

Bernardino Bravo Lira*

Honor, Vida y Hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico (siglos XVI al XXI)

Contrastes con el *rule of law* inglés y *règne de la loi* ilustrado

Rex eris, si recte facias si non facias, non eris

Isidoro de Sevilla

La persona del hombre es la más noble cosa de este mundo.

Siete Partidas

Por muy perfecta que sea una declaración de derechos, estos resultan ilusorios, si no se consignan los recursos para hacer efectiva su protección.

Acta constitucional 3, Santiago 1976.

Cuando se habla de Estado de derecho, generalmente se piensa en *rule of law*¹ o en *règne de la loi*², que son sus formas más recientes. Del Estado de derecho en el mundo hispánico, se habla poco y se sabe menos. Vale la pena detenerse a examinarlo, ante todo porque constituye otra forma claramente diferente de las dos antes mencionadas, tanto en su eficacia como en sus problemas.

¹ La equivalencia entre *rule of law* y *Rechtsstaat*, fue señalada ya por Maitland, F.W. Introducción a Gierke, Otto, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1939. Dicey, Albert Venn. *Introduction on the Study of the Law of the Constitution* (1885) ed. definitiva 1915, Londres 1982 10ª. Raz, Joseph, "The Rule of Law and its Virtue" en el mismo, *The Authority of Law*, Oxford 1979. Maccormick, Neil, "Der Rechtsstaat und die rule of law" en *Juristenzeitung* 39, 1984. Harden-Lewis, *The noble Lie, British Constitution and the Rule of Law*. Londres, 1986. Van Caenegem, R.C. "The Rechtsstaat in Historical Perspective" en, *Legal History: A European Perspective*, Londres-Río Grande, 1991. Soto-Kloss, Eduardo. "La rule of law, una pervivencia de la idea clásica de lo justo natural" en su *Derecho Administrativo*, 2 vols. Santiago 1996, 1.245 s.s. Por el contrario, sostienen la contraposición entre *rule of law* y *Rechtsstaat*; Zagrebelsky, Gustavo, *Diritto Mite* (1992) trad. castellana *El derecho dúctil*, Madrid 1995. Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid 2003.

² Lucas Verdú, Pablo. "Estado liberal de derecho y Estado social de derecho", en *Acta Salmanticensis*, Salamanca 1955, ahora aumentado en su *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia 1975. García Pelayo Manuel, *Estado legal y Estado constitucional de derecho* (1986), ahora en sus Obras completas, Madrid. Chevallier, Jacques, *L'Etat de droit*, París 1992. Redor, Marie-Joëlle, *De l'Etat legal a l'Etat de Droit*, París 1992. Troper, Michel (ed.), *L'Etat de droit*, Caen 1993, con trabajos de varios especialistas. Pereira Menaut, nota 1, con bibliografía.

* De la Academia Chilena de la Historia Universidad de Chile

El tema es vastísimo. En estas páginas hemos de contentarnos con una aproximación. Nos limitaremos a su aspecto más vital, la efectiva protección de las personas frente al poder y a los poderosos. Nada pone mejor de manifiesto hasta qué punto el Estado de derecho es operante o no pasa de ser en el hecho, una construcción teórica o legal. Dejando de lado otros aspectos, como su conformación institucional, intentaremos reconstruir sumariamente su historia.

La exposición comprende un estado de la cuestión, cuyo objeto central es situar a los Estados del mundo hispánico frente a los de la Europa atlántica. Le sigue un rápido repaso a los grandes hitos de la protección a las personas, desde sus orígenes en la Península ibérica hasta su vigencia en el umbral del tercer milenio, allí y en Hispanoamérica y Filipinas. Se distinguen claramente cuatro etapas; orígenes en la época de la Reconquista; expansión ultramarina en la época de la Conquista; Barroco y contraste entre dos modos de protección, hispana a los bienes e inglesa a los derechos subjetivos y finalmente, Ilustración y contrapunto entre dicha protección concreta a los bienes y la de los derechos humanos.

Estado de la cuestión

No faltan quienes duden de que pueda hablarse en propiedad de Estado de derecho en el mundo hispánico. Dos hechos principales suelen contribuir a dar esa impresión. Uno es el clima de agitación e inestabilidad política dominante en los siglos XIX y XX, con todo lo que trae consigo de abusos e indefensión de las víctimas. El otro es la falta de consistencia en estos países de institutos, fundamentales para el constitucionalismo, pero, como se verá, no para un Estado de derecho como constitución escrita, separación de poderes, garantías individuales, parlamento, partidos y elecciones populares, todos los cuales son muy recientes, pues no se remontan más allá del siglo XIX.

Ambas cosas son efectivas, pero deben tomarse *cum granum salis*. Después de todo, la experiencia de Europa, al menos en el siglo XX no fue mejor. Los peores horrores de la centuria se cometieron en el continente —genocidio, matanza de poblaciones indefensas, exterminio de nacidos y por nacer—. Allí nació también el totalitarismo, en sus variantes dura —del socialismo internacional— o blanda —del nacional socialismo o del Estado de bienestar anglosajón y europeo occidental—, prevaleciente en la actualidad³. Al respecto, el uruguayo Zum Felde habló de barbarie tecnificada⁴, posteriormente, el inglés Johnson del Estado como el mayor asesino de la historia⁵ y el francés Ternon,

³ Unger, Aryeh, L. *The totalitarian party. Party and people in Nazi Germany and Soviet Russia*, Cambridge 1974. Nolte, Ernst, *Der europäische Bürgerkrieg, 1917–1945. Nationalsozialismus und Bolchewismus*, Frankfurt–Berlin–Viena 1987. Moreno Valencia, Fernando, *Utopía, ideologías y totalitarismo*. Santiago 1989. Ternon, Yves. *L'Etat criminel, les génocides du XXe siècle*. Paris 1994, trad. castellana Barcelona 1995.

⁴ Zum Felde, Alberto. *El ocaso de la democracia*, Santiago 1939.

⁵ Johnson, Paul. *Modern Times*, Nueva York, 1983, trad. castellana Buenos Aires 1988.

del Estado criminal y de los genocidios del siglo XX⁶. Estas atrocidades han quedado, por lo general, impunes.

Por lo que hace a las constituciones, parlamentos y demás, es cierto que en Hispanoamérica, pasan, o mejor, resbalan, según dijo el poeta “como las naves, como las nubes, como las sombras...”. Antes de que comenzaran a dictarse estas constituciones escritas en los países hispánicos, Jovellanos vaticinó sin saberlo su suerte. De la constitución dijo: “se hizo en pocos días, se contuvo en pocas hojas y duró pocos meses”⁷. En el hecho, desde 1811, se han dictado en el mundo hispánico, un total superior a las doscientas. De ellas, apenas cuatro llegaron a regir siquiera durante medio siglo. Ninguna en España o Portugal⁸. Tan es así, que los españoles festejaron en 1998, como un triunfo, las dos décadas de vigencia de su actual constitución.

En cuanto a los parlamentos, su vida es tan intermitente que Sánchez Agesta los califica de anecdóticos⁹. Sobran dedos de la mano para contar los que llegaron a sesionar en forma continuada durante medio siglo, algo que, por lo demás, tampoco ha sucedido nunca en Portugal ni en España. Por lo que toca a las llamadas elecciones populares, poco tienen de tales. Han sido irregulares, tanto en cuanto a la fecha como a la forma de celebración, para no decir nada de sus resultados. Lo que ocurre es que tampoco se las toma demasiado en serio. Son más bien un rito que un acto cívico¹⁰.

Sólo una minoría cultivada se amarga por esta indiferencia casi biológica frente a las instituciones propias del constitucionalismo europeo y estadounidense y se refugia en la vaga esperanza de un futuro florecimiento de ellas en los países hispánicos.

Un ejemplo entre tantos, pero brillante, es la obra *Les démocraties latines de l'Amérique* del peruano Francisco García Calderón, publicada en París en 1913. Sólo vino a ser traducida al castellano en 1979, cuando no era sino una curiosidad histórica¹¹.

A estas alturas, es claro que nada de eso tiene mayor relevancia. Son elementos adventicios. El Estado de derecho nació antes que ellos y puede vivir sin ellos. Contrariamente a lo que sostienen todavía algunos dentro y fuera del mundo hispánico, ninguno de estos aditamentos es indispensable para el Estado de derecho. No hace mucho

⁶ Ternon, nota 3.

⁷ Jovellanos, Gaspar Melchor de. “Dictamen sobre la constitución del gobierno interino”, 1809, sobre la constitución francesa. Bravo Lira Bernardino, “El concepto de constitución en Jovellanos”, en *RCHHD* 10, 1984.

⁸ Bravo Lira Bernardino. *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Venturas y desventuras de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*. México 1992. con cuadros cronológicos de las constituciones

⁹ Sánchez Agesta, Luis. *La democracia en Hispanoamérica*. Madrid 1987. Para Bravo Lira, la subsistencia de un parlamento es el talón de Aquiles de un Estado constitucional en los países hispánicos, nota 7.

¹⁰ Kolm, S.C. *Les élections ne sont pas démocratie*, París 1981. Rivière, Claude, *Les liturgies politiques*, París 1988. Bravo Lira, nota 7, 21 s.s. Jiménez Los Santos F. *La dictadura silenciosa. Mecanismos totalitarios de nuestra democracia*, Madrid 1993.

¹¹ García Calderón, Francisco. *Les démocraties latines de l'Amérique*. París 1912. Trad. castellana, Caracas 1979. Altuve-Febres Lores, Fernán, “El Tocqueville de la democracia en América Latina, Francisco García Calderón (1883-1953)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 19 (en prensa).

insistía en esto Reinhard: “Otras características del Estado, como democracia y derechos humanos, son añadiduras que pueden muy bien faltar sin menoscabo del Estado de derecho”¹².

El Estado de derecho

Esto nos lleva a la noción de Estado de derecho. La expresión es reciente, muy posterior a la realización histórica de dicho Estado. Surgió a comienzos del siglo XIX, fue acuñada por Welcker en 1813¹³, cuando el Estado de derecho tenía, si se atiende a sus más tempranas manifestaciones, cerca de medio milenio de existencia. Por entonces se inició la redacción de constituciones escritas en el mundo hispánico, a ambos lados del Atlántico, en Venezuela en 1811 y en Cádiz en 1812¹⁴. Pero los orígenes del Estado de derecho, según recordaba no hace mucho Mayali, se remontan a la Edad Media¹⁵. En países como Hungría o Inglaterra, existió hasta el siglo XX, sin constitución escrita, ni división de poderes ni garantías individuales¹⁶.

En todo caso, el Estado de derecho se ha entendido de diversas maneras. No podría ser de otro modo ya que en tiempos de Welcker se perfilaban en la Europa atlántica dos versiones contrapuestas que persisten hasta hoy. Por un lado se lo hace sinónimo de *règne de la loi*. Es esta una versión legalista, propia de la Ilustración, reducida a un derecho estatal, como tal rígido y estrecho. Está constituido por textos legales que consignan por escrito la constitución, para la cual se consideran como ingredientes indispensables la separación de poderes y garantías individuales¹⁷.

Por otro lado, se equipara Estado de derecho y *rule of law*. Se trata de una versión más realista y flexible, fundada en un derecho supraestatal, amplio y manejable, emanado

¹² Reinhard, Wolfgang: *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Munich 1998.

¹³ Welcker Carl Theodor, *Die letzten Gruenden von Rechts, Staat und Strafe*, Giessen 1813, hay reimpresión, Aalen 1964. La difusión del término se debe, sobre todo a Robert von Mohl, autor de *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübinga 1832–34. Scheuner, Ulrich, “Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates”, en Dombois H. y Wilckens U., *Macht und Recht*, 1956. Boeckenfoerde, Ernst Wolfgang, “Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff”, en Arndt, Adolf, *Festschrift zum 65. Geburtstag*, (1969), ahora en el mismo, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Francfort 1976. Giacometti, Zaccaria, *Festgabe zum 60. Geburtstag von...*, Zurich 1952. Krueger, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964. Bravo Lira, Bernardino, “Raz y razón del Estado de derecho en Chile”, en *Revista de Derecho Público* 47, Santiago 1990. Ahora en el mismo, en *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Santiago 1996. Troper, nota 2.

¹⁴ Bravo Lira, nota 7.

¹⁵ Mayali, Laurent, “De la juris auctoritas ... la legis potestas. Aux origines de l'Etat de droit dans la science juridique medievale”, en Krynen, Jacques y Rigaudière, Albert, *Droits savants et pratiques francaises du pouvoir (XIe–XVe siècles)*, Burdeos 1994.

¹⁶ Obras clásicas son Werbococz, Itsvan, *Tripartitum Opus iuris consuetudinarii inchoiti regni Hungariae*, Viena 1511. Wolf, Armin, *Gesetzgebung in Europa 1000–1500*, Munich 1996. Bravo Lira Bernardino, “Constitución y reconstitución. Milenio de Hungría” en *Ius Publicum* 4, Santiago 2000. Blackstone, William, *Comentaries on the law of England*. Oxford 1765. Stubbs, William, *The constitutional History of England in its origin and development* 1847. Pereira Menaut, Antonio—Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, 1992.

¹⁷ *Déclaration des droits de l'homme et le citoyen*. París, 26 de agosto de 1789. Artículo 16 “Una sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución”.

de los jueces, según una constitución histórica. Un jurista inglés de la época victoriana, Dicey, lo definió hacia 1880 como “igual sumisión, tanto de los ciudadanos como del poder, a un derecho aplicado por jueces ordinarios y situados por encima de todos”¹⁸.

A la luz de la contraposición entre estas dos versiones del Estado de derecho, resulta más fácil comprender una tercera, la hispánica.

Su fundamento no es el individuo, sino la persona, que en las *Siete Partidas* se califica como la *más noble cosa del mundo*¹⁹. En consecuencia, gira en torno a los bienes de la persona, concretos y tangibles –*honor–vida–hacienda*, y no a derechos del individuo, genéricos, iguales para todos y, por lo mismo, susceptibles de ser catalogados *a priori* de una vez para siempre mediante declaraciones o proclamaciones como el *bill of rights*²⁰, o la *déclaration des droits de l’homme* francesa de 1789²¹, o la declaración universal de las Naciones Unidas en 1948²².

Estas declaraciones –universales o no–, no conmueven a los hispanoeuropeos, ni menos a los hispanoamericanos. El mundo de los derechos les parece demasiado artificial e inasible, en comparación al real e inmediato de los bienes, a que está acostumbrado. Para ellos lo que cuenta es disponer de lo propio y no meterse en lo ajeno. Así lo hace notar en 1836, nada menos que Andrés Bello, primera figura intelectual del mundo hispánico en el siglo XIX. Señala: “Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de los derechos políticos, que concede el código fundamental del Estado, al cuidado y conservación de su intereses y que se sienta más herido cuando se le prive del derecho a sufragio que cuando se le despoja violentamente de sus bienes”²³.

Lo hispánico es una viva conciencia política como servicio a la patria, pero sin mayor relación con un sentido cívico. Para ellos, lo importante es el buen gobierno, la cosa pública, no una participación más o menos ficticia en el poder. Acostumbrados a servir personalmente, incluso a su propia costa, en forma libre y voluntaria a su país y a su rey, los deberes cívicos, anónimos e impuestos por igual a todos en virtud de la constitución y las leyes, les parecen forzados y artificiales.

¹⁸ Dicey, nota 1.

¹⁹ *Siete Partidas* 7,1,26. Cfr. Bravo Lira, Bernardino, “Derechos civiles y políticos en España, Portugal y América hispana”, en *Revista de Derecho Público* 39–40, Santiago 1986, ahora en él mismo, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica, siglos XVI a XX*, Valparaíso 1985. Él mismo, “Bürgerrechte und politische Rechte in der iberischen und iberoamerikanischen juristischen Tradition”, en *Rechtstheorie* 24, Berlín 1993. Él mismo, “Fortdauer und Problematik des Rechtsstaats in Iberoamerika (16.–21. Jahrhundert)” en Peczenic, Aleksander (ed.), *Proceedings of the 21st. IVR World Congress*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 95, Stuttgart 2004.

²⁰ Schwartz, B. *The Bill of rights. A documentary History*, Nueva York 1961.

²¹ Ver nota 16

²² *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, en Hervada, Javier y Zumaquero José, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona 1978.

²³ Bello, Andrés, “Responsabilidad de los jueces”, editorial de *El Araucano* 305, Santiago, julio 1836, ahora en sus *Obras completas*, 15 vols., Santiago 1881–93, p.191. Acerca de la contraposición entre doctrina de los bienes y de los derechos, es fundamental Brandt Reinhardt, *Menschen Rechte und Gasterlehre*, en él mismo (ed.) *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, Berlín–Nueva York 1982.

Dos vertientes del Estado de derecho: jurisdiccional y reguladora

Este Estado de derecho, poco conocido en Europa, no es menos digno de atención que las otras versiones con que los especialistas están más familiarizados, el *règne de la loi* y la *rule of law*. La divergencia entre ellos se anuncia ya en las mismas fechas del texto de Bello recién transcrito. Por la misma época, Friedrich Julius Stahl precisaba: “El concepto de Estado de derecho no se refiere en absoluto al fin y al contenido del Estado, sino tan sólo al modo y forma en que ambos se llevan a cabo”²⁴. Ese fue el punto de partida para el deslizamiento del Estado de derecho hacia el totalitarismo duro, al modo soviético, y blando al modo del nacionalsocialismo, que como se sabe, se impuso por vías legales²⁵, del mismo modo que después de la segunda guerra mundial se impuso en las democracias europeas y anglosajonas. El totalitarismo cundió en todo el mundo desde la Unión Soviética, hasta sus oponentes los Estados Unidos, que se presentaban como campeones de la democracia, los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos. Si en 1950, el ruso Wyschinski había afirmado “La constitución no es para proteger a los individuos frente al Estado, sino al Estado frente a los individuos”²⁶, menos de medio siglo después, denunciaba el estadounidense Bovard que en su país “hoy las leyes crecientemente existen para someter a los ciudadanos, no a los gobiernos”²⁷. A la larga, el despotismo blando, como lo llamó Tocqueville, sigue las huellas del despotismo duro²⁸.

Si hay que buscar un modelo similar al hispánico, es preciso ir más allá de la Europa atlántica y de los Estados Unidos, hasta la Europa central, en el otro extremo del mundo moderno, a Austria y los países danubianos. Allí también la clave del Estado de derecho es la persona más bien que el individuo. Hay un conciencia de la diversidad y del respeto a los demás. En lugar de darse a todos lo mismo, se busca dar a cada uno lo suyo. O sea, se sobrepone a la uniformidad de lo genérico, la diversidad de lo propio, esa pluralidad tan bien destacada por Csaky²⁹.

²⁴ Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts*, II. Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christliche Weltanschauung, Tübingen–Leipzig 1878^{3a}. Krueger, nota 13. Boeckenfoerde, nota 13. Link, Cristoph, Anfänge des Rechtsstaatsgedankens in der Deutschen Staatsrechtslehre des 16. bis 18. Jahrhunderts in Schnur, Roman (ed.) *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlin 1986. Friedrich Julius Stahl (1802–1861), *Christlicher Staat und Partei der Legitimität* en Heinrichs H. (ed.), *Deutsche jüdischer Herrkunft*, Munich 1993.

²⁵ Bracher, Dietrich, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Berlin 1960.

²⁶ Wyschinski, Andrei, *Cuestiones de teoría del Estado y del derecho* (en ruso), Moscú 1949.

²⁷ Bovard, James, *Lost Right. The destruction of the American Liberty*. Él mismo, “Imperio de la Ley” en *El Mercurio* 14 de junio de 1994.

²⁸ Tocqueville, Alexis de, *La démocratie en l'Amérique*. París 1835. trad. castellana, México 1957.

²⁹ Csaky, Moritz, “Oesterreich und die Mitteleuropaidee”, en *Europäische Rundschau*, 1982, 2. Él mismo, *Ideologie der Operette und Wiener Moderne. Ein kultur historischer Essay*, Viena–Colonia–Weimar, 1996, aumentada ibid. 1998², esp. Cap. 7 *Pluralität–Kultur–Geschichte*. Él mismo, “Pluralität in der Monarchie als Kriterium der oesterreichischer Identität”, debo el conocimiento del manuscrito a gentileza del autor. Plaschka, Richard, Stourzh, Gerald y Niederkorn, Jan Paul (eds.), *Was heisst es Oesterreich?*, Viena 1995, con trabajos de 14 especialistas.

Dicho de otra forma, en lugar de luchar por *derechos* – iguales para todos –, por dar lo mismo indistintamente a unos y a otros, se lucha por *el derecho*, por dar a cada uno lo suyo, los bienes que le pertenecen. Esto es tarea común a todos, no sólo de los gobernantes, sino también del pueblo, entendido al modo de las *Partidas*, los grandes, los medianos y los menores³⁰. Para decirlo brevemente, este Estado de derecho convoca a todos los sectores del pueblo a fin de hacer prevalecer el derecho frente a la violencia, venga de quien venga, o sea, contempla, llegado el caso, la resistencia y la rebelión legítima, encaminadas a reestablecer el derecho atropellado³¹.

Temprana expresión de esta primacía del derecho, es el *rex eris si recte facias, si non facias, non eris*, que se remonta al siglo VI. Desde entonces, no deja de resonar en la vida de los pueblos hispánicos de ambos mundos³². Es una constante. Otra expresión, no menos maciza, es el antiguo grito *viva el rey, muera el mal gobierno*, que proclama la fidelidad al derecho, representado por el monarca, por encima del gobernante que lo quebranta con sus abusos³³. En la práctica, este grito se ha usado no sólo para protestar contra el mal gobernante, sino incluso para deponerlo. En este Estado de derecho, el vasallo y luego el ciudadano, no se dejaron arrinconar fuera de la vida pública y convertir en comparsa que sólo sale al escenario cuando es convocada a elecciones. Antes bien, cada uno, según el lugar y posición que ocupa, es un guardián permanente del derecho.

³⁰ *Siete Partidas* 7,1,26

³¹ Isensee, Josef, *Das legalisierte Wiederstandsrecht*, Bad Homburg 1969. Kern, Fritz, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht*, Leipzig 1914, hay reimpresión Darmstadt 1954, trad. castellana, sin notas, Madrid 1955. Brunner, Land und Herrschaft, nota 11. *Les surêtes personnelles*, en *Recueil de la Société Jean Bodin*, vols. 28 al 30, Bruselas 1964–1974. *L'individu face du pouvoir*, ibid., vols. 46 y 47, París 1988.

³² Sevilla, Isidoro de, *Etymologiarum* 9,3,4, Balogh, G., “Rex a recte regendo”, en *Speculum* 2, 1920. Maravall, José, Antonio, “La morada vital hispánica y los visigodos”, en *Clavileño* 34, Madrid 1955. Orlandis, José, “En torno a la noción visigoda de tiranía”, en *AHDE* 29, 1959. Sobre su recurrencia, Widow, Juan Antonio, “La rebelión y sus fines” en *Tizona* 41, 1 julio 1973, editorial. Tejada, Francisco Elías, “La resistencia al tirano”, ibid. Acerca de los efectos de esta discusión, Garay, Cristián, “Teoría política y carlismo en Chile”, en *Aportes* 22–23, Madrid 1993. Giachino Panizza, Luis, “España 1936”, ibid. 45, agosto 1973. Una vez producido el pronunciamiento, el último presidente del Senado, Eduardo Frei, lo justificó de la misma manera, a la luz del “derecho a la rebelión”. A su juicio en el caso de Chile ese derecho “se convierte en un deber. Es un derecho jurídico proclamado por todos los tratadistas e historiadores, como el Padre Mariana”. Cfr. *Entrevista al corresponsal de ABC Luis Calvo*, aparecida el 10 de octubre de 1973. Reproducida parcialmente por *El Mercurio*, Santiago 12 de octubre de 1973. Texto completo en González Errázuriz, Francisco Javier, *El Partido Demócrata cristiano. La lucha por definirse*, Santiago 1989, apéndice pp. 225 ss.

Otros políticos, como el sucesor del presidente Pinochet, Patricio Aylwin, decidido opositor a Allende, mantuvo una posición similar. Sobre sus declaraciones en 1973 y 1998, Soto G., Angel, “Aylwin admitía como mal menor la idea de una dictadura transitoria” en *La Segunda*, Santiago 17 de julio 2003.

³³ Sobre el sentido y recurrencia del grito, Domínguez Ortiz, Antonio, *Aliaciones andaluzas*, Madrid 1973. En Iberoamérica, Jane Cecil, *Liberty and despotism in Spanish America*, Nueva York 1929, trad. castellana, Madrid 1931. Machado Ribas, Lincoln, *Movimiento revolucionario en las colonias españolas de América*, Buenos Aires 1940. Meza Villalobos, Néstor, *La conciencia política chilena durante la monarquía*, Santiago 1958. Últimamente, para la segunda mitad del siglo XVIII, Andrés-Gallego, José, *Quince revoluciones y algo más*, Madrid 1992.

País real y país legal

La contraposición entre el propio Estado de derecho y los modelos provenientes de la Europa atlántica, arroja nueva luz a la agitada vida política de los pueblos hispánicos en los siglos XIX y XX. Tanto España y Portugal como Hispanoamérica, se debaten entre lo propio y lo foráneo. Es una tensión entre el Estado jurisdiccional –de la constitución histórica– y el Estado regulador –de las constituciones escritas– que chocan como dos placas tectónicas que no terminan de acomodarse entre sí y no pueden menos que provocar repetidos terremotos y conmociones. Algunos han atribuido esta inestabilidad política e institucional a incapacidad e inmadurez de los pueblos hispánicos para adoptar instituciones ajenas a su idiosincrasia.

Al respecto, últimamente, el diagnóstico ha cambiado de forma brusca y diametral. Se habla de un rechazo, como el de un cuerpo sano frente al elemento extraño³⁴. Más aún, el alemán Steger ha afirmado que Hispanoamérica es el *hoyo negro* donde mueren las ideologías del racionalismo europeo, desde el liberalismo hasta el socialismo, desde el progreso indefinido hasta los *ismos* en general, que a la luz de la Postmodernidad, aparecen como anacrónicos *metarrelatos*³⁵. En esta pugna entre el país real y el país legal, el primero lleva todas las de ganar. En todo caso, en esto hay diferencias. Mientras los españoles pasan por abiertos a recibir lo que venga allende los Pirineos, los portugueses son más cautos, los iberoamericanos, más viscerales. Entre ellos lo foráneo lleva siempre la peor parte frente a lo propio. Por lo demás, esto no tiene nada de extraño. Los núcleos desprendidos de su solar de origen, revelan una tendencia arcaizante, único modo de mantener la verdadera identidad en el nuevo medio en que se encuentran. Ejemplos hay muchos, desde el lenguaje, que en Brasil y América española se mantiene más fiel a sus orígenes que en Portugal y Castilla, hasta magnas obras eruditas como el código civil, que es más genuinamente castellano o portugués en Hispanoamérica que en la Península ibérica³⁶.

No está de más apuntar, para completar el cuadro, que esta versión hispánica del Estado de derecho, guarda cierta similitud con la de los pueblos danubianos bajo la monarquía austriaca. Ambas se contraponen a las versiones de la Europa atlántica, porque están igualmente alejadas de la uniformidad impuesta por ley a todos los habitantes, que del

³⁴ Clavero Bartolomé, *Ley del código: Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América*, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 23 Florencia 1994.

Bravo Lira, Bernardino, Entre dos constituciones, histórica y escrita, Scheinkonstitutionalismus en España, Portugal e Hispanoamérica, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27 Florencia 1998.

³⁵ Steger, Hanns Albert, "América Latina" en *Encuentros*, 1, Caracas 1987; el mismo, "Deutschland und Lateinamerika, Gedanken zur Anthropologie gegenseitigen Verehens oder Misverstehens" en *Jahrbuch f. Geschichte, von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 25, Colonia-Viena 1988, pp. 831 ss. La cita p. 835.

³⁶ Cruz, Guilherme Braga da, "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro" en *Revista da Faculdade de direito*, São Paulo, 1955. Bravo Lira, Bernardino, "Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica 1827–1917. Derecho nacional y europeización", en Levaggi Abelardo (ed.) *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires 1992.

recorte de su actividad política a unas ocasionales elecciones populares, a las que tanto en Hispanoamérica como en Centroeuropa, se mira como algo más bien secundario.

Honor, vida y hacienda: la versión hispánica del Estado de derecho.

Los orígenes del Estado de derecho hispánico son, con mucho, los más antiguos de Europa y, por tanto, también de América. Lo propio suyo es, ante todo, ser eminentemente práctico. Atiende a proteger en forma inmediata y directa a la persona misma o a lo que de alguna manera le pertenece. Se ocupa de cosas concretas, tangibles, como son *su* honor, *su* vida, *su* integridad física, *su* libertad física o de residencia, *su* casa, *sus* cargos, *sus* haberes.

En otras palabras, la protección no recae sobre derechos, sino inmediatamente sobre cosas. De ahí que el lenguaje de los derechos le sea extraño. No se habla de derecho a la vida, a la libertad, al honor o a la propiedad, sino simplemente de dichos bienes. Por lo demás, la noción misma de derecho subjetivo, es decir, como facultad de una persona, es de origen muy reciente. No se remonta más allá de la Edad Moderna y surge, por tanto, en una época en la que esta tradición hispánica ya había alcanzado su madurez. Sólo tardíamente se da el nombre de derechos o libertades civiles a los bienes protegidos.

Menos aún recae esta protección, eminentemente concreta, en abstracciones como los derechos humanos. En rigor, ellos son meras aspiraciones o ideales, pues apuntan hacia cosas convenientes a todo hombre en todo tiempo y en todo lugar, que, en el hecho, muchos están lejos de poseer. Tales son, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud, la educación, la propiedad.

Por estar centrada en bienes concretos, la protección hispánica no conoce otros derechos políticos que los que miran al buen gobierno, uno de cuyos aspectos primordiales es asegurar a cada uno el pacífico disfrute de lo suyo. En consecuencia, no hay aquí lugar para derechos políticos, entendidos como formas de participar en el gobierno, salvo por una vía estamental, a través de cuerpos u organizaciones intermedias.

Debido a su carácter práctico, esta tradición no se materializa, como la de los derechos humanos, en pomposas declaraciones, sino en medios operantes de protección. Por eso su surgimiento y sus avances son empíricos. Progresan de un modo tanteante, probando y corrigiendo una y otra vez las distintas soluciones, hasta dar con las más eficaces. A menudo ellas nacen como reacción contra males reales a los que pretenden remediar o prevenir.

Sería imposible reconstruir aquí, en detalle, esta historia milenaria, llena de incidencias y vicisitudes. Apenas existen estudios parciales³⁷. Los presentes apuntes preten-

³⁷ El único enfoque de conjunto que conozco es de casi veinte años atrás: FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica, Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena, en Estudios de Historia de las instituciones políticas y sociales, 2, Santiago 1967. En Les sûretés personnelles (nota 1) vol. 2, llama la atención que haya sólo un estudio sobre la península ibérica, por otra parte excelente, pero sumamente especializado: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Las fianzas en los derechos aragonés y castellano.

den tan sólo mostrar que es muy digna de estudio, que aquí aguarda a los investigadores un campo inmenso.

I. Reconquista y orígenes de la protección a las personas, *ius proprium y ius commune*

Los orígenes de la tradición hispana e hispanoamericana de seguridades personales y patrimoniales se remontan al reino hispano visigodo, que abarcó la Península Ibérica entre los siglos V y VIII.

Su gran problema fue la inestabilidad política, fuente de trastornos y abusos sin cuento. Ella tenía raíces profundas. De modo muy esquemático, puede decirse que la pugna entre nobleza y realeza había condenado al país a una constante oscilación entre anarquía y represión³⁸.

Las luchas incesantes por el poder daban lugar a incontables atropellos. Nadie estaba seguro ni de sus cargos ni de sus bienes ni de su vida. La incertidumbre afectaba no sólo a los poderosos, sino que se extendía también a sus seguidores y dependientes.

Se probaron diversos remedios para poner coto a esta situación, algunos de gran refinamiento jurídico. A partir del V Concilio de Toledo celebrado en 636 encontramos diversas medidas concretas, primero en favor de los magnates y, luego, de los hombres libres, en general. Ellas llegan a su punto culminante en el XIII Concilio de Toledo de 683, cuando también la anarquía alcanza un grado máximo.

En esta situación surge la exigencia del juicio previo por sus pares para que los magnates del oficio palatino puedan ser castigados por delito o privados de sus cargos, su libertad o sus bienes. En el caso de los demás hombres libres, se exigió también juicio previo para sancionarlos por delito o desposeerlos de lo suyo³⁹.

Pero no hay que dejarse deslumbrar por estos textos. No son sino un testimonio de los lamentables atropellos a los que pretendían poner atajo. Vale para ellos la sentencia de Tácito: las buenas leyes son prueba de las malas costumbres.

Estas medidas no tuvieron mayor eficacia y el reino hispano visigodo, minado por las luchas intestinas, sucumbió muy pronto a manos de los musulmanes. Sin embargo, su legislación sobrevivió y llegó a tener vigencia en América, por varios siglos. Los cánones de los concilios toledanos, confirmados las más de las veces para efectos civiles por

³⁸ Thompson E.A., *The Goths in Spain*, Oxford 1969, trad. castellana, Madrid. 1971. Claude Dietrich, *Adel, Kirche und Konigtum im Westgotenreich, Sigmaringen*. 1971, García Moreno, Luis A., *El fin del reino visigodo de Toledo. Decadencia y catástrofe, una contribución a su crítica*, Madrid, 1975. Orlandis, José, *La España visigoda*, Madrid 1977.

³⁹ Vives, José, *Concilios visigodos e hispanorromanos*. Barcelona. Madrid. 1963, Concilio V de Toledo año 636, 6, p. 229, xm Concilio de Toledo año 653, 2 p. 416 ss. Esta última disposición fue recogida en el *Liber Iudiciorum* 2,1, 6.

los reyes, y el *Liber iudiciorum* en el que se recogen, por ejemplo, los citados del XIII Concilio Toledano, rigieron a lo largo del resto de la Edad Media en la Península Ibérica y desde comienzos de la Edad Moderna también en Hispanoamérica. El *Liber*, después de haberse aplicado en principados cristianos durante la Alta Edad Media y en la España musulmana para los mozárabes, fue traducido al castellano en la Baja Edad Media bajo el nombre de *Fuero Juzgo* y, como tal, se mantuvo en vigencia en Castilla y luego, además, en América hasta la codificación que se completa sólo al comenzar el siglo XX.⁴⁰

No obstante esto es solo un preludeo del gran florecimiento de la protección a las personas en la Península Ibérica posterior a la ruina del reino hispano visigodo. Nuevas garantías procesales se contemplan en los decretos de las llamadas Cortes de León (c. 1188), conocidos bajo el nombre de *Charta Magna Leonesa*. El rey Alfonso IX jura que no procederá contra nadie por simple denuncia, sino después de probados en su tribunal los cargos que se aducen contra él. Antes de lo cual no le hará *malum vel damnum, vel in persona vel in rebus suis*⁴¹. La exigencia del juicio previo cubre pues, tanto la persona como la hacienda del inculgado.

A ello se añaden otras dos medidas prácticas. Por una parte se prohíben varias formas de hacerse justicia por sí mismo, y se obliga a ocurrir a los jueces reales, eclesiásticos o señoriales⁴². Por otra parte, se sanciona como delito al que "ad domum alicuius per vim vadat vel damnum aliquod in ea vel hereditate eius faciat"⁴³. Es decir, se pena al que entra con violencia en casa ajena, causa daño en ella o en la heredad de otro.

Junto a estas formas de protección a las personas aparece en el decreto de Alfonso IX otro elemento: un antecedente de lo que podemos llamar derechos políticos de los estamentos que componen el reino. El rey promete: *quod non faciam bellum vel pacem vel placitum nisi cum consilio episcoporum, nobilium et bonorum hominum per quorum consilio debeo regi*⁴⁴. O sea, el rey admite que debe reinar con consejo de los obispos, nobles y hombres buenos y, por eso, se obliga a no hacer la guerra ni la paz ni la tregua sin su dictamen.

Poco posterior parece ser la manifestación, surgida en Aragón como medio concreto de hacer efectiva la seguridad de la persona. Al efecto, el justicia exige, en caso de prisión, que el afectado le sea presentado o manifestado⁴⁵.

⁴⁰ García-Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español* (2 vols.). Madrid. 1968, hay numerosas ediciones posteriores.

⁴¹ *Decreto de la curia de León*, 2, ed. Real Academia de la Historia, *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, vol. 1, Madrid 1861, p. 1 ss. pp. 39-42. García-Gallo, Alfonso, "El pactismo en el reino de Castilla y su proyección en América", en Instituto de España, *Simposio El pactismo en la Historia de España*, Madrid 1980 esp. p. 150 ss. Procter, E.S., *Curia and Cortes in León and Castile 1072-1295*, Cambridge. 1980.

⁴² *Ibid.* 4 ss.

⁴³ *Ibid.* 11.

⁴⁴ *Ibid.* 3.

⁴⁵ Sáenz De Tejada y De Olazaga, Francisco, *El Derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, Madrid s/f (1957); Lalinde Abadía, Jesús. *La gobernación general en la Corona de Aragón*, Madrid-Zaragoza. 1962; *Los fueros de Aragón*, Zaragoza. 1976; Martín-Ballester, Luis, "El justicia mayor del reino y su proyección actual" en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza* 43, Zaragoza. 1971.

Esta es una época de extrema diferenciación jurídica. Los estamentos eclesiástico y nobiliario terminan por tener un fuero propio, esto es, un derecho y, a menudo también, tribunales privativos. Asimismo, musulmanes y judíos tienen derecho y jueces propios⁴⁶.

Por su parte, los habitantes de muchas villas y lugares gozan de privilegios o garantías, que se consignan en los fueros locales⁴⁷. Estos son, sin disputa, la más rica fuente en materia de seguridades personales. Ellas valen para toda la población de una localidad, es decir, se aplican a todos sin distinciones de tipo estamental⁴⁸. Su contenido es eminentemente casuista, de suerte que nos encontramos con gran profusión de medidas protectoras. Pero estos textos, en su redacción original o en otras similares, se difunden entre múltiples localidades. Así, a la postre, la gama de seguridades personales y patrimoniales es bastante uniforme. Se protege la vida de cada uno, su libertad de movimiento y de residencia, su casa, su integridad corporal, sus propiedades y demás.

La recepción del Derecho Común inaugura una nueva época en el derecho castellano y portugués⁴⁹. Se inicia el cultivo científico del derecho y con él el despegue de la legislación real, que en gran parte es obra de los juristas. —Pero esto no significa que la protección a las personas se materialice a través de derechos ni que se la sistematice de alguna forma. Siguen siendo tan casuistas y concretas como antes, pero se enriquecen y complementan con elementos de raíz romana o canónica.

Así se ve en los fueros locales más influidos por el Derecho Común, como el de Cuenca y sobre todo en la obra cumbre de ese Derecho, las *Siete Partidas*.

Los fueros locales protegen a cada uno en su libertad personal contra la prisión sin previa orden judicial⁵⁰; su casa contra la violencia o el asalto⁵¹, su vida contra el homi-

⁴⁶ Sánchez-Albornoz, Claudio, *De población y repoblación del valle del Duero*. Buenos Aires. 1966; "La frontera y las libertades de los castellanos", en inglés en *The New World books and its history*, Austin. 1963, ahora en castellano en *Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas*. Santiago. 1970; Gibert, Rafael, "Derecho municipal de León y Castilla", en *AHDE* 31 (1961); Barrero, Ana María, *La familia de los fueros de Cuenca*, ibid 46 (1976); "El derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra", en *Acti del convegno de Varenna*. Milano. 1980: *El derecho local en la Edad Media y su formulación por los reyes castellanos* (en prensa; debo sus conocimientos a gentileza de la autora). Un panorama general en Valdevellano, Luis García de. *Curso de Historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*. Madrid. 1968. Últimamente, Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*. Madrid. 1975.

⁴⁷ Así, por ejemplo. *Fuero de Cuenca*, I 1, 7, ed. crítica con introducción, notas y apéndices de Ureña y Smenjaud, Rafael de, Madrid. 1935: "todas las casas así del pobre como del rico, así del noble como del non noble un fuero ayan y una calonna". Textos similares en otros fueros, como los de Sepúlveda, Zorita de los Canes, Avilés, Oviedo, o Sahagún. Para esto y lo que sigue, Figueroa (nota 37) 49 ss.

⁴⁸ "Ninguno ni Señor ni otro no tengan omne preso, maguer (a pesar de) que por propia calonna o por debdo sea venado, mas el juez téngalo preso en su casa fasta que pague lo que debiera," *Fuero de Cuenca*, nota 47.1,1,8. Igual texto en otros fueros como de Sepúlveda o de Zorita de los Canes.

⁴⁹ Sobre el Derecho Común y su significación europea, Coing, *Helmut, Handbuch der Quellen una Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos (5 volúmenes), aparecidos, München. 1973–82, tomo 1 con abundante bibliografía.

⁵⁰ *Fuero de Cuenca* (nota 47), I, 6.

⁵¹ *Fuero de Zorita de los Canes*, ed. Ureña y Smenjaud, Rafael de, Madrid. 1911, p. 4–32.

cidio, su integridad física contra las lesiones⁵², su propiedad privada⁵³ y la comunal⁵⁴, raíz y mueble contra atentados de diversa especie. Sobre esto último señala María Angélica Figueroa: “en el Fuero de Cuenca hay normas especiales en cada caso para regular el daño, la apropiación o destrucción de las bestias o bueyes que aren o trillen –caso en el que no sólo debía pagarse el valor de la cosa, sino también el perjuicio producido– para cada tipo de animales menores, para el daño de rastrojos, en la destrucción o daño de ruedas y muelas de molino, en los canales y en las represas, entre muchas otras”⁵⁵.

Las *Siete Partidas* son el principal cuerpo legal aplicado en España y Portugal desde el siglo XVI y en Hispanoamérica desde el descubrimiento, cuya vigencia se prolongó a ambos lados del Atlántico hasta la codificación, es decir, hasta el siglo XX⁵⁶. Constituyen una verdadera suma de Derecho. Pretenden abarcar toda la materia jurídica de una visión unitaria, de fundamento teológico. Dentro de esta perspectiva teocéntrica, exaltan la dignidad del hombre, que está por debajo de Dios, pero que ha sido puesto por Él sobre el resto del universo visible, lo que, como sabemos, da origen a la afirmación: *la persona del hombre es la más noble cosa del mundo*.

La expresión más señalada de esta dignidad del hombre, de raíz teológica, es la honra, concepto que ya en esta época tiene extraordinaria relevancia en la vida de los pueblos de habla castellana y portuguesa. De ello dan fe la literatura y el derecho.

Según *las Partidas* tres son las honras que hizo Dios señaladamente al hombre. Primero, al hacerlo a su imagen y semejanza con inteligencia para conocer al mismo Dios y a las cosas. En segundo lugar, Dios le dio para su servicio todas las demás criaturas que hizo (salvo los ángeles) y, por último, le dio a la mujer por compañera en la que hiciera linaje, es decir, Dios quiso asociar al hombre a la propagación del género humano⁵⁷.

Conforme a este concepto de honra, el mayor atentado contra ella no puede provenir de afuera, de otro, sino del propio sujeto, que se rebaja a sí mismo cuando procede indignamente, lo que le lleva a perturbar el orden. Es lo que sucede en la falta de fidelidad o traición: “la más vil cosa e la peor en que puede caer el corazón del hombre”. Con ella, en efecto, “yerra contra Dios y contra todos los hombres, haciendo lo que no debe hacer”⁵⁸.

⁵² Con detalle trata esta materia el seudo ordenamiento de León, 2, publicado en el *Anuario de Historia del Derecho Español* 13 (Madrid) 1943: “Que ningún omne por sanna que aya contra otro non deve le mistar a otro ninguno, ni enforzar, ni lisiar, ni matar a christiano ni a moro, ca todo esto es justicia del rey e non cae a omne otro ninguno y si alguno otro lo fidere deve estar a la merced del rey”.

⁵³ *Fuero de Sepúlveda*, 23, ed. crítica y apéndice documental de Sáez, Emilio, *Los fueros de Sepúlveda*, Segovia, 1953.

⁵⁴ *Ibid.*, 33. *Fuero de Cuenca*, nota 47,1, 2,1.

⁵⁵ Figueroa (nota 37) p. 56.

⁵⁶ Bravo Lira, Bernardino, “Vigencia de las Siete Partidas en Chile”, en su *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989, pp. 89 ss.

⁵⁷ *Siete Partidas*, 4 prólogo.

⁵⁸ *Ibid.* 7, 2,1.

Después del autorrebajamiento vienen las diversas formas de vileza debidas a causa ajena. Entre ellas está la esclavitud: “la más vil cosa de este mundo que pecado non sea”. Por eso “es la más despreciada; así (como) la libertad es la más cara y la más preciada”⁵⁹.

Se comprende muy bien que entre los deberes del rey figure el de honrar a los hombres de su reino. Lo que debe hacer de hecho, de palabra y de modo público... Así, el rey debe “poner a cada uno en el lugar que le conviene por su linaje o por su bondad o por su servicio” y “mantenerle en él, non faciendo porque lo debiese perder”. Luego debe honrar a cada uno de palabra “loando los buenos fechos que le hicieron, de manera que ganen por ende fama y buena prez”. Por último, debe el rey querer “que los otros lo razonen así y honrándolo será él honrado por las honras de ellos”⁶⁰.

La honra se protege en las Partidas de diversas maneras. Incluso dedica a las deshonoras un título que coloca inmediatamente después del homicidio. El detalle con que distingue varias formas de ella muestra la importancia que le atribuye. Se ocupa de la deshonra de palabra, por escrito o por vías de hecho. Entre éstas contempla lesiones corporales o cuando uno persigue a otro para herirlo o apresarle, “lo encierra en algún lugar o le entra por fuerza en la casa” o “rompiendo un hombre a otro los paños que vistiese o despojándolo de ellos por fuerza o escupiéndole a la cara a sabiendas”⁶¹.

No obstante, en ningún momento califican *las Partidas* a la honra como derecho. Otro tanto ocurre con la vida, la libertad, la propiedad. Son bienes que se poseen, no derechos que se prometen o a que se aspira. Su protección da lugar a múltiples medidas concretas, no a simples declaraciones. De ahí que se hable de deberes y no de derechos.

Este mismo esquema se aplica a la política. Así se trata de los deberes del rey y de los deberes del pueblo, pero no de sus derechos. Por lo demás, el rey y el pueblo no se presentan en una relación vertical, uno arriba y el otro abajo, como nosotros estamos acostumbrados a plantear la relación entre gobernante y gobernados⁶².

La visión es siempre teológica y el hombre –sea gobernante o gobernado– está situado debajo de Dios y por encima de las cosas inanimadas. Así, tanto el rey como el pueblo son sujetos de tres tipos de deberes. En primer lugar, tiene deberes para con Dios, que está por encima de ambos. En el otro extremo tiene deberes para con la tierra, vale decir, la patria, que está entregada al cuidado de ambos. Entre unos y otros deberes están los del rey para con el pueblo y los del pueblo para con el rey.

Estos deberes políticos alcanzaron proyecciones históricas insospechadas, pero en su origen no son, bajo ningún aspecto, derechos políticos. Transformarlos en tales sería

⁵⁹ Ibid. 4, 23, 8.

⁶⁰ Ibid. 2,10, prólogo.

⁶¹ Ibid. 7, 9, leyes 1, 3 y 6.

⁶² Sobre esto y lo que sigue, Bravo Lira (nota 56) 67 ss.

sobreinterpretarlos. El *auxilium* y el *consilium* que el pueblo debe al rey, son demasiado genéricos como para configurar un derecho del rey, es decir, una regalía. Lo mismo ocurre con la protección que el rey debe a sus vasallos, que comprende tres tipos de abusos: los del propio gobernante, los de los poderosos y los de los enemigos exteriores⁶³. Tampoco da origen directamente a un derecho político de los vasallos, aunque sí concurre a la formación de la noción de buen gobierno y a través de ella, en el siglo XVIII, a la noción de fines del Estado⁶⁴. De la noción de buen gobierno, brota en la Península y a lo menos, desde el siglo XVII en Hispanoamérica un deber político de velar por el buen gobierno y el orden instituido (constitución no escrita), que es como la suma y compendio de todos los demás deberes políticos⁶⁵.

Pero lo que principalmente se fortalece bajo el signo del Derecho Común y de las alteraciones que vive Castilla en los siglos XIV y XV, son las medidas concretas de protección a los vasallos. En 1325 y en 1329 se manda que no se cumplan las órdenes desaforadas, esto es, ilegales, de “lisiar o matar, o desterrar”⁶⁶. Se refuerza así la protección de la vida, de cada uno, su integridad corporal, su libertad física, sus bienes y su libertad de residencia. Un siglo después ordena Juan que se obedezcan pero no se cumplan las reales cartas por las que se despoja a alguno “de sus bienes y oficios” sin que primeramente sean llamados y vencidos⁶⁷. Esto es, se exige el juicio previo para privar a alguien de sus bienes o de sus cargos. Todas estas medidas se recogen en las recopilaciones de leyes de Castilla y pasan como derecho vivo a América. Rigen tanto en España como en América española en general hasta la codificación en los siglos XIX y XX.

Paralelamente se desarrollan los recursos de los gobernados contra el gobierno, por actos arbitrarios o que les sean lesivos⁶⁸. Los más importantes son la apelación contra actos de gobierno y la suplicación contra la sentencia de apelación. La primera se configura plenamente en el siglo XIII. Tiene por objeto obtener la reparación de un agravio, causado por un acto injusto, que podría ser incluso la designación para determinado oficio. Conocía de las apelaciones contra los oficiales y corregidores de las villas, la Audiencia, a la que tres años antes del descubrimiento de América se le reconoció facultad para suspender la ejecución del acto de gobierno apelado⁶⁹. De los

⁶³ *Siete Partidas* 2,10, prólogo, Bravo Lira (nota 56) 69 ss.

⁶⁴ Bravo Lira, Bernardino, “Metamorfosis de la legalidad. Forma y sentido de un ideal dieciochesco”, en *Revista de Derecho Público* 31–32 (Santiago), 1982.

⁶⁵ Bravo Lira, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago. 1986.

⁶⁶ *Cortes de Valladolid 1325*, petición 3 y de *Madrid 1329*, en Real Academia de la Historia, Cortes (nota 41). Estas disposiciones se recogieron en la *Nueva Recopilación* 4, 14, 4, y en la *Novísima Recopilación* 3, 4, 3, y tuvieron dilatada aplicación. Hay testimonios de su vigencia casi cinco siglos después en América: por ejemplo, la invoca la Real Universidad de San Felipe, en Santiago de Chile, en 1808 para oponerse a una resolución del gobernador. Meza Villalobos, Néstor, “Los orígenes de la cultura política de los chilenos” en *Política* 3 (Santiago) 1983.

⁶⁷ *Cortes de Valladolid 1448*. Pasa a la *Nueva Recopilación* 4, 13, y a la *Novísima* 3, 4, 6.

⁶⁸ Para esto y lo que sigue, Villalpalos, Gustavo. *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja Edad Media, Su evolución histórica en el reino castellano 1252–1504*, Madrid. 1976.

⁶⁹ *Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid, 24 marzo 1489* en Libro de Bulas y Pragmáticas fol. 490–60. Agradezco la ayuda del prof. Agustín Bermúdez Aznar para obtener el texto.

actos del rey o de la Audiencia y, en general de aquellos contra los cuales no procedía alzada por vía de derecho, cabía suplicación por vía de merced⁷⁰. Se resolvían, entonces, por equidad más bien que por derecho. Hay noticia de casos en que se condenó al propio rey a indemnizar⁷¹. Desde las Cortes de Segovia en 1390, el conocimiento de la suplicación se radica en la misma Audiencia⁷², régimen que pasó a América.

II Conquista y expansión ultramarina

Los grandes descubrimientos geográficos a fines del siglo XV abren una nueva época en la historia del derecho europeo, la de su difusión fuera de Europa.

Sus iniciadores fueron Portugal y España, cuya vieja tradición de protección a las personas se renovó y amplió al contacto con la realidad americana. Así sucedió no sólo con la población de origen europeo, sino sobre todo con las poblaciones aborígenes del Nuevo Mundo.

Españoles y portugueses introdujeron en América y Filipinas las formas de protección de la persona a que estaban acostumbrados. Pero el modo en que se realizó la expansión, la distancia de los nuevos territorios y muchos otros factores obligaron a complementarlos y a adicionar otros nuevos.

Según se sabe, los conquistadores actuaron por propia iniciativa y, como gustaban subrayar, *a su costa y minción*. Es decir, vinieron a América, se equiparon y ganaron nuevos territorios para Dios y para el rey, por propia decisión y sin paga alguna. Gastaron su vida y su hacienda para servir a ambas Majestades y aspiraban a un premio por ello, una recompensa para sí y para sus hijos. Se desarrolló y arraigó así en Hispanoamérica con extraordinaria fuerza una conciencia de sus propios méritos frente al rey. Ella no se restringe sólo a los estratos dirigentes, sino que alcanza hasta el último conquistador. En vista de los grandes servicios prestados, todos se sentían merecedores no sólo de premio, sino también de especiales consideraciones del rey y de sus agentes⁷³. No se trataban de “tu”, sino de “vuestra merced”, o sea, “*usted*”, en castellano o “*você*”, en portugués”.

Esta actitud es una versión actualizada y, en cierto modo, exacerbada en las peculiares condiciones del Nuevo Mundo, de un sentimiento ya recogido en las *Partidas*. Explica porqué los vasallos indianos, si bien estaban dispuestos a consumir sus vidas o sus haciendas al servicio del rey, no estaban dispuestos a tolerar el menor atropello a su honra y, por tanto, tampoco la menor lesión a sus personas y sus pertenencias. Esta

⁷⁰ *Leyes del Estilo*, 30, Villapalos (nota 68) 293.

⁷¹ Villapalos (nota 68) 296.

⁷² Zavala, Silvio, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Madrid, 1935 (hay otra edición, México, 1971), obra hasta ahora no superada.

⁷³ Sobre la concepción de premio y la conciencia de los propios derechos, Zavala (nota 72); Góngora, Mario, *El Estado en el derecho indiano. Época de su fundación 1492-1570*. Santiago, 1951. Meza Villalobos, Néstor, *La conciencia política chilena durante la monarquía*. Santiago, 1955; Los orígenes (nota 66).

mentalidad no se limita a las capas superiores. No depende de los bienes de fortuna – de lo que se tiene– sino de la dignidad personal –de lo que se es–, como lo recuerda el dicho tan común en algunas partes de Hispanoamérica, *pobre pero honrado*.

La monarquía lo reconoció muy pronto. Sin ser pródiga en los premios, supo satisfacer en alguna medida las pretensiones a veces insaciables de los indianos. Por otra parte, tuvo especial cuidado de brindar una efectiva protección jurídica a sus vasallos americanos.

Así, por ejemplo, a lo menos desde 1528 las Audiencias americanas, en nombre del lejano monarca, comienzan a amparar, a proteger a los vasallos indianos –europeos o indígenas, mestizos o mulatos– contra los abusos de los gobernantes o poderosos⁷⁴. Se trata de un recurso abierto, mediante el cual se resguarda la posesión de objetos tan disímiles como tierras, sementeras o ganados; libertad de movimiento o de residencia; cargos e incluso del fuero nobiliario, que exime de prisión por deudas. Más aún, el amparo procede no sólo contra actos realizados, sino también contra actos posibles y futuros, cuya realización, con el consecuente daño o agravio, se tema fundamentalmente⁷⁵. Lo dicho basta para mostrar que en ningún país europeo de la época contaban sus habitantes con una protección semejante. Aunque también es cierto que se hallaban menos expuestos a abusos que los remotos pobladores de Hispanoamérica.

Otro eficaz recurso judicial era la apelación de los actos de gobierno a la Real Audiencia⁷⁶. Pero naturalmente no se hallaba al alcance de todos, debido a la enorme extensión territorial de su distrito jurisdiccional. Para facilitar el acceso a la justicia existió la visita de la tierra que debía realizar periódicamente un oidor, a fin de reparar en forma rápida y expedita toda suerte de abusos, cometidos por oficiales del rey o por personas privadas⁷⁷. Al parecer, tampoco existía nada semejante en la Europa de allende los Pirineos.

Lo anterior se refiere en general a abusos provenientes de particulares o del gobierno. Pero el vasallo americano contaba con una protección especial frente a los abusos legislativos. Se pensaba que, debido a la distancia, al desconocimiento o, incluso, a torcida información, la ley dictada por el monarca podía ser injusta. En ese caso cabía distinguir, como ya se hacía en Castilla en la Baja Edad Media, entre obedecerla y cumplirla. Se la obedecía, esto es, se la acataba como ley, pero se suspendía su cumpli-

⁷⁴ Para esto y lo que sigue, Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novo-hispanos del Juicio de Amparo*, México. 1971; Fairén, Víctor, *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*. México. 1971.

⁷⁵ Sobre esto, con ejemplos concretos, Lira (nota 74) 59 ss.

⁷⁶ Sánchez-Bella, Ismael. "Las audiencias y el gobierno de las Indias, Siglos XVI y XVII" en *REHJ* 2 (Valparaíso) 1977, esp. 172. Sobre la audiencia indiana y su competencia es fundamental Solórzano Pereira, Juan. *De indiarum iure* (2 vols.) Madrid. 1629 y 1639, 2, 4, capítulos 3 a 8; *Política Indiana*. Madrid. 1647, 5, 3 a 9; falta un estudio actual sobre las audiencias.

⁷⁷ *Ibid.* Muñoz Feliú, Raúl, *La real audiencia de Santiago de Chile*. Santiago. 1937, cap. 108 ss.

miento y se suplicaba al rey para que la enmendase. De ahí la expresión: *se obedece, pero no se cumple*⁷⁸.

Otro aspecto que cobra inusitado relieve en Hispanoamérica es la inviolabilidad de la correspondencia. Las cartas son el principal medio para comunicarse con el rey, para informarle, para hacerle llegar peticiones, para denunciar los abusos reales o supuestos. Por ello se toman medidas muy estrictas para salvaguardar este medio de comunicación, desconocidas en Europa, tal vez porque allá no eran tan necesarias⁷⁹.

Pero la mayor ampliación de las antiguas formas de protección personal en Hispanoamérica se produjo en favor de los indígenas.

La determinación de su situación jurídica en relación a los europeos fue uno de los más arduos problemas planteados por la expansión ultramarina de Europa.

Portugal y España fueron los primeros en enfrentarlo. Para ello no les bastó la experiencia medieval de los fueros y del Derecho Común. Además, tuvieron que recurrir al Derecho Natural⁸⁰.

La expansión española y portuguesa no se limita a buscar mercaderías para comerciar o nuevas tierras, donde establecerse. No es meramente mercantil ni colonial. Tiene además de estos fines, otros de orden superior: difundir la fe católica y dilatar la monarquía⁸¹.

De acuerdo a estos presupuestos se reconoció a los indígenas una condición jurídica sin precedentes. Se los consideró como personas. Es decir, respecto a ellos se hicieron sinónimos los términos hombre y persona. Esto hoy puede parecer obvio, pero no lo es en absoluto. Tanto que otros pueblos europeos sólo han venido a hacer algo semejante, en el resto del mundo, en el siglo XX y aun así, demasiado a menudo, más bien de modo teórico u oficial.

⁷⁸ Figueroa (nota 37) 94 ss. Últimamente, Tau Anzoátegui, Víctor, "La ley "se obedece, pero no se cumple". En torno a la duplicación de las leyes en el derecho indiano" en *Anuario Jurídico Ecuatoriano* 4 (Quito) 1980, con bibliografía.

⁷⁹ Ya desde 1541 hay disposiciones tendientes a que "toda y cualquier persona puedan escribir y enviar sus cartas de estos nuestros reinos libremente, sin que en lo uno ni en lo otro le sea puesto embargo" bajo pena al que lo impidiese de "perdimiento de todos sus bienes" destierro de los reinos americanos y pérdida de todo cargo público. El texto en *Disposiciones complementarias de las leyes de Indias* (3 vol.) 2a ed. Madrid 1930-32. Ver también *Reales cédulas 14 septiembre de 1592 en Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias* 3, 16, 2 y 7 octubre 1662 en *Disposiciones complementarias*, cit.

⁸⁰ Sobre esto hay abundante bibliografía. Últimamente, Pietschmann, Horst, *Staat und staatliche Entwicklung am Beginn des spanischen Kolonization Amerikas.*, Münster. 1980. Lucena Salmoral, Manuel, "El descubrimiento y la fundación de los reinos ultramarinos hasta fines del siglo XVI" en RAMOS Demetrio, *Historia de España y América*, en curso de publicación, vol. 7, Madrid. 1982; Céspedes del Castillo, Guillermo, *América Hispánica 1492-1898*, Madrid. 1983.

⁸¹ Góngora (nota 73), también *Studies in the History of Spanish América*. Cambridge. 1975. Últimamente, Bravo Lira, Bernardino, "Monarquía y Estado en Chile" en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 96 (Santiago) 1986. El fin misional aparece reiterado en el codicilo de Isabel La Católica, 23 noviembre 1504, las ordenanzas del Consejo de Indias de 24 de septiembre 1571, 5 y de nuevo en la *Recopilación* (nota 79) 2, 28.

Españoles y portugueses aplicaron la categoría grecorromana cristianizada de persona a pueblos enteros, completamente ajenos a esa tradición cultural. Esto es, sin duda, una de las mayores proezas de la expansión europea⁸². De hecho, los pueblos europeos, cuya expansión no tuvo un sello misional, sino principalmente mercantil o colonial, trataron a los indígenas con que tropezaron como hombres de inferior condición, sin pensar ni remotamente en aplicarles la categoría de persona que ellos se atribuían a sí mismos.

La calidad de persona de los indígenas sirve de base a la configuración de su condición jurídica⁸³. Ésta se fija, desde muy temprano, en función de dos elementos complementarios. Por una parte, los indígenas son declarados por Isabel La Católica en 1500 vasallos libres de la corona⁸⁴ y, por otra, desde las Leyes de Burgos de 1512, se les asimila a las personas menesterosas del Derecho Común⁸⁵.

Tampoco ninguna de estas cosas es obvia. De hecho, lo primero que hizo Colón fue capturar indígenas y llevarlos a España para venderlos como esclavos. Es lo que se practicaba con los negros del África hasta el siglo pasado. Pero los Reyes Católicos, por motivos religiosos, para facilitar la evangelización, *salus animarum suprema lex esto*, desaprobaron lo obrado por el Almirante. Más aun, a raíz de estos hechos, declararon a los indígenas vasallos libres de la corona⁸⁶. Fue, pues, una decisión real, libre y meditada, la que salvó a los indígenas americanos de la suerte de los negros del África y de tantos otros no europeos.

En América, pues, la libertad de los indígenas fue la regla general. Sólo por excepción a algunos indígenas rebeldes se les impuso, como pena, la esclavitud. En cuanto vasallos, los aborígenes son iguales a los europeos. Se establece así, una radical igualdad jurídica dentro de la población indiana por encima de las enormes diferencias étnicas y culturales⁸⁷. Los indígenas no fueron, pues, vasallos de segunda categoría, de inferior condición a los españoles. Antes bien, se les aplicó incluso la distinción de estados caste-

⁸² Ha llamado poderosamente la atención, especialmente a los estudiosos extranjeros. Höffner, Joseph, *Kolonialismus und Evangelium. Spanische Kolonialethik im Goldenen Zeitalter*, Tréveris 1947, hay trad. castellana; Hanke, Lewis, *The spanish struggle for justice in the conquest of América*, Filadelfia 1949, trad. castellana. Buenos Aires. 1949; Konezke, Richard "Christentum und conquista in spanischen Amerika" en *Saeculum* 23, Freiburg-München 1972; Zavala, Silvio, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos xvi y xvii)* París. 1963.

⁸³ Zavala, Silvio, *Ensayos sobre la colonización española en América*. Buenos Aires. 1944; García-Gallo, Alfonso, "La condición jurídica del indio", en Rivera Dorado, Miguel (editor) *Antropología de España y América*. Madrid. 1977.

⁸⁴ El texto de la real cédula no ha llegado hasta nosotros pero está recogido en forma abreviada en otra real cédula 30 octubre 1503, Konezke, Richard, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, Madrid. 1953-58, 1, 14.

⁸⁵ Ordenanzas reales para el buen tratamiento y regimiento de los indios, 17 enero 1512, en *Anuario de Estudios Americanos* 13 (Sevilla) 1956; González Olguín, Diego, *Los privilegios concedidos a los indios*. Lima, 1608.

⁸⁶ Ver nota 84. Hanke, nota 82.

⁸⁷ Vial Correa, Gonzalo, "Teoría y práctica de la igualdad en Indias" en *Historia* 3 (Santiago) 1964.

llana⁸⁸. Así, los caciques y principales fueron asimilados a los nobles o hidalgos y el resto, al común⁸⁹.

Pero lo anterior no habría pasado de meras declaraciones, palabras biensonantes, pero vacías, si no se hubiera atendido a dotar a los indígenas de medios prácticos para hacer efectiva su condición de vasallos libres. La cuestión no era fácil porque nunca hasta entonces los europeos se habían encontrado ante un abismo cultural como el que los separaba de los indígenas. En Europa no se conocían casos de semejante inferioridad como la del indígena, aun el más culto, frente al europeo. Por tanto, tampoco había experiencia de los monstruosos abusos a que esa situación daba lugar.

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

Muchos factores se juntaron para hacer que el buen trato de los indios pasara a ser una preocupación primordial. El rey, sus agentes, los obispos, los misioneros y numerosos vecinos se dieron a la tarea, casi increíble, de hacer respetar a los indios en su dignidad de personas y de vasallos libres.

Las medidas que se tomaron en este sentido fueron mucho más lejos de cuanto hasta entonces se había visto en Europa. Allá, por lo demás, no eran tal vez necesarias, porque no había tales abusos o no eran tan frecuentes. Una vez más, se comprueba que las buenas leyes son prueba de las malas costumbres, a las que con ellas se intenta poner atajo.

A diferencia de lo que sucedía entonces en Europa, en el Nuevo Mundo no se echa mano sólo de medios aislados de protección. Muy pronto éstos se multiplican y entretienen hasta configurar un auténtico régimen protector. Éste comprende diversos aspectos. En lo penal se castiga no sólo el homicidio, sino distintas formas de maltrato⁹⁰. Por otra parte, se asimila a los indios a las *miserabiles personae* del Derecho Común, que gozan de privilegios de diverso orden⁹¹. Se instituyen diversos oficios para velar por ellos, de los cuales el más destacado es el protector de indios⁹². En lo patri-

⁸⁸ Konetzke, Richard, "La formación de la nobleza en Indias" en *Historia* 3 (Santiago) 1964.

⁸⁹ Lira Montt, Luis, "La distinción de estados en Indias", en *Gaceta del Estado de Hidalgos* 17 (Madrid) 1961; y "Bases para un estudio del fuero nobiliario en Indias", en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 89 (Santiago), 1975.

⁹⁰ Ávila Martel, Alamiro, *Esquema del derecho penal indiano*. Santiago. 1941.

⁹¹ González Olgún, nota 85.

⁹² Bayle, Constantino, "El Protector de Indios" en *Anuario de Estudios Americanos* 1 (Sevilla), 1947; Lohman Villéna, Guillermo, *El corregidor de Indias en el Perú bajo los Austrias*. Madrid. 1957.

monial, sus bienes están protegidos por trámites especiales de enajenación, para evitar que se los arrebaten o los malvendan, a quienes abusan de su ignorancia y buena fe⁹³.

Pero, tal vez lo más llamativo es el régimen laboral, que contempla medidas como salario, cuyo monto se fija con intervención del protector o de la justicia, y jornada de trabajo; días festivos; posibilidad de ingreso independiente del salario, llamado granjería; tarea compatible con la complejidad y capacidad, en fin, formación de un fondo para atender a enfermos y ancianos⁹⁴. Este régimen dejó atrás a las medidas aisladas de protección de los trabajadores de la Europa medieval en ciudades, gremios o corporaciones. Sólo vino a ser igualado en la Europa del siglo XIX, cuando en los primeros tiempos del industrialismo se deterioraron rápidamente las condiciones de vida y de trabajo. Entonces surgió por primera vez en Europa una regulación laboral semejante.

La lucha que se libra en favor de los indios en Hispanoamérica no tiene paralelo en la historia de la expansión europea. Así lo ha reconocido el estadounidense Lewis Hanke en una obra titulada precisamente *La lucha por la justicia en la conquista de América*, y con él muchos otros autores⁹⁵.

Pero es una lucha contra los abusos, no una eliminación de ellos que, por lo demás, habría sido imposible. Los europeos cometieron en Hispanoamérica incontables atrocidades, como, por lo demás, lo hicieron en las otras partes del mundo. Lo notable, empero, es que en América española estos atentados contra los nativos no pasaron inadvertidos. No se miraron nunca como algo natural, ciertamente lamentable, pero inevitable. Por el contrario, en ningún momento se aceptó esta situación. Nunca se dejó de buscar medios, también jurídicos, para ponerles atajo o reparar los daños y, en una palabra, para proteger al indígena, en su persona y en sus bienes.

Mucho se ha hablado sobre la ineficacia de estos medios. Se dice que las leyes eran perfectas, pero no se cumplían. Sin duda, en el derecho indiano, como en todo derecho, hubo un margen de incumplimiento.

Pero la infracción no fue la regla. Antes bien, sobran los ejemplos de que el empeño de la Iglesia y de la Monarquía, de tantos letrados y personas honradas por proteger a los indígenas, no fue vano. Por lo demás, Hispanoamérica es precisamente la única parte del mundo donde pueblos no europeos sobrevivieron masivamente en contacto con los europeos. Por eso, es también la única parte del mundo donde unos y otros se fundieron por el mestizaje, hasta dar vida a una cultura común en la que lo indígena y lo europeo se hermanan.

⁹³ Silva Vargas, Fernando, *Tierras y Pueblos de Indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico*. Santiago. 1962; Mariluz Urquijo, José María, "El régimen de la tierra en el derecho indiano" en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 23 (Buenos Aires) 1972, 2a. ed. aumentada. Buenos Aires. 1978.

⁹⁴ Salvat Monguillot, Manuel, "El derecho indiano del trabajo", en *Homenaje a Don Francisco Walker Linares*. Santiago. 1968; Zorraquín Becú, Ricardo, "El trabajo en el período hispánico" en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 19, Buenos Aires 1968. Sobre Chile, Jara, Álvaro, *Los asientos de trabajo y la provisión de mano de obra para los no encomendados en la ciudad de Santiago 1586-1600*, Santiago 1959. El mismo, *El salario de los indios y los sesmos de oro en la tasa de Santillán*, Santiago 1961.

⁹⁵ Ver nota 82.

III Barroco, génesis del *rule of law*. Contrastes entre protección hispana a los bienes, e inglesa a los derechos subjetivos

Mientras al otro lado del Atlántico, Hispanoamérica se forja una cultura propia, Europa atraviesa por una grave crisis⁹⁶. En Bohemia, en Cataluña, en Portugal, en Inglaterra, en Francia, los estamentos y la realeza se enfrentan violentamente. Es la época de la rebelión de los bohemios contra Fernando II⁹⁷, del alzamiento de Cataluña y Portugal contra el Conde-Duque de Olivares, valido de Felipe IV⁹⁸, de la Fronda en Francia⁹⁹ y de una serie de movimientos insurreccionales de diverso género en Nápoles, Rusia, Escandinavia, Suiza y Alemania¹⁰⁰.

Pero en ninguna parte son las convulsiones tan violentas como en Inglaterra. A las pretensiones de Jacobo I se oponen las del Parlamento. Así se llega a la revolución de 1648, con la decapitación de Carlos I y la dictadura de Cromwell. A la cual siguen la restauración de 1660 y la nueva revolución, sin sangre, llamada gloriosa, de 1688¹⁰¹.

En medio de estas vicisitudes se elaboran los documentos fundamentales de la tradición inglesa de seguridades personales. Nos referimos a la *Petition of rights* de 1627, al

⁹⁶ En las últimas décadas se estudia con intensidad lo que se ha dado en llamar crisis del siglo XVII. Trevor-Roper, Hugh Redwald, *The general crisis in the seventeenth Century in Past and Present 1619-59*, ahora re-trabajado en Aston Trevor (editor) *Crisis in Europe 1560-1660*, Londres 1965, trad. castellana, Madrid 1983, que contiene otros trabajos sobre el tema. Trevor-Roper, H. R., *Religion, Reformation und Soziale Umbruch, Die Krise des 17. Jahrhunderts*, Berlín 1970. Steensgaard, Niels, *Det systende arhundredes Krise in Historisk Tidsskrift*, Copenhague 1970, ahora en Parker Geoffrey y Smith Lesley M. (editores) *The general crisis in the seventeenth Century*, Londres 1978. Elliot, John Huxtable y otros, *Revoluciones y rebeliones en la Europa moderna*, Madrid 1972. Kamen, Henry, *The Iron Age. Social Change in Europe 1550-1660*, Londres 1971, trad. castellana, Madrid 1977. Maravall, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, 2 vol., Madrid 1972. Rotelli, Ettore y Schiera, Pierangelo (editores) *Lo stato moderno*, 3 vol., Bolonia 1973-74, 2. Principie ceti, 3, *Accentamento e rivolte*. Mauro Frédéric, *Le Portugal et l'Atlantique au xviii siècle (1570-1670)* s. 1. 1960. Alexandre Térta, Francisca, "La revolución portuguesa de 1640" en *Sauabi* 17, Valencia 1967. Lehman, Harmut, *Das Zeitalter des Absolutismus*, Stuttgart 1980, Königsberger. Helmut G., "Die Krise des 17. Jahrhundert" en *Zeitschrift für historische Forschung* 9, Berlín 1982.

⁹⁷ Sturmberger, Hans; Georg Erasmus Tischernebl, *Religion, Libertät und Widerstand*, Viena 1953. Él mismo: *Kaiser Ferdinand II und das problem des Absolutismus in Osterreich-Archiv*, Wien 1957, ahora en él mismo: *Lana ob der Enns und Osterreich*, Linz 1979, él mismo, *Aufstand in Bohmen*, 1959.

⁹⁸ Trevor Davies, Hugh R., *Spain in Decline 1621-1700*, Londres 1954, trad. castellana, Barcelona 1969. Elliot, John Huxtable, *The Revolt of the Catalans 1598-1650*, Cambridge 1963, trad. castellana, Madrid 1977. Tomás y Valiente, Francisco y otros. "La España de Felipe IV", en *JOVER*, José María (director) *Historia de España*, vol. 25, Madrid 1982.

⁹⁹ Porsnev, Boris F., *Die Volksaufstände in Frankreich von der Fronde (1623-1648)*, Leipzig 1954. Mousnier Roland, *Recherches sur les soulèvements populaires en France avant la Fronde en Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 5, París 1958, ahora en él mismo, *La plume, la faucille et le marteau*. París 1970. él mismo, "Pourquoi États-Généraux et États provinciaux ont ils joué un si faible rôle pendant la Fronde?" en *Parliaments, Estates et Représentation* 1, Londres 1971. Él mismo, *Les institutions de la France pendant la monarchie absolue*, 2 vol., París 1974-80. Garrison, Francois. *Histoire du droit et des institutions*, 2 vol., París 1984. Méthievier, H. *La Fronde*, París, 1985.

¹⁰⁰ Bercé, Yves-Marie, *Revolts et révolutions dans l'Europe moderne XVIe XVIIe siècles*, París, 1980.

¹⁰¹ Stourzh, Gerald, "Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17 und 18 Jahrhundert. Zur Cénese des modernen Verfassungsbegriffs" en Vierhaus, Rudolf (editor), *Herrschaftsverträge, Wahkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Göttingen 1977.

Habeas corpus Act de 1679 y al *Bill of rights* de 1688¹⁰². Estos textos tienen un inconfundible sabor estamental. Pretenden proteger libertades y privilegios, a menudo atropellados en esta época. Pero presentan además, dos rasgos muy sugerentes. Esta protección no se plantea aquí en términos amplios, contra quien fuere, sino que tiende a concentrarse dentro de un ámbito mucho más reducido, pero sumamente conflictivo entonces, como es el plano político, o sea, el de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Es ante todo, protección contra las arbitrariedades, tan frecuentes entonces, de los gobiernos.

Paralelamente, hay un cambio de lenguaje. Los bienes protegidos se llaman ahora insistentemente derechos. No se habla sólo de libertades y privilegios, de derechos y de objetos concretos protegidos. Además, se les tiende a englobar a todos bajo la denominación común de derechos. Hace falta una cuidadosa revisión de los textos y de la literatura jurídica de la época para determinar el exacto alcance de esta terminología que ahora se impone. Naturalmente, esto sobrepasa los límites del presente estudio.

En todo caso, el actual estado de la investigación permite afirmar que por ese tiempo se produce el tránsito hacia la concepción de los bienes protegidos como derechos subjetivos. Una figura clave de él es Hobbes (1558–1679), cuyo *Leviathan* se publicó en 1651.

Antes de Hobbes, la palabra derechos –*rights*– parece aplicarse a las seguridades personales en conjunto, más bien *pars pro toto*. Es decir, alude a una de ellas en concreto y, al mismo tiempo, a todas las demás en general, sean libertades, privilegios u otros bienes protegidos como la integridad corporal, las casas, cargos, propiedades y demás.

En las obras de Hobbes publicadas entre 1640 y 1651, *Elements of Law, De Cive* y, sobre todo, *Leviathan*, aparece, en cambio, ya maduro el concepto de derecho subjetivo. Así, sostiene el autor que hay derechos naturales, que son anteriores a toda sociedad y de los que es imposible suponer que nadie, cuando entra en sociedad, abandone o transfiera al gobernante¹⁰³. Hobbes piensa en la legítima defensa de la vida, pero también contra la prisión ilegítima o contra el despojo de sus bienes. Hobbes configuró así la vida, la libertad y la propiedad como derechos. En consecuencia, se habla así de derecho a la vida, a la libertad y o la prosperidad. En consecuencia, la protección práctica y directa de esos bienes concretos se transforma en protección teórica y mediata a unos derechos subjetivos.

¹⁰² Polin, R., *Philosophie et politique chez Thomas Hobbes*, París 1952, Hood, F. C., *The divine politics of Thomas Hobbes*, Londres, 1964, Villey, nota 42. Él mismo, "Le droit de l'individu chez Hobbes" en Él mismo, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, París 1969. *Les origines de la notion de droit subjectif en Archives de Philosophie du Droit* 2, París 1953–54, ahora en castellano en sus *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, 1976; *La formation de la pensée juridique moderne*, París, 1968, nueva ed. corregida. París, 1975, esp. p. 240 ss.; Mac Pherson, *The political theory of progressive individual from Hobbes to Locke*, Londres, 1962,

¹⁰³ Hobbes, Thomas, *Leviathan*, 14, 8.

No es casual que Hobbes eche mano de la trilogía *life, liberty and estate* vida-libertad-propiedad. Ella tuvo gran fortuna en la Inglaterra de esta época. Lo cual se explica por el clima de inseguridad y arbitrariedades que se vivía. Con ella sucede algo parecido a lo que ocurre con la *Petition of rights* y los documentos posteriores. Ya no se plantea la protección en un plano genérico, como afirmación de la vida, la libertad y la propiedad frente a cualquiera que atente contra ellas. Antes bien, ella se dirige primordialmente contra el gobierno, de quien provenían entonces los más brutales abusos y despojos.

Este planteamiento es ya explícito en los escritos de Jacobo I, conocido sostenedor de la doctrina protestante del derecho divino de los reyes. Según él, los súbditos debían servir al monarca como a Dios: “tanto con el alma como con el cuerpo”. Por lo que “al rey es debida tanto la afección del alma como el servicio del cuerpo de sus súbditos”¹⁰⁴.

Tales pretensiones no dejaron de suscitar reacciones. El propio Francis Bacon (1561 – 1626), canciller tan próximo a Jacobo, no dejó de puntualizar: “acaso no es un principio común que el derecho favorece tres cosas: vida, libertad y posesiones (*life, liberty and estate*)”¹⁰⁵.

En lo sucesivo, esta tríada es invocada por los dos bandos, el rebelde y el del rey. En 1647 los rebeldes recuerdan que el Parlamento ha declarado que es la libertad de todo súbdito gozar del beneficio de la ley y no ser arbitraria e ilegalmente puesto en prisión, ni despojados de sus vidas, libertades, bienes y posesiones, sino por debido proceso de derecho, de acuerdo con la *Magna Charta* y la *Petition of rights*¹⁰⁶. Dos años posteriores son las famosas palabras de Carlos I, en las que, por su parte, reafirma que es tarea del rey proteger a sus súbditos contra la arbitrariedad e ilegalidades del Parlamento:

“No hablo solamente en favor de mi propio derecho, como vuestro rey que soy. Hablo además por la libertad de todos mis súbditos, que consiste no en el poder del gobierno, sino en vivir bajo un gobierno y unas leyes que sean capaces de brindarles la mejor seguridad de sus vidas y propiedad de sus bienes”¹⁰⁷.

A primera vista, parece que en los dos textos anteriores no se habla de derechos subjetivos. El acento está puesto en la protección concreta de los súbditos y no en la de unos derechos suyos. Con todo, el punto requiere un examen más detenido. Por el momento debe quedar abierto.

¹⁰⁴ *The political Works of James I 1616*, reimpresso Nueva York 1965, pp. 63–64. Brandt, Reinhardt, “Menschenrechte und Güterlehre” en él mismo (editor), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, Berlín–Nueva York 1982. Brandt distingue la doctrina ética de los bienes como se la encuentra, por ejemplo, en Platón y la doctrina jurídica de los mismos de los autores ingleses y posteriores.

¹⁰⁵ Bahatec, Josef, *Menschen und Bürgerrechte in der englischen Publizistik*, en Schnur (nota 24).

¹⁰⁶ Overton, Richard, “An Appeal (julio de 1647)” en Wolfe, D. M., *Levelles Manifestoes of the Puritan Revolution*, Nueva York. 1967, 166.

¹⁰⁷ Gardiner, S. R. (editor), *Constitutional documents of the Puritan Revolution (1625–1600)*. Oxford. 1906 (hay reimpresión 1968), p. 375.

Lo que sí es claro es que después de Hobbes la tríada tiende a entenderse como enumeración de derechos subjetivos. Es la línea consagrada por autores como Tyrrell (1642–1718)¹⁰⁸ y sobre todo, Locke (1632–1704)¹⁰⁹.

En el continente las cosas son distintas. Al menos si consideramos las dos grandes monarquías que contienden por la preponderancia europea, España y Francia. La pugna se prolonga hasta 1648–59, en que Francia coge el relevo de España.

En ambas se conocen trilogías semejantes a la inglesa. Pero hay salientes contrastes.

Hasta los años 60, la España del siglo XVII es una potencia combatiente. Pelea en Europa por la causa católica en la Guerra de Treinta Años y luego lucha con Francia. En la propia península enfrenta las rebeliones de portugueses y catalanes. Hostilizada por piratas y corsarios se comunica penosamente con el pujante mundo ultramarino formado por Hispanoamérica y Filipinas.

Viven los grandes ideales, pero el contraste entre ellos y la realidad circundante crece por momentos. Se insinúa entonces la duda sobre su validez en las actuales circunstancias. Hasta qué punto cabe seguir tomándolos en serio. Es el drama colectivo que inmortalizó Cervantes en *El Quijote*, tal vez la más barroca de las obras del barroco. En el plano político, el centro de esta crisis es el antiguo ideal de servicio a ambas Majestades, a Dios y al Rey, por el que las generaciones anteriores consumieron sus vidas en el Viejo y en el Nuevo Mundo.

Expresión de este momento son los versos, pronto famosos, de Calderón de la Barca (1601–80) en *El Alcalde de Zalamea*:

“Al rey la hacienda y la vida se ha de dar,
pero el honor es patrimonio del alma
y el alma sólo es de Dios”¹¹⁰.

Aquí encontramos una tríada que es distinta de la inglesa en varios sentidos.

En primer lugar, se habla de honor, vida y hacienda en lugar de vida, libertad y propiedad. Es decir, no se queda en bienes corporales. La libertad inglesa forma parte de ellos en cuanto consiste en la libertad física, esto es, no ser apresado ilegalmente. Aquí, en cambio, se introduce un bien espiritual, el honor, que pertenece al alma y se refiere a Dios.

Enseguida es diferente la jerarquía. La vida ya no es lo primero. Por encima de ella está el honor, por el cual merece darse la vida y gastarse la hacienda.

En tercer lugar el sentido de la tríada es opuesto. Mientras el inglés busca proteger celosamente lo suyo, ponerlo a salvo del gobierno, contra los abusos del rey y del

¹⁰⁸ Tyrrell, James, *Patriarcha non Monarcha*, 1681, Brandt (nota 104).

¹⁰⁹ Locke, John, *Two Treatise of Government* ed. Laslett, Peter. Cambridge. 1960.

¹¹⁰ Calderón de la Barca, Pedro, *El Alcalde de Zalamea*, acto 2, escena 18.

Parlamento, el español busca servir, dispone espléndidamente de lo suyo, primero para Dios y luego para el rey. Este contraste es el más decisivo para los efectos de nuestro estudio. Refleja la diferencia entre la actitud medrosa del inglés del siglo XVII, víctima de toda suerte de atropellos, y la actitud magnánima del español, portugués o hispanoamericano, acostumbrado a mandar en el mundo. Al inglés le importa ante todo no perder lo que tiene, al hispano no le importa gastar lo que tiene por su Dios y por su rey. Aquí parecen separarse dos mentalidades, la burguesa y la señorial.

Así se explica que en Inglaterra las seguridades personales pasen a primer plano en el siglo XVII. Como sucede en las épocas turbulentas, se convierten en asunto vital, al menos para los sectores dirigentes. Por eso se los hace objeto de documentos solemnes. Lo cual era completamente superfluo en España, Portugal o Hispanoamérica, donde imperaba un orden bastante efectivo, de suerte que los gobernados no sólo no tenían que defenderse de abusos de sus gobernantes, sino que estaban espontáneamente prestos a ponerse a su servicio, ellos mismos con la vida y con todos sus haberes. Por eso el inglés puede hablar en esta época el lenguaje de sus derechos, del derecho subjetivo, por ejemplo, a la vida o a la propiedad. En cambio, el español no necesita hacerlo, le basta con hablar simple y concretamente de su vida o de su hacienda, medios sobre los que dispone a su arbitrio sin mayores obstáculos.

Por último, la escala honor-vida-hacienda es teocéntrica. Desciende de Dios al alma, del alma al cuerpo, que recibe de ella la vida, y del cuerpo a los bienes exteriores. Vida y hacienda son cosas de este mundo y por tanto, medios temporales para el servicio de Dios y del rey.

Persiste aquí la misma subordinación del más acá terrenal al más allá ultraterreno de las *Partidas*. El nexo está en la honra o el honor, expresión de la dignidad humana. Pero de una dignidad que no tiene un fundamento humano, sino teológico, que no dimana de los hechos propios ni de los dichos ajenos, sino que es don del mismo Dios.

Este enfoque teológico es muy distinto del inglés, que pese a las referencias de Hobbes a un estado natural, tiende a reducir las seguridades personales a un asunto puramente terreno, en el que entran en juego solamente gobernantes y gobernados.

La concepción, que para abreviar hemos llamado hispánica, es válida con matices, para todo el mundo de habla castellana y portuguesa. En la península ibérica, Hispanoamérica y Filipinas, la vida colectiva gira en la época del barroco en torno a esta tráfada jerárquicamente escalonada.

Así, por ejemplo, en Chile, a raíz del alzamiento general de los indígenas del sur en 1655, el Cabildo de Santiago envió como procurador ante el Virrey del Perú a Juan Rodulfo Lisperguer, perteneciente a una de las grandes familias del reino, para solicitar, entre otras cosas, la destitución del gobernador de Chile. Lisperguer se negó a aceptar la suma acordada por el cabildo para gastos, diciendo que, aunque no andaba sobrado de dineros, haría el viaje a sus expensas y “expondría su persona, su vida y su

hacienda para el servicio de Su Majestad y de esta república y reino como uno de los hijos principales de ella¹¹¹. Más de un siglo después en 1772, hubo en Chile gran resistencia contra el intento de implantar la recaudación directa de algunos impuestos. Se argumentó que el rey había tenido siempre en la hacienda de sus vasallos el recurso para hacer frente a las urgencias de la guerra contra los indios, sin que dichos vasallos hubieran sido entonces premiados por ello¹¹².

Pero esta trilogía no es exclusiva del mundo de habla castellana y portuguesa. También se la menciona en Francia. Después del triunfo de la monarquía, cuando se extinguen los últimos brotes de la Fronda, los franceses quedan a salvo de los abusos de las facciones. Como los españoles, portugueses e iberoamericanos, se siente razonablemente seguros. Al igual que ellos hablan de honor, vida y hacienda. Pero lo hacen en otro contexto.

No podemos entrar en detalles. Baste un ejemplo para ilustrar el contraste. Henri Pussort (1615–97) al comentar las *Ordenanzas* de 1667 argumenta que el juez no está sobre la ley porque “si... pudiera contravenir impunemente la ley sería, por una consecuencia infalible, señor de los bienes, del honor y de la vida de los súbditos del rey”¹¹³.

O sea, aquí, como en Inglaterra, todo tiende a reducirse a una relación terrena, entre gobernantes y gobernados, sin referencia ulterior a Dios. Pero, a diferencia de lo ocurrido en Gran Bretaña, en Francia el triunfo de la monarquía le permitió asumir efectivamente el papel protector natural de sus vasallos, incluso contra los posibles abusos de sus propios agentes y oficiales.

IV Ilustración, génesis del *règne de la loi*. Contrapunto entre protección a los bienes y protección a los derechos

El siglo XVIII vio surgir la Ilustración y con ella un nuevo concepto, el de derechos naturales del hombre o derechos humanos. No hace falta detenerse en esta materia, sobre la cual existe una abundante bibliografía¹¹⁴.

Baste recordar que los derechos humanos no son un nuevo nombre para la antigua protección a las personas al estilo hispánico. Tampoco se confunden con los derechos

¹¹¹ Meza Villalobos (nota 66) 110.

¹¹² Id. 117.

¹¹³ *Procès verbal* relativo a la redacción de las Ordenanzas de 1667, 1, p. 496, citado por Emerigon, *Traité des assurances et des contrats de la grosse*. (2 vol.). París. 1827.

¹¹⁴ Schnur, R. *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt. 1964. Oestreich, Gerhard. *Die Idee der Menschenrechte und ihre geschichtliche Entwicklung*, Berlín. 1966. El mismo, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Berlín 1978. Kriete, Martín, *Liberación e Ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona. 1981. Villey, Michel, “Critique des droits de l’Homme” en *Anales de la cátedra Francisco Suárez* 12, Granada. 1972. Para la ilustración tardía en Alemania el penetrante estudio de Garber, Jörn, *Vom vis conatum zum Menschenrecht. Deutsche Menschenrechtstheorien der Spätaufklärung*, en Brandt (editor), *Rechtsphilosophie der Aufklärung* (nota 104). Todos con bibliografía.

subjetivos de los ingleses, surgidos el siglo XVII. Lo propio de los derechos humanos es su carácter universal. Se consideran igualmente válidos en todos los pueblos, en todos los lugares y en todos los tiempos. El fundamento de esta pretensión es que se los supone derivados de la naturaleza individual del hombre, tal como es en sí misma, antes de constituirse la sociedad.

Este planteamiento deriva inmediatamente de Hobbes. Parte de la distinción entre un pretendido estado de naturaleza, primario e irreductible, y un estado de sociedad, secundario, obra de los propios individuos. Hay pues, unos derechos individuales, naturales o fundamentales, anteriores y en cierto modo superiores a toda sociedad constituida por los hombres, que esta sociedad debe reconocer para no ser opresora.

De ahí el ardor con que los autores se enfrascan en la tarea de discurrir cuáles son estos derechos que derivan de la naturaleza del hombre. Es decir, se prescinde de toda referencia a Dios y su determinación queda entregada a la sola razón humana. Se elaboran así catálogos cada vez más exhaustivos de ellos. Los cuales suministran, a su vez, el material para las pomposas declaraciones de derechos del último cuarto del siglo XVIII, como las de Virginia en 1776¹¹⁵ o de Francia en 1789¹¹⁶.

A su vez, estas declaraciones se convierten en una razón de ser de las constituciones escritas. Ellas constan de dos partes fundamentales: las garantías individuales y la división de poderes. Las garantías no son más que un reconocimiento solemne de los derechos del hombre, y la división de poderes —entre ejecutivo, legislativo y judicial—, el medio de evitar que el gobierno atente contra esos derechos.

Aparece así un nuevo concepto de despotismo que no consiste en atropellos efectivos de los gobernados por el gobernante, sino en la forma de organizar el gobierno, sin contemplar la división de los poderes¹¹⁷.

Esto confirma que los derechos humanos, aunque se les dé el nombre de tales, no son propiamente derechos. No pertenecen al plano de lo real, de lo que los hombres son y tienen dentro de una sociedad y en un momento dado. Pertenecen al plano de lo ideal, de lo que se desea que los hombres sean y tengan, siempre y en todas partes. Su objeto no es algo tangible que pueda protegerse frente a otro, que quepa reclamarse de otro. Son simplemente aspiraciones o condiciones de bien común, que no cabe exigir de nadie en concreto y a cuya realización deben concurrir todos, cada uno en la medida de sus posibilidades¹¹⁸.

¹¹⁵ *Declaration of Rights*, Virginia 12 junio 1776. Schwartz, B., *The Bill of rights. A documentary History*, Nueva York 1961. Stourzh, Gerald, "Die Konstitutionalisierung der Individual Rechte. Zum 200Jahrstag der "Declaration of Rights von Virginia" vom 12 Juni 1776" en *Juristenzeitung* 31, 1976, Brandt, (nota 104). Vosler Otto, *Studien zur Erklärung der Menschenrechte*, ahora en Schnur, nota 114. Hervada Javier, y Zumaquero José, *Textos internacionales de derechos humanos*, Pamplona. 1978.

¹¹⁶ *Declaration des droits de l'homme et du citoyen*, París 26 agosto 1789 en *Hélie*, Faustin Adolphe, *Les constitutions de la France*. París. 1879, 30 ss.

¹¹⁷ *Declaration* (nota 116) 16. Crf. Montesquieu, Charles Louis barón de, *L'esprit des lois*. Ginebra. 1748.

¹¹⁸ Massini, Carlos Ignacio, "Los Derechos humanos en cuestión (Discusión filosófica sobre la existencia y fundamento de los derechos humanos)" en *Revista de Derecho Público* 33/34 (Santiago), 1983.

De ahí la singular ineficacia de estas declaraciones de derechos humanos. Su ingenuidad anula las buenas intenciones. Más aún, a menudo parecen provocar los males que pretenden evitar. Al menos este ha sido su triste papel, desde la declaración francesa de 1789 hasta la de las Naciones Unidas de 1948 y el acuerdo de Helsinki en 1975¹¹⁹. Nunca hubo horrores como los que acompañaron a estas declaraciones, desde el terror en la Francia de 1791, hasta el Estado totalitario, a partir del soviético de 1917 y del nazi de 1933¹²⁰. Además, estas declaraciones han terminado por convertirse en un instrumento de presión de las grandes potencias sobre las pequeñas. No impiden a las grandes imponer dentro de sus fronteras o en los Estados satélites regímenes de pesadilla, como el caso de la Unión Soviética, de China y de Indochina¹²¹. Tampoco bombardear y destruir poblaciones civiles, como en Dresde, Hiroshima, Nagasaki y países enteros como Sudán, Afganistán e Irak¹²². Pero les brindan un pretexto para acosar en cualquier momento como infractores a los países menores¹²³.

La doctrina de los derechos humanos no desplaza a la de los bienes. Toda una corriente de autores ilustrados combina ambas cosas. Puede seguirla desde Montesquieu hasta Filangieri e incluso, hasta la época de la restauración.

Magistrado él mismo, Montesquieu (1689–1755) persiste en la línea judicial de Pussort. Al caracterizar los regímenes políticos aplica al republicano lo que aquel había dicho de la monarquía francesa: “en el gobierno republicano es de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra quien se pueda interpretar una ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida”¹²⁴. Por su parte, Filangieri (1752–88) hace suya la teoría de la división de poderes de Montesquieu y la idea de proteger por medio de ella a los ciudadanos frente al gobierno. “Separada de este modo la facultad judicial de la ejecutiva, digo en el hecho y no en el derecho, resultará que el rey, a pesar de la inviolabilidad e independencia que le concede la constitución, no podría eludir la ley ni juzgar arbitrariamente de la vida, honor y hacienda de sus ciudadanos”¹²⁵.

Más de cuarenta años después, en plena época de la unión del Trono y el Altar, Favard de Laglade (1762–1861) en su *Répertoire de Législation* pondera la grandeza de los jueces en estos términos: “Protectores asiduos de nuestras vidas, de nuestra libertad,

¹¹⁹ *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 10 diciembre 1948. Hervada y Zumaquero, nota 115. Bürgenthal, Thomas (editor) *Derechos humanos, Derecho internacional y el acuerdo de Helsinki*. Montevideo. 1979.

¹²⁰ Bracher Karl, Dietrich, *Zeit der Ideologien. Eine Geschichte politischen Denken im 20. Jahrhundert*. Stuttgart. 1982, con bibliografía.

¹²¹ Johnson, nota 5. Ternon, nota 3. Courtois, Stéphanie et al. *Le livre noir du communisme* trad. castellana, Madrid 1998.

¹²² Bravo Lira, Bernardino. “Kraft im Recht. Europa e Iberoamérica frente a la violencia en el mundo de los Estados después del *Wende*”, en *Weinacht, Ludwig, Festschrift*.

¹²³ Villey, nota 114.

¹²⁴ Montesquieu, nota 117, 2, 3.

¹²⁵ Filangieri, Gaetano, *La scienza de la legislazione* (5 vol.) 1780–88. Cito trad. castellana, 2a. ed. Burdeos. 1823, 1, 85.

de nuestro honor y de nuestros bienes, son verdaderamente la imagen de Dios en la tierra¹²⁶.

La Ilustración tiene en el mundo de habla castellana y portuguesa caracteres propios. No es irreligiosa y cosmopolita, sino católica y nacional¹²⁷. Se ensanchan los fines del Estado más allá de los antiguos deberes del monarca. Cobra forma así toda una nueva dimensión del gobierno: promover la felicidad pública. En función de ella se conforma poco a poco un conjunto de oficinas que componen la administración¹²⁸.

Pero una exigencia primaria de esta felicidad de los vasallos es el tranquilo disfrute de lo suyo. Dentro de esta tónica, renueva los antiguos medios de protección de la persona y lo que le atañe, en particular frente a los posibles abusos de los agentes del poder¹²⁹. Al efecto se los perfecciona y hace más eficaces, de acuerdo con las exigencias críticas de la razón.

Así, por ejemplo, respecto del juicio previo, una real cédula de 1775 mandó que “se arreglen las leyes en la formación de procesos criminales y no se cometan atentados de prender y sentenciar a ningún vasallo sin formar autos y oírle”¹³⁰. Las consecuencias de esta orden fueron múltiples.

En Chile se redactaron en 1778 una *Instrucción para la substanciación de las causas criminales*, que constituye un anticipo de la codificación del procedimiento penal y unas *Instrucciones para el alcaide de la cárcel de Santiago*, que le prohibió recibir en ella a preso alguno ni siquiera esclavo sin orden de autoridad competente¹³¹.

¹²⁶ Favard de Laglade, barón de, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative* (5 vol.) París. 1823–25, 2, 141.

¹²⁷ Merkle, Sebastian, *Die Katholische Beurteilung des Aufklärungszeitalter*, Berlín 1909. Él mismo, *Die Kirchliche Aufklärung in katholischen Deutschland*, Berlín 1910. Moncada, Luis Cabral de, *Italia e Portugallo nel settecento*, Roma 1949. Ahora en: Él mismo, *Estudios de historia do direito* 3, Coimbra 1950. Góngora del Campo, Mario, “Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española”, en: *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago 1957. Él mismo, “Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770–1814)”, en: *Historia* 8, Santiago, 1969, ahora ambos en: Él mismo, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*. Valparaíso 1980. Wandruszka, Adam, “Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria”, en: *Storia e politica* 3–4, 1965. Él mismo, “Die Katholische Aufklärung Italiens und ihr Einfluss auf Österreich”, en: Kovacs, Elisabeth (ed.), *Katholische Aufklärung und Josefismus*, München, 1979. Krauss, Werner, *Die Aufklärung in Spanien, Portugal und Lateinamerika* Munich 1973. Bravo Lira, Bernardino, “Feijóo y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa”, en: *Jahrbuch f. Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 22, Colonia-Viena, 1985; “Verney y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa”, en *Historia* 21 (Santiago) 1986; “Campomanes y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa”, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 94 (Santiago) 1983; “Melo Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa”, en *Revista de Derecho* 9 (Valparaíso) 1984; “Jovellanos y la Ilustración en el mundo de habla castellana y portuguesa”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 9 (Valparaíso), 1984.

¹²⁸ Bravo Lira, notas 64 y 65.

¹²⁹ La Instrucción para substanciación de causas criminales del presidente Ambrosio O’Higgins, Santiago 26 agosto 1796, se funda, entre otras cosas en “la proveída y paternal atención que le merecen al soberano hasta los más desvalidos de sus vasallos” Texto en Corvalán Jorge y Castillo Vicente, *Derecho procesal indiano*. Santiago. 1951, 413 ss. Bravo Lira, nota 64.

¹³⁰ *Real cédula 19 febrero 1775*. Zorraquín Becú, Ricardo, “El sistema político indiano”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 6 (Buenos Aires), 1954.

¹³¹ Ambas en Corvalán y Castillo (nota 127).

También tendió a este fin de hacer más eficaz la protección judicial de los vasallos, la institución en 1776 de un nuevo magistrado en las audiencias de América encargado de dirigir sus trabajos: el regente. En sus instrucciones se consultan medidas muy concretas: “tomará razón semanalmente o con menor dilación, si le pareciere, de los presos que hubiere en la cárcel por orden del virrey o presidente; y no siendo de los que notoriamente gozan el fuero militar, no se les rematará a presidio”¹³².

Principalísimamente se le encarga velar por la eficacia de la apelación a la Audiencia contra los actos del gobierno “apartando cualquier motivo de temor que intimide a las partes para dejar de seguir su derecho”¹³³. Esta preocupación por hacer accesible el recurso a cualquier agraviado por el gobierno, dio motivo a varias otras disposiciones en 1778, 1782, 1788, 1797 y 1806¹³⁴.

Para proteger la fama de las personas se pena la impresión de papeles sin informe de los tribunales¹³⁵. Se regula, también, la constitución de asociaciones, como cofradías, hermandades y corporaciones¹³⁶.

La solicitud real se extiende hasta los últimos entre sus vasallos, los esclavos. Por real cédula de 1789, llamada *código carolino*, se manda a sus amos cuidar de su instrucción y atención religiosa, proporcionarles “los alimentos y vestuario que comúnmente usan los jornaleros y trabajadores libres”, hacer trabajar sólo a los mayores de 17 años y menores de 60, en labores compatibles con su edad, sexo y robustez, determinadas horas por día, salvo domingos y festivos, y castigarlos moderadamente. La injuria, herida o muerte del esclavo se pena igual que contra la persona de estado libre¹³⁷. Estas medidas de protección son operantes y cubren diversos aspectos que ni siquiera se prometen a los ciudadanos en la modesta *Declaración de derechos del hombre*, aprobada con gran alborozo en Francia unos meses después¹³⁸.

Paralelamente pervive entre los autores ilustrados peninsulares e iberoamericanos, desde Feijóo hasta Bello, la trilogía honor, vida y hacienda.

Feijóo (1676–1764) presenta estos tres bienes como frutos de la paz, más bien que como derechos¹³⁹. León de Arroyal (1775–1813) en cambio, al finalizar el siglo XVIII, se levanta contra la convicción popular de que “el rey es señor de la vida, las haciendas

¹³² *Real instrucción 20 junio 1776*, 28. Texto ed. Salvat Monguillot, Manuel, *RCHHD* 3 (Santiago), 1964; Bravo Lira, nota 65.

¹³³ *Ibid*, 41.

¹³⁴ *Reales cédulas* 29 agosto 1778, 23 diciembre 1782, 19 mayo 1788, 1797 y 29 agosto 1806, Muñoz Feliz, nota 77, esp. p. 105 ss.

¹³⁵ *Real cédula* 10 octubre 1792. Texto en *Archivo Nacional* (Chile) Real Audiencia, vol. 3124 pza. 17 fs. 147.

¹³⁶ *Real cédula* 8 marzo 1791. Texto en *Archivo Nacional* (Chile) Capitanía General 740 fs.55.

¹³⁷ *Real Cédula* de 31 mayo 1789, en Matraya y Ricci, Juan Joseph, *El Moralista Filalético Americano*, vol. 1, Lima, 1819.

¹³⁸ Cf. *Déclaration*, nota 116.

¹³⁹ Feijóo, Benito Jerónimo, *Cartas eruditas y curiosas* (5 vol.) Madrid. 1769–70, 3, Dedicatoria al rey.

y el honor"¹⁴⁰. De su lado, Jovellanos (1774–1811) introduce una variante al afirmar que “los bienes naturales se pueden reducir a cuatro objetos: la vida, la fama, la hacienda y el placer”¹⁴¹.

Bello pertenece, como Favard de Laglade, a una fase tardía de la Ilustración. En él parecen converger dos vertientes de la misma: las de ambos lados de los Pirineos. Pero le toca enfrentar una situación nueva: el encuentro de la tradición hispánica de seguridades personales con la corriente ilustrada de derechos del hombre.

Las declaraciones de derechos del hombre comienzan en el mundo de habla castellana con las primeras constituciones escritas. Es decir, sus inicios coinciden con la desintegración política de las monarquías española y portuguesa en una serie de Estados independientes.

Bello vivió todas las etapas de este tránsito de la monarquía ilustrada al Estado constitucional. Sirvió primero a la monarquía en su patria de origen, Venezuela. Estuvo casi veinte años exiliado en Londres y terminó sirviendo a uno de los Estados sucesores de la monarquía, en Chile, que fue como su segunda patria¹⁴².

Comprendió mejor que nadie las exigencias del momento. Sin duda, le ayudó a ello su contacto con la Ilustración inglesa, a cuyas tendencias eclécticas no fue insensible. Creyó poder conciliar la tradición hispánica de protección a la persona concreta, con las declaraciones teóricas de los derechos del hombre, contenidas en las nuevas constituciones.

A estos derechos los calificó de políticos, esto es, propios de ciudadanos. A ellos contrapuso otros derechos, que llamó civiles, esto es, del hombre en cuanto tal, a los que identificó con las seguridades personales de la tradición hispánica. Como sinónimo empleó las expresiones libertades políticas y libertades civiles.

Hay aquí una doble innovación. Por una parte, se transforma a estas medidas concretas de protección en derechos subjetivos. Por otra, se da a la expresión derechos del hombre un sentido diametralmente distinto del que tenía en las declaraciones. En lugar de designar una mera aspiración, designa seguridades personales muy reales. No es derecho a algo genérico, como la vida, la salud o la propiedad, sino un derecho sobre algo palpable, que se tiene, efectivamente como su vida, su integridad corporal, sus cargos o sus propiedades.

Al comparar estas dos suertes de derechos advirtió que, en general, los pueblos aprecian menos los políticos que los civiles. Se interesan infinitamente más por disponer de lo propio que por tomar parte en el manejo de lo común.

¹⁴⁰ Arroyal, León de. *Cartas político-económicas al Conde de Lerena*, Madrid, 1878, 221–22. Hay ed. Antonio Elorza, Madrid, 1968.

¹⁴¹ Jovellanos, Gaspar Melchor de. “Memoria sobre educación pública...” en Rivadeneyra (editor), *Biblioteca de autores españoles*, vol. 46, 230 ss., la cita en 263.

¹⁴² Últimamente, Ávila Martel, Alamiro, *Andrés Bello*. Santiago. 1981, hay una ed. inglesa. Santiago. 1981. Murillo Rubiera, Fernando, *Andrés Bello. Historia de una vida y de una obra*. Caracas. 1986.

“Los pueblos —escribió— son menos celosos de la conservación de su libertad política que de la de sus derechos civiles: los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes que los que aseguran su persona y sus propiedades”¹⁴³.

Bello encuentra natural esta falta de interés por los derechos políticos, ya que, después de todo, resultan muy secundarios, si se los compara con los civiles, que son verdaderamente vitales. Para ilustrar la importancia de estos derechos civiles acude a la trilogía honor—vida—propiedad.

“No puede ser de otra manera —agrega—. Los primeros (los derechos políticos) son condiciones secundarias, de que nos curamos muy poco cuando negocios que deciden de nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor y de nuestra vida, ocupan nuestra atención”¹⁴⁴.

Esto salta a la vista cuando se considera la reacción frente a la privación de unos y otros derechos. “Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que concede el código fundamental del Estado, al cuidado y a la conservación de sus intereses; y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho de sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes”¹⁴⁵.

Luego aplica estas ideas a Hispanoamérica. Aquí este contraste general entre el apego a los derechos civiles y el desapego por los políticos es mayor. La razón fundamental está en que los civiles son algo propio y apreciado, con dilatada tradición, incorporados al ser nacional. En cambio, los derechos políticos, entendidos como formas de participar en el gobierno, son importaciones muy recientes. Sólo aparecen en el siglo XIX, después de la independencia con las constituciones escritas y, por tanto, carecen de todo antecedente en la historia iberoamericana.

“No nos sucede lo mismo con nuestros derechos civiles: hemos sido hombres aunque no hubiésemos sido ciudadanos; hemos tenido vidas que defender y propiedades que guardar, aunque hayamos carecido del derecho a elegir nuestros representantes”¹⁴⁶.

De ahí la indignación que provoca una lesión contra los derechos civiles y la indiferencia frente a la de los políticos. Bello califica este contraste de infinito.

¹⁴³ “Responsabilidad de los jueces de primera instancia”, editorial de *El Araucano* 305 (Santiago), 1836, ahora en Bello, Andrés, *Obras completas* (15 vols.), Santiago, 1881–93, 9, 195 s. Bello realizó una amplia labor de información de la opinión pública a través de las columnas de este periódico y de otros medios de comunicación. Para esto y lo que sigue, Bravo Lira, Bernardino, “Bello y la judicatura. La codificación procesal”, en Departamento de Ciencias del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, *Bello y el Derecho*, Santiago 1982, esp. 129 ss.

¹⁴⁴ Id. diversos otros textos de los años 1830 a 1850, en los que se refiere a esta misma trilogía en Bravo Lira, nota 140, 127 nota 65. A ellos pueden agregarse editoriales de *El Araucano* N° 296 de 6 mayo 1836, en *Obras Completas*, nota 108, 9, 296 y 638 de 8 septiembre 1850 *ibid.* 9, 429.

¹⁴⁵ Id.

¹⁴⁶ Id.

“Cualquier obstáculo, pues, que impida el ejercicio de nuestra libertad civil, cualquier ultraje a ella nos son infinitamente menos llevaderos que las trabas con que se encadena nuestra libertad política; y las leyes protectoras de aquéllas producen un bien al que damos mil veces más valor que al que resulta de las que protegen a la segunda”¹⁴⁷.

En otras palabras, según Bello, esta tradición hispánica de derechos civiles es tan fuerte que, dentro del Estado constitucional, los derechos fundamentales son éstos y no los políticos, los cuales tienen en cambio una significación muy secundaria. Una vez más saca a relucir la trilogía hispánica.

“Nuestras vidas, nuestro honor, nuestras propiedades forman los intereses más caros, cuya conservación esperamos en una sociedad constituida. El expedito ejercicio de los derechos políticos no satisface sino necesidades muy secundarias, que podemos considerar nulas o muy poco urgentes si el interés individual, que es el resorte más poderoso del corazón humano, no nos mueve a contribuir eficazmente a la observancia de nuestras instituciones fundamentales”¹⁴⁸.

En buen romance, de nada le sirve al hombre de carne y hueso tener todos los derechos políticos del mundo si carece de lo verdaderamente necesario, de lo más elemental para su vida y los suyos.

“El bien de la nación jamás podrá ser buscado mientras el bienestar individual no se asegure; y este precioso beneficio de la civilización no puede conseguirse sin el goce completo de la libertad civil”¹⁴⁹.

No ha sido fácil superar esta dicotomía entre derechos civiles y derechos políticos. La historia de los países de habla castellana y portuguesa en los siglos XIX y XX está dominada por el contraste entre unos y otros. La adopción del constitucionalismo perjudicó la protección ejecutiva de los derechos civiles. Se buscó institucionalizar la legalidad mediante el Parlamento, al que se atribuyó la doble función de concurrir a la dictación de las leyes y velar por que la gestión gubernativa se ajuste a ellas. En consecuencia, se tendió a confinar a la judicatura en el conocimiento de las causas civiles y criminales. Los recursos de apelación contra actos de gobierno y suplicación, de origen medieval, se debilitaron o desaparecieron del todo.

A pesar de ello los derechos civiles persisten con gran vigor, en tanto que los intentos de aclimatar los políticos fracasan uno en pos de otro. Desde 1811 hasta hoy se han dictado con este propósito más de 200 constituciones, sin contar reformas de mayor o menor alcance, lo cual muestra un empeño verdaderamente inquebrantable a prueba de toda suerte de reveses¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ Editorial de *El Araucano* 324, Santiago, 18 noviembre 1836, ahora en *Obras Completas*, nota 140, 9, 1 ss.

¹⁴⁹ Id.

¹⁵⁰ Para esto y lo que sigue, Bravo Lira, Bernardino, “Etapas históricas del Estado Constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811–1980)” en *REHJ* 5 (Valparaíso, 1980), con cuadros cronológicos de todas las constituciones promulgadas hasta la fecha. El mismo, nota 8. Tau Anzoátegui, Víctor, “La revolución liberal y el derecho iberoamericano durante el siglo XIX”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 54, Antwerpen 1986.

Sólo hay dos excepciones. Brasil y Chile consiguieron consolidar un Estado constitucional en la primera mitad del siglo XIX. Significativamente en ambos casos los derechos políticos son bastante nominales. En Chile ni se habla de los de asociación y reunión y el presidente hace largo uso de su facultad de suspender el imperio de la constitución en caso de peligro de la seguridad interior o exterior.

Los demás países son teatro de un duelo entre oligarquía y militarismo. Oscilan entre un constitucionalismo tan anhelado como imposible y unas dictaduras tan resistidas como inevitables¹⁵¹. Esta inestabilidad política, que a veces desemboca en guerra civil, no pudo menos que menoscabar los derechos civiles. De todos modos, es característico del mundo de habla castellana y portuguesa en esta época, el contraste entre su gran inestabilidad política y su gran estabilidad social.

En la segunda mitad del siglo XIX dos países logran consolidar un Estado constitucional. Son Argentina y España. Pero en un corto lapso, entre 1923 y 1930, se derrumban, uno tras otro, todos estos Estados bien asentados, primero España y Chile, y luego Argentina y Brasil.

En medio de estas dificultades, la tradición hispánica de protección concreta a las personas y sus pertenencias prosigue su curso. No podemos seguirla en sus múltiples manifestaciones¹⁵². En Brasil, se da en 1934 carácter constitucional al multisecular *mandado de segurança* del derecho portugués, que, como *remedio iuris interino*, mantiene su carácter de interdicto¹⁵³. Recursos propiamente tales, se multiplican y perfeccionan en la América española, desde el amparo mexicano, contemplado por primera vez en la constitución yucateca de 1840¹⁵⁴, hasta el de protección chileno, introducido por una acta constitucional de 1976¹⁵⁵.

¹⁵¹ Jane, Cecil, *Liberty and despotism in Spanish America*, Nueva York 1929, trad. castellana. Buenos Aires 1942; destacó la preferencia hispana e hispanoamericana por los gobiernos fuertes, pero no acertó a explicársela. Para Chile, Bravo Lira, Bernardino, *Gobierno fuerte y función consultiva*. Santiago. 1984, ahora en *De Poriales a Pinochet*. Santiago. 1985.

¹⁵² Así por ejemplo, en 1836 se invoca en Chile la trilogía vida, honor y fortuna en apoyo de la conveniencia de fundamentación de las sentencias: vid. editorial de *El Araucano* 325, Santiago 25.11.1836. Un siglo después, en la reforma constitucional de 1936 en Colombia se reconoce que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes...". Acto legislativo 1, 5 de agosto de 1936, art. 9. El texto en Uribe Vargas Diego, *Las constituciones de Colombia* (2 vols.), Madrid. 1977, vol. 2, 1103.

¹⁵³ Câmara, José B. Gomes, *Subsídios para a história do direito pátrio*, 3 vols., Rio de Janeiro 1954-1965, 2. Wald, Arnoldo, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, Rio de Janeiro 1955, 4ª. ed. 2003.

¹⁵⁴ De la *Constitución del Estado de Yucatán* pasa al *Acta de Reformas* de 1847 a las *constituciones* de 1857 (art. 101 y 102) y de 1917 (art. 103 y 107) y a la nueva Ley orgánica de los artículos 103 y 107 de esta constitución, reformada en 1970. Para esto y lo que sigue Lira, nota 74 con bibliografía (entre ella, Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional* (2a ed), México, 1955; y Burgos, Ignacio, *El juicio de amparo* (5a ed.), México, 1962).

¹⁵⁵ *Acta constitucional* 3, 11 septiembre 1976, art. 2. De ahí pasa a la Constitución de 1980 art. 20. Al respecto exhaustivamente, Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago 1982; recientemente, "1976-1986. Diez años de recursos de protección (una revolución silenciosa)", *RDJ* 83 (1986). Primera parte Sección Derecho.

Nótese que ambos surgen como reacción frente a amargas experiencias de atropellos e inseguridad. Uno en el México convulsionado por las luchas intestinas¹⁵⁶ y el otro en el Chile que ha logrado librarse de un gobierno marxista¹⁵⁷. Una vez más las buenas leyes son prueba de malas costumbres, contra las cuales pretenden reaccionar.

Pero lo interesante es que en ambos casos se reacciona, inconscientemente, al modo hispánico, con medidas concretas; no al modo ilustrado, con declaraciones de derechos.

El amparo mexicano es un recurso contra el gobierno. Mira a proteger frente a él las garantías individuales contempladas en la constitución. Es decir, tiene un alcance más reducido que el amparo indiano, que abarcaba cualquier agravio causado por cualquier persona¹⁵⁸.

El recurso de protección chileno está planteado como “protección de los derechos humanos en general”, pero en realidad tiene un contenido menos etéreo. Aparte de aspiraciones, como son los llamados derechos a la salud, a la educación, a la propiedad en general, se refiere expresamente a bienes o derechos concretos de las personas, sobre su honra, su vida e integridad física, su ocupación.

Además, expresa con toda claridad que “por perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su efectiva protección”¹⁵⁹.

Estas palabras pueden servir muy bien de conclusión. Reflejan el hecho de que en los países de derecho castellano y portugués coexisten yuxtapuestas dos maneras distintas de enfocar las seguridades personales: una propia, más realista y efectiva y otra importada, más abstracta y declamatoria. Pero, sobre todo, refleja el hecho de que estos países son demasiado experimentados como para contentarse con meras declaraciones de derechos. Por eso, no renuncian a su milenaria tradición de asegurar a la persona por medios concretos y operantes, lo que de alguna manera les pertenece.

¹⁵⁶ Lira, nota 74, p. 149 ss.

¹⁵⁷ Así se afirma en la propia Acta constitucional 3, nota 151. En su preámbulo se remite a: la amarga realidad que Chile vivió en los años previos al 11 de septiembre de 1973 ha demostrado sin embargo, la necesidad de fortalecer y perfeccionar los derechos reconocidos en la constitución. Luego evoca “la ausencia de toda consideración y respeto a la vida privada de las personas y sus familias, así como a su honra, que caracterizó al periodo político que precedió al actual gobierno”. Y concluye que “por muy perfecta que sea una declaración de derechos éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su efectiva protección”, Soto Kloss, nota 151.

¹⁵⁸ Lira, nota 74 p. 101 ss. traza una comparación.

¹⁵⁹ Acta nota 153, preámbulo 10.

