indígenas, lo cual concierne al terreno de la política, sino a las posibilidades jurídicas y legítimas para que esa recepción se produzca dentro del estado de cosas usual en España. Planteamos esta distinción porque lo reseñado hasta aquí sobre las fuentes del derecho español nos muestra un ordenamiento bastante flexible y adaptable a las nuevas exigencias, por lo menos formalmente. Sin embargo, conviene adelantar algunas aristas más específicas sobre el tema.

En primer lugar, es de estimar la política general del s. XVI, conducente a mantener numerosas costumbres y normas autóctonas, a través de ordenanzas como las del oidor Gregorio González de Cuenca (1566)⁷ o las del virrey Toledo (1570-72)(Levillier 1929); todo lo cual debe examinarse a la luz de las estrategias de poder. En segundo lugar, hasta qué punto esta recepción fue tal; recuérdese que a lo largo del s. XVI y la primera mitad del siguiente se postula y redefine reiteradamente la política de “las dos repúblicas, de indios y españoles”. El estado actual de las investigaciones permite aseverar, preliminarmente, que muchas de las disposiciones de la primera centuria estuvieron encaminadas a construir las dos repúblicas citadas. Decimos “construir”, y no “reconocer” la positividad andina, porque creemos que el temperamento dominante coincidía con lo que se recoge del padre José de Acosta en el *Itinerario* (Peña Montenegro [1668]1771: Lib. II, prólogo), es decir, que los incas carecían de república o la tenían en un grado ínfimo “mezclada con tyranía, con tantos errores, y supersticiones tan diversas, que les obscurecen la corta y menguada luz que tenían de la razón” (Ibid.Loc. cit.). Por lo tanto, no estaríamos propiamente ante una recepción, desde que se pretende establecer dos cotos de juridicidad distintos, y menos ante la posibilidad de un cierto “consenso”; sin embargo, el tema subsiste para el campo del Derecho porque todo indica que el esfuerzo por las dos repúblicas habría sido a la postre infructuoso e impracticable.

LO POLÍTICO-JURÍDICO-PERSONAL EN EL S. XVII

importantes de la época. La Corona española caminaba francamente bajo formas absolutistas a partir del reinado de Carlos V y ello en el plano político-jurídico implicaba el ascenso y fortalecimiento del Estado en desmedro del esquema Corona-Corte, heredado de la Edad Media. Aquella consolidación del poder en manos de un soberano absolutista va acompañado de fenómenos como el desarrollo de formas burocráticas de gobierno, la delimitación de un territorio mediante las fronteras, la conformación de un ejército profesional, etc.; de modo que el súbdito del Rey pasa a ser un súbdito del Estado y con el tiempo se convertirá en ciudadano de un Estado. En este sentido, la consistencia de la comunidad cuyo consenso se indaga dependerá sobremanera de la idea que se tenga del ser humano que la integra; en lo que sigue pretendemos contribuir a configurar esta idea, apreciando su situación jurídica.

La primera consideración que debemos hacer concierne a su condición de hombre libre. Aun cuando formase parte del "estado llano", el súbdito es un hombre libre y no un siervo; esto era importante porque como tal debía tributar ya sea a título de concesión o de vasallaje. El primero, de concesión, era típico entre los españoles pues formaba parte de esos convenios que celebraban las ciudades establecidas o los pueblos nuevos con el Rey, luego de haber contribuido con la causa de la Reconquista y haber poblado el territorio reconquistado. En esos convenios, que aparecían como "establecimientos" (leyes) de la Corona, el Rey fijaba las reglas de convivencia de la ciudad, el compromiso de protección y defensa por parte del Rey y, finalmente, la contraprestación en tributos a cargo de la población libre.

El segundo título, de vasallaje, proviene de esquemas feudales propios de la Edad Media. En este caso nos referimos al *contrato de enfeudamiento*⁸ que constituía al "señor" y al "vasallo" y establecía obligaciones de naturaleza varía entre las que se encontraba las relativas al uso del feudo y ciertamente la tributaria (Weber 21984:204 y ss); según las normas de la época, la carta de enfeudamiento habilitaba al señor a recaudar en su favor tributos y generaba la obligación del vasallo de pagarlos en efectivo o especie, no en servicios -los cuales también existían en la relación vasallática pero no como tributos-; por ello, vemos en el texto de Peña Montenegro la definición escrupulosa del tributo como "paga de dinero, ó cosa que lo valga, cierta y determinada" (Peña Montenegro [1668]1771: Lib. II, tr.II, pr.).

Distintas razones de Estado movieron muy temprano a la Corona española a disponer que los indígenas americanos fueran considerados personas libres y no esclavos o siervos. Mas, sean cuales fueran los motivos, en la

segunda centuria de dominio colonial no cabía duda que los indios de América eran súbditos de España y como tales debían tributar. Las razones que justificaban esta prestación personal, como cuida de aclarar nuestro autor, aparecen detalladas en el *Itinerario* ("defenderlos y gobernarlos") (Ibid. Loc. cit.), pero debemos llamar la atención respecto al origen convencional de los tributos que hemos referido, pues se fue perdiendo dicho carácter conforme se imponían formas absolutistas y estatales de gobierno. La sustentación que sigue acude más al argumento de autoridad y a las temporalmente arraigadas razones valederas que a la fuerza de las convenciones. Por eso, advertimos en el *Itinerario* que los tributos no se justifican bajo esquemas meramente contractuales sino por el ejercicio de la soberanía:

Y que a los Indios se les hayan impuesto tributos justificadamente, no admite género alguno de duda: porque los Reyes, y Principes Soberanos y absolutos pueden à sus vasallos obligarlos à que los contribuyan: porque como está à su cargo el defenderlos y gobernarlos, es necesario valerse de este medio, ù otro semejante, para poder resistir à los enemigos, y pagar à los Ministros que los gobiernan, y sustentan en paz: todo lo qual requiere dinero, que es el nervio de la Republica (Ibid.Lib. II, tr. II, pr.).

Ahora bien, siendo el indígena un tributario de la Corona, gozaba, o debió gozar, de los privilegios que le confería su condición de *miserable* a los ojos de los europeos. A diferencia de lo que significa hoy la palabra, con el término "miserable" se aludía a una categoría muy precisa de personas. En efecto, si bien la palabra importa una calificación, y así se trasluce del texto del *Itinerario*, es necesario reparar en los efectos jurídicos de esta calificación que la tornan, en verdad, en un status jurídico.

En primer lugar, adviértase del texto que la situación de miserable genera "privilegios" en favor del indio que podrían presumirse propicios para el consenso. Estos privilegios no eran simplemente disposiciones graciosas de la autoridad sino un tipo específico de normas legales que, teniendo la misma eficacia y valor que la ley *stricto sensu*, se distinguía de ella por procurar un beneficio particular y no general o común a todos. Alonso de la Peña Montenegro recurre a esta distinción cuando refiere en su obra los distintos derechos particulares que confirieron los reyes y el romano pontífice con motivo de la evangelización americana tanto al clero, para el cumplimiento de su misión, como a los indios por su condición antedicha (Ibid.Lib.V, tr.I,pr.). Los que conciernen a estos últimos se sustentaban, de un lado, en su

incapacidad para decidir con conciencia, tanto en lo positivo como en lo negativo; y de otro lado, en la pobreza y en el poco o ningún desarrollo de las condiciones elementales de vida ("rusticidad y simplicidad"). Merecedores de compasión y piedad, los indios adquirieron el derecho al consejo del abogado y a la atención del médico (Ibid.Lib.II, tr.II, sec.VII) y a que fuesen juzgados benigna y clementemente pues su cortedad de entendimiento restaba culpabilidad a su actuar delictivo (Ibid. sec. II). Esta misma circunstancia motivaría la dación de normas en su favor, las cuales significaron en alguna medida respeto a sus normas ancestrales, sobre todo si coincidían en sustancia con el derecho natural. Como podrá advertirse, la posición privilegiada del indio podía ser una vía para el reconocimiento de la costumbre local y, por ende, para construir un consenso.

Sin embargo y en segundo lugar, este status podía considerarse perjudicial para las posibilidades de lograr el "consenso de comunidad" si nos atenemos a las causas que lo motivan. En efecto, la poca capacidad intelectual y las malas costumbres (pereza, embriaguez, deshonestidades) de los indios obligaban a estimar viciado el consentimiento que pudieren emitir y, además, a que se les amparase e instruyese en lo humano pues, citando al Concilio Limense III, "mal pueden ser enseñados á ser Christianos, si primero no les enseñamos á que sepan ser hombres y vivir como tales"(Solórzano Pereira 1972,I:384); es decir, por ejemplo, que debía nombrárseles tutores o representantes que velasen por sus intereses al momento de celebrar contratos. Este tema, tratado extensamente por el obispo a propósito "de los defectos y faltas que se hacen en tratar, y comprar los Indios,..." (Ibid.Lib. II, tr. III), nos llevaría a una conclusión negativa respecto de la cuestión del "consenso de comunidad" porque, siendo el punto de vista sobre el indio americano y su cultura tan pesimista y desfavorable, era poco factible que se acudiera a la aquiescencia de aquél o que se rescatara algo de ella -la cultura- como para la constitución del consenso. Mas, también se advierte que los privilegios pueden ser la puerta estrecha por la que se admitieran las costumbres y normas autóctonas. Repárese si no en los dictados de los Concilios Limenses del s. XVI, recogidos en el *Itinerario* y concernientes a temas como el matrimonio. Además, no sólo en este tema sino en muchos otros llamaba la atención de Peña Montenegro sobre la imposibilidad de aplicar estrictamente la ley o de estimar pecaminosa la conducta de aquél que actuaba por ignorancia o por error (Peña Montenegro [1668]1771: Lib.V, tr.D).

En síntesis, la situación jurídica de súbdito "miserable" de la Corona española debió significar para el indio el derecho a ser acogido por la nueva sociedad que se constituía; si bien no implicaba necesariamente esa recep-

ción el que se le brindara protección especial a sus intereses -lo que no se produjo sino en contadas ocasiones-, lo cierto es que la consideración de sus intereses habría significado una apertura a la doctrina del "consenso de comunidad"; asimismo, habría abierto la interrogante, como se insistió líneas arriba, sobre la posibilidad de que se acogiera la juridicidad aborígen. Esto, sin embargo, tiene como óbices, al margen de lo que forma parte de la "leyenda negra", la configuración cada vez más marcadamente absolutista del régimen de los últimos reyes Austrias y a los mecanismos de resistencia andina, no descritos aun hoy suficientemente, que ya nuestro obispo constataba en la dificultad o displicencia de los indios bautizados para cumplir los mandamientos (Peña Montenegro [1668]1771: Lib.IV, tr.I, sec. II). Una consideración algo más detenida será materia del siguiente capítulo.

2. EL "CONSENSO DE COMUNIDAD": POSIBILIDADES JURÍDICAS

Francisco Suárez discutía en su tratado sobre las leyes aquella tesis de Graciano según la cual "las leyes se establecen en el momento en que se promulgan y se ratifican cuando las acepta la costumbre" (Suárez 1971,I:XI,7); en contradicción con esta postura pro consensualista, el Doctor Eximio levantaba la bandera de la voluntad soberana como factor decisivo para la existencia de la ley (Ibid.:I,VIII,10). Si nos planteásemos la interrogante sobre el grado de aceptación de una u otra posición en la obra materia de este trabajo, es decir, si inquiriéramos por esa ratificación a partir de lo expresado por el obispo Peña Montenegro, sin mucha dificultad absolveríamos en sentido negativo la pregunta; no por los rigores de los gobernantes coloniales, sino por los obstáculos conceptuales de nuestro obispo, que ya anticipaba Suárez, y que atañen a nuestro tema, el consenso de comunidad. En esta parte del trabajo desarrollaremos dos cuestiones que nos suscita la lectura del *Itinerario* en torno al consenso de comunidad: las limitaciones jurídicas que fluyen del texto para acoger la tesis de Graciano y que, por tanto, constituyen óbices para los propósitos de un desarrollo basado en el citado consenso de comunidad; y las limitaciones presentes a manera de reflexión iluminada por la lectura del *Itinerario*.

LIMITACIONES JURÍDICAS DEL CONSENSO DE COMUNIDAD EN EL ITINERARIO

consenso como fuente legitimante. La noción jurídica de consenso presente entre nosotros no es la que existió en los tiempos anteriores a nuestro obispo; hoy pensamos el consenso como fruto del acuerdo de voluntades aunque no hagamos depender su existencia de esa manifestación de voluntad únicamente sino del valor que le atribuya el grupo a la materia adoptada. Si sólo fuese la fuerza del acuerdo de voluntades lo que da vida y no el contenido del acuerdo estaríamos aludiendo a las *convenciones*; en cambio, si la vigencia de un acuerdo radica en lo acordado entonces estaremos refiriéndonos al *consenso*, y su existencia dependerá entonces del arraigo de la convicción social. Para modificar un punto de consenso no basta mover las voluntades, es preciso convencer de la necesidad o conveniencia de cambiar en la manera de pensar porque, por lo demás, lo usual es que no se declaren formalmente las voluntades en el caso del consenso. Lo común en ambos conceptos contemporáneos y que los distingue del consenso en los siglos XVI Y XVII es la falta de un referente inamovible: la ley natural o la razón natural.

La noción del consenso en aquel tiempo partía de una tradición desarrollada por la Iglesia pero que se alimentaba también del pensamiento greco-romano. Así, se recoge de Cicerón que para constituir una comunidad -una república- es necesario el consentimiento del pueblo de asociarse bajo un mismo derecho, con lo que se está denotando no sólo el carácter consensual de la comunidad sino su naturaleza libremente constituida y, lo que es más importante, sujeta a un derecho que por definición debe ser naturalmente justo. Esto último no lo dice Cicerón pero sí se encarga de afirmarlo la doctrina católica desde San Agustín⁹. De lo expuesto, se colige que la noción de comunidad está francamente presente en la doctrina de la Iglesia y sin duda en la mente del obispo de Quito. La cuestión siguiente era determinar si en el Nuevo Mundo, como se denominaba a las oficialmente nominadas Indias Occidentales, existían propiamente comunidades en sentido estricto, es decir, políticamente organizadas. De las citas tomadas del *Itinerario* es evidente que, pese a la prédica lascasiana, la opinión común de ese tiempo era que no se podía esperar un gobierno propio, libre y justo de los indígenas sobre ellos mismos, "porque son tantas y tan sensibles sus miserias". Jurídicamente, no se reunían en las organizaciones sociales indígenas los requisitos que había señalado la doctrina. Visto este problema desde el presente, y recogiendo los testimonios del choque cultural de la primera centuria, nos sentimos movidos a insistir en la tesis de que ambas positividades jurídicas, la europea y la autóctona, no deseaban encontrarse sino excluirse recíprocamente. Repárese si no en la defensa que hacía Bartolomé de Las Casas de los indios, al reclamar que se les consulte sobre su destino. En ese reclamo

estaba implícito el reconocimiento de las colectividades indígenas como comunidades pero bajo una positividad jurídica propia.

El referente a la ley natural no sirvió únicamente para definir a la comunidad, sino que fue útil para determinar lo que debía ser materia de consenso. Este referente está presente en Peña Montenegro permanentemente pues todo lo remite a la doctrina católica, la cual se expresa jurídicamente a través de la ley natural; en este sentido, el mismo autor precisa que los Mandamientos de la Ley de Dios obligan incluso a los paganos por la ley natural¹⁰. Ahora bien, esta concepción podría aparecer como incompatible con un precepto fundado en el consenso de comunidad, empero, se trata de normas de dos órdenes distintos si bien complementarios, según veremos enseguida. La ley natural existe *per se* y no requiere por tanto de confirmación por la comunidad; más bien, la comunidad suele participar de la ley natural o se espera que lógicamente participe de ella. El consenso de comunidad, por su parte, se alimenta de la ley natural pero se manifiesta respecto de las leyes humanas a través de la costumbre, ratificándolas o desautorizándolas; precisamente, esta última posibilidad puede darse como síntoma de que la ley humana contraviene la ley natural.

Pero el consenso de comunidad no es siempre expresión de la ley natural y, por eso, lo concebimos más bien como una fuente legitimante basada principalmente en la constatación de la eficacia de la ley. Usualmente, esta eficacia suele y puede vincularse con la costumbre y, por ende, debiera adquirir preeminencia esta fuente del Derecho sobre la legislación. Sin embargo, el tiempo en que se redacta el *Itinerario* es también el del ascenso progresivo de la ley como fuente privilegiada del Derecho. Este fenómeno jurídico es una de las facetas de aquel proceso político que llevó a la conformación de las monarquías absolutistas. Si ya en el s. XVI las tesis lascasianas, defensoras del consenso, fueron fuertemente cuestionadas, en el XVII la cuestión no admitía debate. Ciertamente, en ese mismo siglo reconocemos que algunas doctrinas voluntaristas y contractualistas moverían a pensar en una crítica al absolutismo y que nociones como la del consenso de comunidad tendría esa misma pretensión; pero lo cierto es que sólo esta última discurría contra las entonces corrientes modernas. Inclusive, posturas tan disímiles como las de Suárez y Hobbes contribuyeron a sustentar con criterios modernos el régimen monárquico, aunque deba reconocerse que apuntaban también a su morigeración.

En nuestro autor, pareciera abrirse espacio el consenso de comunidad cuando repara en las circunstancias personales de los indígenas, o cuando reconoce que ciertas prácticas sociales no sólo no contradicen la ley natural sino que coinciden con ella; tal es el caso del matrimonio indígena, algunos de cuyos ritos no merecían obviamente el título de sacramento pero sí los

reconoció como manifestación de un contrato natural pues coincidían con sus requisitos ¹¹. No obstante ello, no estamos ante una opción clara por la doctrina del consenso; la presencia de la costumbre indígena en la obra del obispo parece corresponder las más de las veces al acatamiento que realiza el pastor a una norma superior que acogió previamente a la costumbre. En tal sentido, no podemos afirmar que se trate de una muestra de acogida o de respeto al consenso de comunidad; y no nos permite el propio autor atribuirle tal intención pues no alude a ella en ningún momento. El contexto político de la corona española, el del mismo virreinato y quizá el de la diócesis de nuestro autor, sufragánea de la de Lima, compellan a darle mayor presencia a la autoridad mediante las leyes positivas, en perjuicio de la costumbre.

La condición de "miserable" que se otorga al indio lo hace jurídicamente merecedor de privilegios que debían contribuir a su protección y a su incorporación a la sociedad colonial. Para ello, sin embargo, no se pierde un instante en recordar que las razones justificativas de tal status son la "simplicidad y rusticidad" extremas, que los tornan cortos de entendimiento, incapaces para contratar libremente y excusables del incumplimiento de la ley por ignorancia o por conciencia errónea. Todo ello, como es de suponer desde una perspectiva jurídica, no coadyuva a generar una imagen de comunidad que se acredite como tal y que, por tanto, pueda prestar su consentimiento y menos manifestar un consenso sobre tal o cual tema. Incluso los mandamientos de la Ley de Dios, cuyo cumplimiento referíamos líneas arriba como exigible por la ley natural, eran objeto de atenuación en la evaluación moral porque los preceptos específicos no estaban al alcance de los indios; la observancia de la ley natural no podía extenderse a todos los principios generales y particulares sino solamente a los primeros porque podía haber ignorancia grande o demasiada torpeza. Recuérdese que para constituir una sociedad política Suárez demandaba dos pactos sociales: uno de unión y otro de sujeción. Carentes de "república" -orden público- los indios americanos, al decir del padre Acosta ¹², deviene en evidente que no han realizado en primer pacto social y menos aun el segundo, por lo que, no habiendo comunidad, carece de objeto preguntar por el consenso. Su existencia resulta, lo menos, absurda.

Curioso por contradictorio es, al final, que pese a esas reiteradas expresiones sobre las limitaciones del poblador aborigen, el obispo recogiese en el manual, gracias a su conocimiento vasto del medio, muchos datos que dan cuenta del adelanto y del orden social que imperaba en los tiempos precolombinos y que mueven a pensar que el P. José de Acosta se excedió por desconocimiento en sus referencias al Perú. Sea cual

fuere la verdad, el mayor o menor reconocimiento que se hiciera de las repúblicas indígenas no desembocaría en admitir la posibilidad del autogobierno; no sólo por la incapacidad de los indios sino por la preocupación de la Corona castellana, desde la época de los reyes católicos, por asegurar el dominio efectivo sobre las posesiones y, en particular, sobre las de ultramar a fin de disuadir a los propios castellanos de sus pretensiones feudalizantes, puestas de manifiesto con la revuelta de los encomenderos. En el s. XVII no existían más las dudas de los tiempos de Carlos V sobre la legitimidad de los títulos del dominio americano; tampoco está en cuestión la organización política del Virreinato, la crisis del s. XVIII todavía estaba lejos; la doctrina de las dos repúblicas, vigente en juristas del s. XVI como Juan de Matienzo, pudo ser un esquema político afín para acoger el consenso de comunidad aborigen pero a partir de juristas como Solórzano, en el siglo siguiente, la doctrina en mención cedería el paso a la consideración de las tierras y pueblos americanos como una "Monarquía Indiana", unida a la Monarquía Universal Española, es decir, como un dominio español distinto al peninsular pero igualmente vinculado a la corona hispana, merced al consentimiento que habrían prestado los indios a través de los sucesivos requerimientos¹³.

PROYECCIONES AL PRESENTE DEL CONSENSO DE COMUNIDAD

El contexto político-jurídico contemporáneo difiere ciertamente del vigente a mediados del s. XVII, y ello podría tornar en arbitraria la reflexión que anunciamos en el encabezamiento. Precaviendo esta lectura, conviene anticipar que el tema del consenso de comunidad no tiene sólo una naturaleza conceptual sino problemática en países culturalmente plurales. La España monárquica reconoció esa diversidad al postular primero la doctrina de las dos repúblicas, y al hablar luego de una "monarquía indiana" cuyo escenario era notoriamente diverso al hispano. Sin embargo, no estaba occidente predispuesto a admitir nuevas racionalidades como parece querer estarlo ahora. Se gestaba en tiempos del *Itinerario* la gran exaltación de la razón que veríamos en el s. XVIII.

El consenso de comunidad, según lo estudiado, requiere de un pueblo maduro, es decir, que se acepte a sí mismo de modo que pueda asumir el reto de un destino común. En este orden de cosas, la definición ciceroniana de pueblo conserva su vigencia. El gran tribuno sostenía que la reunión de la multitud

constituía un pueblo cuando se asociaba por el consentimiento -cuestión ya señalada- y por la comunión de intereses. Hoy esa comunión no supone necesariamente coordinación o integración de los grupos que conforman o pretenden conformar una comunidad sino reconocimiento recíproco de las diversidades culturales con vistas a múltiples opciones: respeto, integración, colaboración, etc., según lo determinen las propias colectividades.

En la esfera del Derecho, la cuestión recibe el nombre de "pluralismo jurídico" y se torna en ardua no sólo por los problemas de comunicación que implica todo diálogo intercultural sino por específicas cuestiones político-jurídicas presentes en el contexto de fines del s. XX. Así, debemos resaltar la presencia aún poderosa de la legislación como fuente jurídica privilegiada al amparo del positivismo jurídico, floreciente en la primera mitad de este siglo. Esta exaltación de la ley, iniciada en la Europa de las codificaciones legales del s. XIX, es la expresión jurídica de la elevación del Estado por encima de los otros poderes tradicionales. Este ascenso de las formas estatales y de la consiguiente preeminencia de la ley ya era perceptible en el absolutismo inicial de Carlos V y se reafirma, contra toda iniciativa, en pro del consenso a lo largo del s. XVIII para plasmarse finalmente con mayor plenitud en España bajo la dinastía de los Borbones.

Técnicamente, en el contexto actual de los Estados-naciones, el Estado es la fuente única de la que puede proceder legítimamente el Derecho (ya sea mediante leyes, decretos o sentencias judiciales). Sostener esto significa desplazar definitivamente a otros centros generadores de normatividad y, por tanto, negar de plano toda posibilidad de pluralismo jurídico¹⁴. Inclusive, como la ley rige sobre un territorio delimitado legalmente y a una colectividad que se encuentra en dicho espacio, forme o no una comunidad, se anulan en gran medida las virtudes de la costumbre como fuente de derechos al admitirla sólo cuando la ley así lo prescribe cuando no existe ley expresa. Ni siquiera la ideología que acompañó a este fenómeno político, y que contribuyó a desarrollar y a asociar la idea de patria o nación (¿comunidad?) al Estado, contribuyó a que se reconociera a la costumbre como fuente del Derecho; no obstante ello, sociedades plurales como la nuestra han acogido la costumbre local en grados diversos de modo que demanden en el presente no el reconocimiento pero sí el respeto como ordenamiento jurídico.

En el contexto así descrito, se repite de una u otra forma el esquema colonial de acoger la costumbre indígena en la legislación del Estado, de modo que sea la minoría étnica la que se adecue al ordenamiento del Estado; se insiste

en reinterpretar la costumbre andina de acuerdo a los cánones occidentales y, en definitiva, se prescinde del consenso de esas comunidades incluso cuando se trata en la ley de ellas mismas. Esta prescindencia encamina muchas veces las relaciones y el rol del Estado hacia injusticias y violencia. La historia reseñada, así como la del tiempo reciente, obliga a reiniciar la búsqueda de los elementos que hacen de los grupos humanos auténticas comunidades; y mueve también a prestar mayor atención a las manifestaciones de los múltiples tópicos sobre los que las distintas comunidades han logrado ya el consenso. □

Notas

* El presente trabajo, con ligeras modificaciones, formó parte del proyecto interdisciplinario "La Nueva Evangelización en América Latina: Aspectos de la nueva sociedad (Las otras ciencias y la secularización)", auspiciado y financiado por la *Stipendienwerk Lateinamerika-Deutschland E.V.*

1. Vid. "Memorial breve de los artículos que parece al Consejo que se deben ordenar", dictado el 18 de noviembre de 1533", en Konezke (1953, I:152).

2. Este criterio interpretativo se retrotrae en la tradición española a las Siete Partidas de Alfonso X. Vid. Part. 1a., tit. 1, ley 13a.

3. Por Real Orden del rey Felipe V, dictada el 12 de junio de 1714, se estableció que "todas las leyes del reino, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso" (Novísima Recopilación 1805: Lib. 3, Tit. 2do. Ley 11a.).

4. Real Cédula del rey Carlos V del 6 de agosto de 1555. Vid. Recopilación General (1841: Libro 2., Tit. 1. Ley 4a.).

5. Real provisión dada por Carlos I en Barcelona el 20 de noviembre de 1542, en Muro Orejón (1945).

6. El texto forma parte de la ley 1a. Tit. 2. Lib. 3., de la Novísima Recopilación (1805) y reproduce casi textualmente el mismo contenido de la visigótica ley 2a. Tit. 2., Lib. 1. del Fuero Juzgo (año 681 aprox.).

7. El texto de la "Ordenanza sobre caciques e indios principales" aparece transcrito en Rostworowski (1975: 199 y ss).

8. Para un modelo de carta de enfeudamiento, vid. Alfonso X (1861: Part. III, Tit. XVIII, Ley. LXVIII).

9. Véase las notas históricas del texto de Llinares (1968: 15 y ss).

10. Vid. Peña Montenegro ([1668]1771: Lib. IV, Tr. I, Sec. 1, n2. También en el mismo tratado la Sec. IV.).

11. Vid. Peña Montenegro ([1668]1771: Lib. III, tr. IX, parte segunda "Del matrimonio de infieles").

12. Vid. Peña Montenegro ([1668]1771: Lib. II y Pr. "De la naturaleza y costumbres de los indios).

13. Sobre esta concepción pro española, vid. García Gallo (1972: 489 y ss).

14. En esta parte empleamos la frase pluralismo jurídico para significar la propuesta teórica y política acerca de la posibilidad de reconocer dos o más ordenamientos jurídicos en el territorio de un estado, atribuyéndoles legitimidad a todos ellos. Esta concepción partiría del paradigma positivista y estatal, al mismo tiempo que lo cuestionaría. Debe advertirse, sin embargo que existen otras aproximaciones sobre el tema.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO X, el Sabio
1861 *Las Siete Partidas de don...* París: Lib.de la Rosa y Bouret.
- GARCÍA GALLO Alfonso
1972 "La Constitución Política de las Indias Españolas", *Estudios de Historia del Derecho Indiano*: 489-514. Madrid: Inst. Nac. de Estudios Jurídicos.
- GONZÁLEZ ALONSO, B.
1980 "La fórmula 'obedézcase pero no se cumpla' en el Derecho Castellano de la Baja Edad Media", *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid) L:469-487.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro
1980 "Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del Derecho en la época moderna", *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid) L:851-890.
- KONETZKE, Richard
1953 *Colección de documentos para la Historia de la formación social de Hispanoamérica*. Madrid: CSIC. Vol. I.
- LEVILLIER, Roberto
1929 *Ordenanzas de don Francisco de Toledo, Virrey del Perú, 1569 - 1581*. Madrid: Impr. de Juan Pueyo.
- LLINARES, O.P., José
1968 *El orden jurídico del Estado en el Magisterio de la Iglesia desde Leon XIII hasta el Concilio Vaticano II*. Salamanca, s.p.i.
- MURO OREJÓN, Antonio
1945 "Las Leyes Nuevas de 1542 - 1543. Ordenanzas para la gobernación y buen tratamiento y conservación de los indios", *Anuario de Estudios Americanos* (Sevilla) II:809-836.
- NOVÍSIMA RECOPIACIÓN
1805 *Novísima Recopilación de las Leyes del Reyno de España*. Madrid: Imprenta de Sancha.

CONSENSO DE COMUNIDAD

PEÑA MONTENEGRO, Alonso

[1668]1771

Itinerario para párrocos de indios. Madrid: Pedro Marín.

RECOPIACIÓN GENERAL

1841

Recopilación General de las Leyes de estos Reinos de Indias. Madrid: Boix.

ROSTWOROWSKI, María

1975

"Algunos comentarios hechos a las ordenanzas del doctor Cuenca", *Historia y Cultura* (Lima)

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de

1972.

Política Indiana. Madrid: Cía. Ibero-Americana de Publicaciones.

SUÁREZ, Francisco

1971

De Legibus. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

WEBER, Max

1984

Economía y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica.