

DERECHOS POLITICOS Y CIVILES EN ESPAÑA, PORTUGAL Y AMERICA HISPANA. APUNTES PARA UNA HISTORIA POR HACER

BERNARDINO BRAVO LIRA

Profesor de Historia del Derecho
Facultad de Derecho-Universidad de Chile
Academia Chilena de la Historia

Una somera ojeada a las prácticas jurídicas de distintos pueblos, muestra que, desde épocas remotas, se penan ciertos actos lesivos a las personas, como el homicidio y el robo¹. Naturalmente, varía mucho lo que se entiende por tales. El homicidio no es siempre simplemente la muerte de un hombre, sino, por ejemplo, tan sólo la de un hombre libre o de uno que no sea extranjero. Del mismo modo, el robo depende de los bienes que se consideran apropiables —tierra, ganado, y demás—.

Cada pueblo o núcleo humano tiene su propia manera de concebir y proteger lo que en determinado momento considera precioso para sus miembros. Pero hay algunos que sobresalen entre los demás por la atención que han prestado a este amparo. Tal es el caso, en general, de los europeos² y entre ellos, en primer lugar, de los pueblos

*El autor agradece al Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, de Francfort, las facilidades para completar este trabajo y la ayuda de la Fundación Alexander von Humboldt durante la estada en esa ciudad.

Abreviaturas usadas. ARDE: Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid); BACH: Boletín de la Academia Chilena de la Historia (Santiago); RCHHD: Revista Chilena de Historia de Derecho (Santiago); RDP: Revista de Derecho Público (Santiago); REHJ: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Valparaíso); RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia (Santiago).

¹Gilissen, John, *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse général en: Les sûretés personnelles, Recueil de la Société Jean Bodin* 28, 29 y 30, 3 vol., Bruselas 1969-74, 1, p. 6 ss.

²Ver trabajos reunidos en vol. 2 de *Les sûretés personnelles* nota 1.

hispánicos, es decir, hispanos e hispanoamericanos. En comparación son bastante posteriores los intentos ingleses y estadounidenses y muy reciente, solo del siglo XVIII, la tendencia ilustrada a exaltar los derechos humanos.

Tenemos, pues, que en Europa y en América, dejando de lado otras menores, ha habido tres formas fundamentales de abordar la protección de los componentes de una comunidad. En primer lugar están las seguridades personales, que tienen gran desarrollo en los pueblos de habla castellana y portuguesa. Luego vienen los derechos subjetivos en los pueblos de habla inglesa³. Por último, están las declaraciones universales de derechos que se difunden con la Ilustración⁴.

De las tres, la más desconocida es la hispana e hispanoamericana. En cambio, se suele honrar la tradición inglesa y estadounidense y se admira la tradición ilustrada de los derechos humanos. Casi todo el mundo ha oído hablar de las sucesivas declaraciones de derecho, desde la francesa de 1789 hasta las más recientes, de las Naciones Unidas en 1948, el acuerdo de Helsinki en 1975. También, son bastante conocidos los documentos ingleses y estadounidenses como la *Magna Carta* de 1215, el *Habeas Corpus Act* de 1679 o la *Declaración de derechos* ilustrada, de Virginia de 1776. En contraste, sólo los especialistas tienen noticia de los cánones de los Concilios toledanos de 636 y 688; de la llamada *Magna Charta* leonesa de c. 1188; de los fueros lo-

³Es célebre la definición de Hugo Grocio en *De jure belli ac pacis* 1, 1. 4: Jus est qualitas moralis personae competentis ad se aliquid iuste habendum vel agendum. Villey, Michel. *Les origins 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.; Guzmán, Alejandro. *Para la historia del derecho subjetivo* en: *Anuario de Derecho administrativo* 1, Santiago, 1975-76. Coing, Helmut, *Zur geschichte des Begriffs Subjektives Recht en Arbeiten zur Rechtsvergleichung* 5 München, 1954.

⁴Massini, 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; Schnur, R., *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, 1964. Oestreich, Gerhard, *Die Idee der Menschenrechte und ihre geschichtliche Entwicklung*, Berlin, 1966. El mismo, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Berlin 1978. Kiele, Martin, *Liberación e Ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona, 1981.

cales de los siglos x a xiv; de las *Partidas*; de las *Leyes de Indias*; del amparo mexicano o de las cédulas de 1775, 1789 y 1797.

I LA TRADICION HISPANICA

Esta tradición hispánica es con mucho la más antigua de Europa y, por tanto, también de América. Se caracteriza ante todo por su actitud eminentemente práctica. Atiende a proteger en forma inmediata y directa a la persona misma o a lo que de alguna manera le pertenece. Se ocupa de cosas concretas, tangibles, como son *su* honor, *su* vida, *su* integridad física, *su* libertad física, o de residencia, *su* casa, *sus* cargos, *sus* haberes.

En otras palabras, la protección no recae sobre derechos sino inmediatamente sobre cosas. De ahí que el lenguaje de los derechos le sea extraño. 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 práctica, 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 tradición 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.

Debido a su carácter práctico, esta tradición no se materializa, como la de los derechos humanos, en pomposas declaraciones, sino en medios concretos 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 efi-

caces. A menudo ellas nacen como reacción contra males reales a los que pretenden remediar o prevenir.

Sería imposible reconstruir aquí esta historia milenaria, llena de incidencias y vicisitudes. Apenas existen estudios parciales⁵. Los presentes apuntes pretenden tan sólo mostrar que es muy digna de estudio, que aquí aguarda a los investigadores un campo inmenso.

La exposición está articulada cronológicamente en seis grandes etapas. Es difícil esquematizar más un torrente tan caudaloso.

La primera parte, dedicada a los antecedentes hispanovisigodos, es como una especie de prólogo. Se entra de lleno en materia en la segunda, que corresponde al potente surgir de las seguridades personales en los principados cristianos de la península ibérica durante los siglos x a xii.

De esta etapa, donde domina la costumbre, se pasa a otra, donde se contraponen a ella un derecho de juristas, el Derecho Común, cultivado en las universidades. La primera fase de su recepción se extiende desde el siglo xiii hasta el xvi.

El descubrimiento y la conquista en esa centuria inauguran una nueva etapa en la que el Derecho Común se extiende al Nuevo Mundo. Pero es desbordado por la realidad del encuentro con los pueblos americanos, lo que obliga a acudir además al Derecho Natural. De esta suerte, las seguridades personales se amplían en su contenido y en su ámbito de vigencia. Se aplican no sólo a la población europea y mestiza de ultramar, sino también a los indígenas.

Con el siglo xvii se abre la época del Barroco y sus tensiones, en medio de las cuales Inglaterra ve nacer los derechos subjetivos. Le sucede en el dieciocho la Ilustración y con ella la idea de los derechos del hombre, naturales y universales, proclamados desde entonces en una serie de declaraciones.

En los siglos xix y xx se lucha en los países de habla castellana y

⁵El 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 aragoneses y castellanos*.

portuguesa por implantar el constitucionalismo de raíz ilustrada. Se plantea entonces una dicotomía entre derechos civiles, arraigados en la tradición hispánica y derechos políticos, importados de fuera.

II ANTECEDENTES HISPANOVISIGODOS

Los orígenes de la tradición hispana e hispanoamericana de seguridades personales y patrimoniales se remontan al reino hispanovisigodo, 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 la nobleza y la realeza había condenado al país a una constante oscilación entre anarquía y represión⁶.

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 626 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 suyo⁷.

⁶Thompson E. A., *The Goths in Spain*, Oxford 1969, trad. castellana, Madrid. 1971. Claude Dietrich, *Adel, Kirche und Königtum im Westgotenreich*, Sigmaringen. 1971, García Moreno, Luis A., *El fin del reino visigodo de Toledo. Decadencia y catástrofe, su contribución a su crítica*, Madrid, 1975.

⁷Vives, José, *Concilios visigodos e hispanorromanos*. Barcelona. Madrid. 1963. Concilio v de Toledo año 636, 6, p. 229, xiii Concilio de Toledo año 653, 2 p. 416 ss. Esta última disposición fue recogida en el *Liber Iudiciorum* 2, 1, 6.

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 hispanovisigodo, minado por las luchas intestinas, sucumbió muy pronto a mano 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 los reyes, y el *Liber judiciorum* 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 Iberoamérica. El *Liber*, después de haber regido en principados cristianos durante la Alta Edad Media y en la España musulmana para los mozárabes, fue traducido al castellano bajo el nombre de *Fuero Juzgo* en la Baja Edad Media 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.

III FLORACION DE LAS SEGURIDADES PERSONALES EN LOS SIGLOS XI Y XII

El gran florecimiento de las seguridades personales en la península ibérica es posterior al reino hispanovisigodo. 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"⁹. La exigencia del juicio previo cubre pues, tanto la persona como la hacienda del inculpado.

⁹García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho español* (2 vol.). Madrid. 1968. hay numerosas ediciones posteriores.

⁹*Decretos 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.

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 señoriales¹⁰. Por otra parte, se sanciona como delito al que "ad domum alicuius per vim vadat vel damnum aliquod, in ea vel hereditate eius faciat"¹¹. Es decir, se pena al que con violencia entra en casa ajena, causa daño en ella o en la heredad de otro.

Junto a estas seguridades personales 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 guerram vel pacem vel placitum nisi cum consilio episcoporum, nobilium et bonorum hominum per quorum consilio debeo regi"¹². 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 parecer.

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 manifiesto¹³.

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 propios¹⁴.

¹⁰Ibid. 4 ss.

¹¹Ibid 11.

¹²Ibid 3.

¹³Sánchez de Tejada y de Olazaga, Francisco, *El Derecho de manifestación aragonesa 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.

¹⁴Sánchez-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 castella-*

Por su parte, los habitantes de muchas villas y lugares gozan de privilegios o garantías, que se consignan en los fueros locales¹⁵. Estos son, sin disputa, la más rica fuente en materia de seguridades personales. Éstas valen para toda la población de una localidad, es decir, que se aplican a todos sin distinciones de tipo estamental¹⁶. 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, la libertad de movimiento y de residencia, la casa, las propiedades y, demás.

IV. DERECHO COMUN Y SEGURIDADES PERSONALES

La recepción del Derecho Común inaugura una nueva época en el derecho castellano y portugués¹⁷. 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 las seguridades personales se consideren como derechos ni que se las sistematice de alguna forma. Se enriquecen y complementan con elementos de raíz ro-

nos (en prensa; debo su conocimiento 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. Ultimamente, Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*. Madrid. 1975.

¹⁵Así, 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 5) 49 ss.

¹⁶Ninguno ni señor ni otro no tengan omne preso, maguer (a pesar de) que por propia calonna o por debdo sea vencido, mas el juez téngalo preso en su casa fasta que pague lo que debiera. "*Fuero de Cuenca*, nota 15, 1, 1, 8. Igual texto en otros fueros como de Sepúlveda o de Zorita de los Canes.

¹⁷Sobre el Derecho Común y su significación europea, Coing, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos (5 volúmenes), aparecidos, München. 1973-82, tomo 1 con abundante bibliografía.

mana o canónica, pero siguen siendo tan casuistas y concretas como antes.

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 la libertad personal contra la prisión sin previa orden judicial¹⁸; la casa contra la violencia o el asalto¹⁹, la vida contra el homicidio, la integridad física contra las lesiones²⁰, la propiedad privada²¹ y comunal²², 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"²³.

Las *Siete Partidas* son el principal cuerpo legal aplicado en España y Portugal desde el siglo xiv y en Iberoamérica desde el descubrimiento, cuya vigencia se prolongó a ambos lados del Atlántico hasta la codificación, es decir, hasta el siglo xx²⁴. Constituyen una verdadera suma de Derecho. Pretenden abarcar toda la materia jurídica de una visión unitaria, de fundamento teológico. Dentro de esta perspectiva teocéntrica, exalta la dignidad del hombre, que está por debajo

¹⁸Fuero de Cuenca (nota 15) 1,6.

¹⁹Fuero de Zorita de los Canes, ed. Ureña y Smenjand, Rafael de, Madrid. 1911. p. 332.

²⁰Con detalle trata esta materia el *Pseudo 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 ficiere deve estar a la merced del rey".

²¹Fuero de Sepúlveda, 23, ed. crítica y apéndice documental de Sáez. Emilio, *Los fueros de Sepúlveda*, Segovia, 1953.

²²Ibid., 33 Fuero de Cuenca, nota 15, 1, 2, 1.

²³Figueroa (nota 5) p. 56.

²⁴Bravo Lira, Bernardino, *Vigencia de las Partidas en Chile*, en REHJ 10 (Valparaíso) 1985.

de Dios, pero que ha sido colocado por Él sobre el resto del universo visible.

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 humano²⁵.

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 al salirse de su sitio y 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"²⁶.

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"²⁷.

Se comprende 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 haciendo porque lo debiese perder". Luego debe honrar a cada uno de la 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"²⁸.

La honra se protege en las *Partidas* de diversas maneras. Incluso

²⁵*Siete Partidas*, 4 prólogo.

²⁶*Ibid* 7. 2. 1.

²⁷*Ibid*. 4, 23, 8.

²⁸*Ibid* 2. 10. prólogo.

dedica a las deshonras 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 apresarlo, "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"²⁹.

No obstante, en ningún momento califican las Partidas a la honra como derecho. Otro tanto ocurre con la vida, la libertad, la propiedad, cuya protección da lugar a múltiples disposiciones. En cambio, se habla de deberes.

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 gobernados³⁰.

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 están sus deberes para con Dios que está por encima de ambos. En el otro extremo están sus 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 inspechadas, pero en su origen no son, bajo ningún aspecto, derechos políticos. Transformarlos en tales sería 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 exteriores³¹. Tampoco da origen directamente a un derecho político de los vasallos, aunque sí concurre

²⁹Ibid. 7, 9, leyes 1, 3 y 6.

³⁰Sobre esto y lo que sigue. Bravo Lira (nota 24) 67 ss.

³¹Siete Partidas 2, 10, prólogo, Bravo Lira (nota 24) 69 ss.

a la formación de la noción de buen gobierno y a través de ella, en el siglo XVIII, a la noción de fines del Estado³². Del concepto de buen gobierno brota ya en el siglo XVII en Hispanoamérica un derecho político, el de buen gobierno, que es como la suma y compendio de todos los demás derechos políticos³³.

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"³⁴. Se refuerza así la protección de la vida, la integridad corporal, la libertad física, los bienes y la libertad de residencia. Un siglo después ordena Juan II 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 vencidos³⁵. 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 contra el gobierno, por actos arbitrarios o lesivos a los gobernados³⁶. Los más importantes son la apelación contra actos de gobierno y la suplicación contra la sen-

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

³³Bravo Lira, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago. 1986.

³⁴*Cortes de Valladolid 1325*, petición 3 y de *Madrid 1329*, en Real Academia de la Historia, *Cortes* (nota 9). 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.

³⁵*Cortes de Valladolid 1448*. Pasa a la *Nueva Recopilación* 4, 13, 7 y a la *Novísima* 3, 4, 6.

³⁶Para 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.

tencia 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 podrá 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 apelado³⁷. De los actos del rey o de la Audiencia y en general de aquellos contra los cuales no cabía alzada por vía de derecho, cabía suplicación por vía de merced³⁸. Se resolvían, entonces, por equidad más bien que por derecho. Hay noticia de casos en que se condenó al propio rey a indemnizar³⁹. Desde las Cortes de Segovia en 1390, el conocimiento de la suplicación se radica en la misma Audiencia⁴⁰, sistema que pasó a América.

V. LAS SEGURIDADES PERSONALES EN EL NUEVO MUNDO

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 seguridades personales 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 seguridades personales a que estaban acostumbrados. Pero la forma 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

³⁷Ordenanzas 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.

³⁸*Leyes del Estilo*, 30, Villapalos (nota 36) 293.

³⁹Villapalos (nota 36) 296.

⁴⁰Zavala, Silvio, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Madrid. 1935 (hay otra edición, México. 1971) obra hasta ahora no supe-
rada.

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 por servir a ambas Majestades, pero 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 derechos frente al rey. Ella no se restringe sólo a los estratos dirigentes sino que alcanza hasta el último conquistador. Todos se sentían merecedores no sólo de premio, sino también de especiales consideraciones del rey y de sus agentes en vista de los grandes servicios prestados⁴¹.

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 por qué 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 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 poderosos⁴². Se trata de un recurso abierto, mediante el cual se resguarda la posesión de objetos tan

⁴¹Sobre la concepción de premio y la conciencia de los propios derechos, Zavala (nota 40); 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 34).

⁴²Para 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, V., *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*. México. 1971.

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 fundamentalmente⁴³. 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 lo remotos pobladores de Hispanoamérica.

Otro eficaz recurso judicial era la apelación de los actos de gobierno a la Real Audiencia⁴⁴. 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, de oficiales del rey o de personas privadas⁴⁵. 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 estaba también protegido 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 cumplimiento y se suplicaba al rey para que la enmendase. De ahí la expresión: *se obedece, pero no se cumple*⁴⁶.

Otro aspecto que cobra inusitado relieve en Hispanoamérica es la

⁴³Sobre esto, con ejemplos concretos, Lira (nota 42) 59 ss.

⁴⁴Sánchez 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 indianum iure* (2 vol.) 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.

⁴⁵Ibid. Muñoz Feliú, Raúl, *La real audiencia de Santiago de Chile*. Santiago. 1937, esp. 108 ss.

⁴⁶Figuerola (nota 5) 94 ss. Últimamente, Tau Anzoátegui Víctor, *La ley "se obedece, pero no se cumple"*. En *torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano en Anuario Jurídico Ecuatoriano* 4 (Quito) 1980, con bibliografía.

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 necesarias⁴⁷.

Pero la mayor ampliación de las antiguas seguridades personales 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 Natural⁴⁸.

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 monarquía⁴⁹.

De acuerdo a estos presupuestos se reconoció a los indígenas una

⁴⁷Ya desde 1541 hay disposiciones tendientes a que "toda y cualquier personas 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 impidiere 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.

⁴⁸Sobre esto hay abundante bibliografía. Ultimamente, Pietschmann, Horst, *Staat und staatliche Entwicklung am beginn des spanischen Kolonisation 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.

⁴⁹Góngora (nota 41), también *Studies in the History of Spanish America*. Cambridge. 1975. Ultimamente, 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* 24 de septiembre 1571, 5 y de nuevo en la *Recopilación* (nota 47) 2, 28.

condición jurídica sin precedentes. Se los consideró como personas. Es decir, respecto de ellos se hizo 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 aún así, demasiado a menudo, más bien de modo teórico u oficial.

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 europea⁵⁰. 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 jurídica⁵¹. Ésta se fija, desde muy temprano en función de dos elementos complementarios. Por una parte, los indígenas son declarados en 1500 vasallos libres de la corona⁵² y, por otra, desde las Leyes de Burgos de 1512, se les asimila a las personas menesterosas del Derecho Común⁵³.

Tampoco ninguna de estas cosas se obvia. De hecho, lo primero que hizo Colón fue capturar indígenas y llevarlos a España para ven-

⁵⁰Ha 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 America*, Filadelfia 1949, trad. castellana, Buenos Aires. 1949; Konetzke, Richard *Christentum und conquista im spanischen Amerika* en *Saeculum* 23, Freiburg-München 1972; Zavala, Silvio, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos xvi y xviii)* París. 1963.

⁵¹Zavala, Silvio, *Ensayo 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.

⁵²El texto de la real cédula no ha llegado hasta nosotros pero está recogido en forma abreviada en otra *real cédula* 30 octubre 1503, Konetzke, Richard, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, Madrid. 1953-58, 1, 14.

⁵³Ordenanzas reales para el buen tratamiento y regimiento de los indios, 27 enero 1512, en *Anuario de Estudios Americanos* 13 (Sevilla) 1956; González, Olgüín, Diego, *Los privilegios concedidos a los indios*. Lima. 1608.

derlos 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 aún, a raíz de estos hechos, declararon a los indígenas vasallos libres de la corona⁵⁴. 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 indios 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 culturales⁵⁵. Los indios no fueron, pues, vasallos de segunda categoría, de inferior condición a los españoles. Antes bien, se les aplicó incluso la distinción de estados castellana⁵⁶. Así, los caciques y principales fueron asimilados a los nobles o hidalgos y el resto, al común⁵⁷.

Pero lo anterior no habría pasado de meras declaraciones, palabras bien sonantes, 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, aún más culto, frente al europeo. Por tanto, tampoco había experiencia de los monstruosos abusos a que esta 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

⁵⁴Ver nota 52. Hanke, nota 50.

⁵⁵Vial Correa, Gonzalo, *Teoría y práctica de la igualdad en Indias* en *Historia* 3 (Santiago) 1964.

⁵⁶Konetzke, Richard, *La formación de la nobleza en Indias* en *Historia* 3 (Santiago) 1964.

⁵⁷Lira Montt, Luis, *La distinción de estados en Indias*, en *Gacetilla 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.

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 muchos 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 entretajan hasta configurar un auténtico régimen protector. Éste comprende diversos aspectos. En lo penal se castiga no sólo el homicidio, sino distintas formas de maltrato⁵⁸. Por otra parte, se asimila a los indios a las *miserabiles personae* del Derecho Común, que gozan de privilegios de diverso orden⁵⁹. Se instituyen diversos oficios para velar por ellos, de los cuales el más destacado es el protector de indios⁶⁰. En lo patrimonial, 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 fe⁶¹.

⁵⁸Avila Martel, Alamiro, *Esquema del derecho penal indiano*. Santiago. 1941.

⁵⁹González Olguín, nota 54.

⁶⁰Bayle Constantino, *El Protector de Indios en Anuario de Estudios Americanos* 2 (Sevilla) 1947; Lohman Villena, Guillermo *El corregidor de Indias en el Perú bajo los Austrias*. Madrid. 1957.

⁶¹Silva 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*

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 complejión y capacidad, en fin, formación de un fondo para atender a enfermos y ancianos⁶². 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 un régimen laboral semejante.

La lucha que se libra en favor de los indios en Iberoamérica 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 autores⁶³.

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

de Historia del Derecho 23 (Buenos Aires) 1972, 2ª ed. aumentada, Buenos Aires. 1978.

⁶²Salvat Monguillot. Manuel, *El derecho indiano del trabajo*, en *Homenaje a Don Francisco Walker Linares*. Santiago. 1968; Zorroquín Becú, Ricardo. *El trabajo en el período hispánico* en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 19, Buenos Aires 1968. Sobre Chile, Jara, Alvaro, *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.

⁶³Ver nota 50.

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.

VI. DERECHOS Y SEGURIDADES PERSONALES EN LA EPOCA DEL BARROCO

Mientras al otro lado del Atlántico Iberoamérica se forja una cultura propia, Europa atraviesa por una grave crisis⁶⁴. 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 II⁶⁵, del alzamiento de Cataluña⁶⁶ y Portu-

⁶⁴En 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* en *Past and Present* 16 1959, ahora retrabajado 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*, Berlin 1970. Steensgaard, Niels, *Det syttende arhundredes Krise* en *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., *Principi e ceti*, 3., *Accentamento e rivolte*. Mauro Frédéric, *Le Portugal et l'Atlantique au XVII. siècle (1570-1670)* s. I. 1960. Alexandre Terra, Francisca, *La revolución portuguesa de 1640* en *Saitabi* 17, Valencia 1967. Lehman, Harmut, *Das Zeitalter des absolutismus*, Stuttgart 1980, Koenigsberger. Helmut G., *Die Krise des 17. Jahrhundert* en *Zeitschrift für historische Forschung* 9., Berlin 1982.

⁶⁵Sturmberger, Hans, *Georg Erasmus Tschernebl. Religion, Libertät und Widerstand*, Viena 1953. El mismo, *Kaiser Ferdinand II und das problem*

gal contra el Conde-Duque de Olivares, valido de Felipe IV⁶⁷ y de una serie de movimientos insurreccionales de diverso género en Nápoles, Rusia, Escandinavia, Suiza y Alemania⁶⁸.

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 1688⁶⁹.

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 *Habeas corpus act* de 1679 y al *Bill of rights* de 1688⁷⁰. Estos textos tienen un inconfundible sabor estamental. Pretenden proteger libertades y privilegios a menudo atro-

des Absolutismus en *Osterreich-Archiv*, Wien 1957, ahora en *El mismo, Land ob der Enns und Osterreich*, Linz 1979, *El mismo Aufstand in Böhmen*, 1959.

⁶⁷Trevor 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.

⁶⁸Porsnev, Boris F., *Die Volksaufstände in Frankreich vor 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 *El mismo, La plume, la faucille et le marteau*, París 1970. *El 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. *El mismo, Les institutions de la France pendant la monarchie absolue*, 2 vol., París 1974-80. Garrison, François, *Histoire du droit et des institutions*, 2 vol., París 1984. Méthievier, H., *La Fronde*, París, 1985.

⁶⁹Bercé Yves-Marie, *Revoltés et révolutions dans l'Europe moderne xvii. xviii. siècles*, París 1980.

⁷⁰Stourzh, Gerald, *Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17 und 18 Jahrhundert. Zur Genese des modernen Verfassungsbegriffs* en Vierhaus, Rudolf (editor) *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Göttingen 1977.

⁷¹Polin, R., *Philosophie et politique chez Thomas Hobbes*, París 1952. Villey nota 3. *El mismo Le droit de l'individu chez Hobbes* en *El mismo, Seize Essais de Philosophie du Droit*, París 1969, ahora en castellano es sus *Estudios cit. nota 3*, Mac Pherson, *The political theory of progressive individual from Hobbes to Locke*, Londres, 1962, Hood, F. C., *The divine politics of Thomas Hobbes*, Londres, 1964.

pellados 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 (1588-1679), 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 gobernante⁷¹. Hobbes piensa en la legítima defensa de la vida, pero también contra la prisión ilegítima o contra el despojo de sus bienes. Hobbes ha configurado así la vida, la libertad y la propiedad como derechos. Se habla así de derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad. En consecuencia, la protección práctica e

⁷¹Hobbes, Thomas, *Leviathan*, 14, 8.

inmediata de esos bienes concretos se transforma en protección teórica y remota a unos derechos subjetivos.

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"⁷².

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 dower*)⁷³.

En lo sucesivo, la 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 Carta* y la *Petition of rights*⁷⁴. Dos años posteriores son las famosas palabras de Carlos I,

⁷²*The political Works of James I* 1616, reimpresso Nueva York 1965, pp. 63-64. Brandt, Reinhardt, *Menschenrechte und Güterlehre* en El 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.

⁷³Bahatec, Josef, *Menschen und Bürgerrechte in der englischen Publizistik*, en Schnur (nota 4).

⁷⁴Overton, Richard, *An Appeal* (julio de 1647) en Wolfe, D. M., *Levelles Manifestoes of the Puritan Revolution*, Nueva York. 1967, 166.

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*"⁷⁵.

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.

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)⁷⁶ y sobre todo, Locke (1632-1704)⁷⁷.

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 España 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

⁷⁵Gardiner, S. R. (editor), *Constitutional documents of the Puritan Revolution (1625-1600)*. Oxford. 1906, (hay reimpresión 1968) p. 375.

⁷⁶Tyrrell, James, *Patriarcha non Monarcha* 1681, Brandt (nota 72).

⁷⁷Locke, John, *Two Treatise of Government* ed. Laslett, Peter. Cambridge. 1960.

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”⁷⁸.

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 tiene por objeto 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 se modifica 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 Parlamento, el español busca servir, disponer 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,

⁷⁸Calderón de la Barca, Pedro, *El Alcalde de Zalamea*, acto 2, escena 18.

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 Iberoamérica, 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 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 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 española, en realidad es válida con matices para todo el mundo de habla castellana y portuguesa. En la península ibérica, Iberoamérica y Filipinas la vida colectiva gira en la época del barroco en torno a esta tríada jerárquicamente escalonada.

Así por ejemplo, en Chile, a raíz del alzamiento general de los indios del sur en 1655 el Cabildo de Santiago envió como procurador ante el Virrey del Perú a Juan Rodulfo Lisperger, perteneciente a una de las grandes familias del reino, para solicitar, entre otras cosas, la destitución del gobernador de Chile. Lisperger 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 vida, persona y hacienda para el servicio de Su Majestad y de esta república, como uno de sus hijos principales⁷⁹. 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 hasta entonces premiados por ello⁸⁰.

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 . . . pudieran contravenir impunemente la ley sería, por una consecuencia infalible, señor de los bienes, del honor y de la vida de los súbditos del rey"⁸¹.

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.

VII. *Derechos humanos y seguridades personales en el siglo XVIII*

El siglo XVIII vio surgir la Ilustración y con ella un nuevo concepto, el de derechos naturales del hombre o derechos humanos. No hace

⁷⁹Meza Villalobos (nota 34) 110.

⁸⁰Id. 117.

⁸¹*Procès verbal* relativo a la redacción de las *Ordenanzas de 1667*, I, p. 496, citado por Emerigon, *Traité des assurances et des contrats de la grosse*. (2 vol.). Paris. 1827.

falta detenerse en esta materia, sobre la cual existe una abundante bibliografía⁸².

Baste recordar que los derechos humanos no son un nuevo nombre para las antiguas seguridades personales al estilo hispánico. Tampoco se confunden con los derechos subjetivos de los ingleses, surgidos el siglo anterior. Lo propio de los derechos humanos es su carácter universal, afirmándose 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 1776⁸³ o de Francia en 1789⁸⁴.

⁸²Ver Schnur, Oestreich, Kriele (nota 4), Villey, Michel, *Critique des droits de l'Homme en Anaes de la cátedra Francisco Suárez* 12, Granada, 1972. Para la ilustración tardía en Alemania el penetrante estudio de Garber, Jörn, *Vom vis connatum zum Menschenenrecht. Deutsche Menschenrechtstheorien der Spätaufklärung*, en Brandt (editor) *Rechtsphilosophie der Aufklärung* (nota 72). Todos con bibliografía.

⁸³*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 200 Jahrestag der "Declaration of Rights von Virginia" vom 12 Juni 1776* en *Juristenzeitung* 31, 1976, Brandt, (nota 72). Vosler Otto, *Studien zur Erklärung der Menschenrechte*, ahora en Schnur, nota 4. Hervada Javier, y Zumaquero José, *Textos internacionales de derechos humanos*, Pamplona, 1978.

⁸⁴*Déclaration des droit de l'homme et du citoyen*, París 26 agosto 1789 en Hélie, Faustin Adolphe, *Les constitutions de la France*. París. 1879, 30 ss.

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 poderes⁸⁵.

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 dados. 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 posibilidades⁸⁶.

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 1975⁸⁷. 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 1933⁸⁸. Además, estas declaraciones han terminado por convertirse en un instrumento

⁸⁵*Déclaration* (nota 84) 16. Crf. Montesquieu, Charles Louis barón de, *L'esprit des lois*. Ginebra. 1748.

⁸⁶Massini y Villey (nota 4).

⁸⁷*Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 10 diciembre 1948. Hervada y Zumaquero, nota 83. Bürgenthal, Thomas (editor) *Derechos humanos, Derecho internacional y el acuerdo de Helsinki*. Montevideo. 1979.

⁸⁸Bracher Karl, Dietrich, *Zeit der Ideologien. Eine Geschichte politischen Denken im 20. Jahrhundert*. Stuttgart. 1982, con bibliografía.

de presión de las grandes potencias sobre las pequeñas. No impiden a las grandes imponer dentro de sus fronteras y en los estados satélites regímenes de pesadilla. Pero les brindan un pretexto para acosar en cualquier momento a los países menores⁸⁹.

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, 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"⁹⁰. 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"⁹¹.

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, de nuestro honor y de nuestros bienes, son verdaderamente la imagen de Dios en la tierra"⁹².

La Ilustración tiene en el mundo de habla castellana y portuguesa caracteres propios. No es irreligiosa y cosmopolita, sino católica y nacional⁹³. Se ensanchan los fines del Estado más allá de los antiguos

⁸⁹Villey, nota 82.

⁹⁰Montesquieu nota 85, 2, 3.

⁹¹Filangieri, Gaetano. *La scienza de la legislazione* (5 vol.) 1780-88. Cito trad. castellana, 2ª ed. Burdeos. 1823, 1, 85.

⁹²Favard de Laglade, barón de, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative* (5 vol.) París. 1823-25, 2, 141.

⁹³Bravo Lira, Bernardino, *Feijóo y la ilustración católica y nacional en*

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 administración⁹⁴. 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 poder⁹⁵. 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"⁹⁶. Las consecuencias de esta orden fueron múltiples. Así, por ejemplo, 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 competente⁹⁷.

También tendió a este fin de hacer más eficaz la protección judi-

el mundo de habla castellana y portuguesa, en *Jahrbuch für 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 *REHJ* 9 (Valparaíso) 1984.

⁹⁴Bravo Lira, notas 32 y 33.

⁹⁵La *Instrucción para substanciación de causas criminales* del presidente Ambrosio O'Higgins, Santiago 26 agosto 1796, se funda, entre otras cosas en "la proveida 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 32.

⁹⁶Real cédula 19 febrero 1775. Zorraquín Becú, Ricardo, *El sistema político indiano* en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 6 (Buenos Aires) 1954.

⁹⁷Ambas en Corvalán y Castillo (nota 95).

cial 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"⁹⁸.

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"⁹⁹. 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 1806¹⁰⁰.

Para proteger la fama de las personas se pena la impresión de papeles sin informe de los tribunales¹⁰¹. Se regula, también, la constitución de asociaciones como cofradías, hermandades y corporaciones¹⁰².

La solicitud real se extiende hasta los últimos entre sus vasallos, los esclavos. Por real cédula de 1789, llamada *código negro*, 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 libre¹⁰³.

Paralelamente pervive entre los autores ilustrados peninsulares e

⁹⁸Real instrucción 20 junio 1776, 28. Texto ed. Salvat Monguillot, Manuel, RCHND 3 (Santiago) 1964; Bravo Lira nota 33.

⁹⁹Ibid., 41.

¹⁰⁰Reales cédulas 29 agosto 1778, 23 diciembre 1782, 19 mayo 1788, 1797 y 29 agosto 1806, Muñoz Feliú nota 45, esp. p. 105 ss.

¹⁰¹Real cédula 10 octubre 1792. Texto en Archivo Nacional (Chile) Real Audiencia, vol. 3124 pza. 17 fs. 147.

¹⁰²Real cédula 8 marzo 1791. Texto en Archivo Nacional (Chile) Capitanía General 740 fs. 55.

¹⁰³Real Cédula de 31 mayo 1789 en Matraya y Ricci, Juan Joseph El Moralista *Filalico Americano*, vol. 1, Lima. 1819.

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 derechos¹⁰⁴. León de Arroyal (1755-1813) en cambio, al finalizar el siglo XVIII, se levanta contra la convicción popular de que "el rey es señor de la vida, las haciendas y el honor"¹⁰⁵. De su lado, Jovellanos (1744-1811) introduce una variante al afirmar que "los bienes naturales se pueden reducir a cuatro objetos: la vida, la fama, la hacienda y el placer"¹⁰⁶.

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.

XII. DERECHOS CIVILES Y DERECHOS POLITICOS EN LOS SIGLOS XIX Y XX

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 es 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 patria¹⁰⁷.

Comprendió mejor que nadie las exigencias del momento. Sin duda, le ayudó a ello su contacto con la Ilustración inglesa, a cuyas ten-

¹⁰⁴Feijóo, Benito Jerónimo, *Cartas eruditas y curiosas* (5 vol.) Madrid. 1769-70, 3, Dedicatoria al rey.

¹⁰⁵Arroyal, León de, *Cartas político-económicas al Conde de Lerena*, Madrid. 1878. 221-22. Hay ed. Antonio Elorza, Madrid. 1968.

¹⁰⁶Jovellanos, Gaspar Melchor de, *Memoria sobre educación pública...* en Rivadeneyra (editor) *Biblioteca de autores españoles*, vol. 46, 230 ss., la cita en 263.

¹⁰⁷Ultimamente, Avila 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.

dencias 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*, eso 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 medidas concretas de protección a la persona. 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.

“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”¹⁰⁸.

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 ilus-

¹⁰⁸*Responsabilidad de los jueces de primera instancia*, editorial de *El Araucano* 305 (Santiago) 1836, ahora en Bello, Andrés, *Obras completas* (15 vol.) 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.

trar 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"¹⁰⁹.

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"¹¹⁰.

Luego aplica estas ideas a Hispanoamérica. Aquí este contraste general entre el apego a los derechos civiles y el poco aprecio 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"¹¹¹.

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

"Cualquiera obstáculo, pues, que impida el ejercicio de nuestra libertad civil, cualquier ultraje a ella nos son infinitamente menos lle-

¹⁰⁹Id. Diversos otros textos de los años 1830 a 1850, en los que se refiere a esta misma trilogía en Bravo Lira nota 108, 127 nota 34. A ellos pueden agregarse editoriales de *El Araucano* 296 de 6 mayo 1836 en *Obras Completas*, nota 108, 9, 296 y 638 de 8 septiembre 1850 *ibid.* 9, 429.

¹¹⁰Id.

¹¹¹Id.

vaderos que las trabas con que se encadene nuestra libertad política; y las leyes protectoras de aquéllas producen un bien a que damos mil veces más valor que al que resulta de las que protegen a la segunda"¹¹².

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"¹¹³.

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 la de 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"¹¹⁴.

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 perjudica la protección concreta de los derechos civiles. Se busca institucionalizar la legalidad mediante el Parlamento, al que se atribuye 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.

¹¹²Id.

¹¹³Editorial de *El Araucano* 324, Santiago, 18 noviembre 1836, ahora en *Obras Completas* nota 108, 9, 1 ss.

¹¹⁴Id.

A pesar de ello los derechos civiles persisten con gran vigor, en tanto que fracasan uno en pos de otro los intentos de aclimatar los políticos. 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 pesar de todos los reveses¹¹⁵.

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 hizo 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 inevitables¹¹⁶. 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 prosigue su curso la tradición hispánica de protección concreta a las personas y sus pertenencias. No podemos seguirla en sus múltiples manifestaciones¹¹⁷, pero es fácilmente

¹¹⁵Para 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 3. Tau Anzoátegui, Víctor, *La revolución liberal y el derecho iberoamericano durante el siglo XIX*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 54, Antwerpen 1986.

¹¹⁶Jane, 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 Portales a Pinochet*, Santiago, 1985.

¹¹⁷Así por ejemplo, en 1836 se invoca en Chile la trilogía vida, honor y

perceptible desde el amparo mexicano, contemplado por primera vez en la constitución yucateca de 1840¹¹⁸, hasta el recurso de protección chileno, introducido por una acta constitucional de 1976¹¹⁹.

Nótese que ambos surgen como reacción frente a amargas experiencias de atropellos e inseguridad. Uno en el México convulsionado por las luchas intestinas¹²⁰ y el otro en el Chile que ha logrado librarse de un gobierno marxista¹²¹. 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 cons-

fortuna en apoyo de la conveniencia de fundamentación de las sentencias: vid. editorial de *El Araucano* 325, Santiago 25.11.1836.

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 vol.) Madrid. 1977, vol. 2, 1103.

¹¹⁸De 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, reormada en 1970. Para esto y lo que sigue, Lira, nota 42 con bibliografía (entre ella, Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional* (2ª ed.) México. 1955; y Burgos, Ignacio, *El juicio de amparo* (5ª ed.) México. 1962).

¹¹⁹*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.

¹²⁰Lira, nota 42, 149 ss.

¹²¹Así se afirma en la propia *Acta constitucional* 3, nota 118. 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 de sus familias, así como a su honra, que caracterizó al período 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 119.

titución. Es decir, tiene un alcance más reducido que el amparo indiano, que abarcaba cualquier agravio causado por cualquier persona¹²².

El recurso de protección chileno está planteado como "protección de los derechos humanos en general", pero en realidad tiene un contenido más concreto. 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 claramente que "por perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su efectiva protección"¹²³.

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.

¹²²Lira, nota 42 p. 101 ss. traza una comparación.

¹²³Acta nota 119, preámbulo 10.