

# PROTECCION JURIDICA DE LOS GOBERNADOS EN EL NUEVO MUNDO (1492-1992). DEL ABSOLUTISMO AL CONSTITUCIONALISMO

BERNARDINO BRAVO LIRA  
*de la Academia Chilena de la Historia  
Universidad de Chile*

La expresión Nuevo Mundo supone la existencia de otro anterior, de Europa, a la que en comparación se designa como Viejo Mundo. Esto vale en especial para el tema de que queremos ocuparnos en esta ocasión. Hablar de protección de los gobernados frente a los gobernantes en Iberoamérica a lo largo de la Edad Moderna, equivale a abordar la segunda parte de una historia cuyos inicios son bastante más remotos, tanto en el tiempo como en el espacio. En rigor se remontan a la Edad Media y a la Europa de entonces.

Las formas jurídicas que, a raíz del descubrimiento y conquista, se introducen en nuestro continente, provienen concretamente de la Castilla y el Portugal medievales. Pero son análogas a las que el Derecho Común difunde en el resto de Europa. Así lo muestra, sin ir más lejos, el caso de los registros notariales y parroquiales.<sup>1</sup> Más aún, no es infrecuente que instituciones europeas prendan y prosperen en el Nuevo Mundo mejor que en su tierra de origen. Con ellas parece ocurrir algo semejante a lo que con tantas plantas y animales europeos sucede en América: crecen y fructifican con inesperado vigor.

En este sentido, no deja de ser ilustrativo el mote latino *extra-ultra*, que campea en una reja forjada en Chile a principios del siglo XIX para la puerta de la entonces recién terminada Casa de Moneda de la capital. El objeto del presente estudio es, precisamente, la protección jurídica de los gobernados *extra Europam*, fuera de Europa, y, al mismo tiempo, *ultra Europam*, más allá del Viejo continente. Pero —aquí está tal vez la mayor relevancia del tema— más allá, no sólo en un sentido geográfico de la expresión —vale decir, ultramarino—, sino, sobre todo, en un sentido histórico, o institucional, de sobrepasar. En efecto, al cabo de medio milenio de historia de América, es imposible desconocer que en esta materia los logros de Iberoamérica superan largamente a los de Europa. No vamos a estudiar, pues, imitaciones más o menos logradas de modelos europeos, sino la renovación de los mismos en ultramar.

Lo cual no es tan asombroso como, a primera vista, pudiera parecer. El Nuevo Mundo es un mundo nuevo, que, como tal, plantea a los europeos problemas inéditos. Para resolverlos no basta con trasplantar las soluciones medievales. Es preciso adecuarlas y renovarlas en función de las necesidades y aspiraciones del medio americano.

<sup>1</sup> El Archivo Nacional de Chile conserva, sin muchas pérdidas, los protocolos de escribanos a partir de 1559. Desde entonces hasta 1800 comprende 954 volúmenes. Falta un índice completo. THAYER OJEDA, Tomás, *Guía para facilitar la consulta del Archivo de Escribanos*, 3 vols., Santiago, 1914-1930. Bajo la dirección del prof. Sergio Martínez Baeza se ha realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a lo largo de los últimos veinte años una revisión e inventario porme-

norizado de los protocolos de escribanos de los siglos XVIII y XIX. Para el siglo XVII existe el trabajo de DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *Índice del archivo de escribanos de Valparaíso, 1660-1700*, en H 7, 1968. SALAS SIERRA, Enrique, *El escribano-público en Chile indiano*, tesis Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 1961 (inédita), BRAVO LIRA, Bernardino, *La institución notarial en Chile*, en *Revista de Derecho* 2, Valparaíso, 1978.

Por otra parte, la distancia entre el Nuevo y el Viejo Mundo en este terreno parece ahondarse, a medida que avanza la Edad Moderna. Mientras los iberoamericanos hacen notables adelantos, Europa se precipita hacia las peores atrocidades que recuerde la historia humana, aquellas de las que hemos sido testigos los hombres del siglo XX. En la Segunda Guerra Mundial, el grueso de las víctimas, es decir, más de la mitad, fueron inocentes, ni siquiera combatientes, sino población civil.<sup>2</sup> Al lado de eso, ¿qué son los campos de concentración, el Gulag, los 70 millones de personas eliminadas bajo el Estado totalitario en la Unión Soviética?,<sup>3</sup> ¿qué es el aborto masivo y legalizado, cuyas víctimas superan a las de la Segunda Guerra Mundial?

Una somera alusión a lo que ha sido, en pleno siglo XX, el respeto a las personas en Europa, muestra, por contraste, que la experiencia de cinco siglos de protección a ellas en Hispanoamérica no es nada despreciable. Seremos pueblos más jóvenes que los europeos, pero en esta materia somos tal vez más aprovechados que ellos. Quizá estamos demasiado acostumbrados a considerar que tenemos que aprender de Europa. Es cierto, aún tenemos mucho que aprender de ella. Pero eso no quita que haya cosas que ya las hemos aprendido e, incluso, algunas en las cuales hemos ido más allá de Europa. Tal es precisamente el caso de la protección jurídica de las personas.

La exposición consta de una escueta introducción sobre los orígenes castellanos y de cuatro partes. En primer término, nos ocupamos de los comienzos de la protección judicial de los gobernados en Iberoamérica bajo el primer absolutismo. Este abarca desde fines del siglo XV hasta mediados del siglo XVIII. En ella se sientan las bases institucionales de la protección a las personas mediante recursos judiciales.

La segunda parte está destinada al perfeccionamiento de estos recursos bajo el absolutismo ilustrado. Comprende medio siglo, desde los años 1760 hasta 1810. En esta etapa los recursos judiciales llegan a su apogeo.

Como si se tratara de una contradanza, la tercera parte corresponde al retroceso de estos recursos bajo el primer constitucionalismo. Por tal entendemos el que se impone en Hispanoamérica durante el siglo largo que va desde los años 1810 hasta los años 1920. Al constitucionalismo le interesa más que haya parlamento que justicia. De ahí que en esta etapa se confíe más en las garantías constitucionales que en los recursos judiciales como medio para proteger a las personas.

La última parte está dedicada a la reacción en favor de los recursos judiciales que se opera bajo el segundo constitucionalismo. Es decir, el que se inicia por los años 1920 y subsiste hasta nuestros días. La tónica dominante de estas siete últimas décadas, son los esfuerzos por poner término a la indefensión de los ciudadanos frente a los atropellos de los gobernantes, fruto del primer constitucionalismo.

<sup>2</sup>Para esto y lo que sigue, BRACHER, Karl Dietrich, *Europa in der Krise*, Francfort-Berlín-Viena, 1979. NOLTE, Ernst, *Der europäische Bürgerkrieg 1917-1945. Nationalsozialismus und Bolcheuismus*, Francfort-Berlín-Viena, 1987, ambos con bibliografía.

<sup>3</sup>LEWYTYZKY, B., *Von Roten zur sozialistische Gerechtigkeit. Die sowjetische Sicherheitsdienst* (1961), ahora bajo el título *Die rote Inquisition*, 1967, 2. El mismo, *The Stalinist Terror in the Thirties. Documentation*, 1974. CONQUEST, Robert, *The Great Terror. Stalin's Purge of the Thirties*, Nueva York, 1968,

1970, 2. El mismo, *The Nation Killers. The soviet Deportation of Nationalities*, Londres 1970. DIEHLTHIELE, P.M., *Partei und Staat in Dritten Reich*, Munich, 1969. CARMICHAEL, J., *Stalin's masterpiece. The consolidation of the soviet regime. "Show trial" and "purges" of the Thirties*, Londres, 1972. UNGER, Aryeh L., *The totalitarian Party. Party and people in Nazi Germany and soviet Russia*, Cambridge, 1974. BRACHER, nota 2. LAGGET, George, *The Cheka: Lenin's Political Police*, Oxford, 1981. KAMINSKI, Andrzej, *Konzentrationslager 1896 bis heute. Eine Analyse*, Stuttgart, 1982. NOLTE, nota 2.

La bibliografía es más bien escasa. Ciertamente abundan referencias a nuestro tema en estudios de derecho indiano.<sup>4</sup> No podía ser de otro modo, dada su significación. En cambio, faltan trabajos destinados específicamente a la protección de los gobernados en el derecho indiano y en el derecho codificado. Curiosamente los pocos disponibles acerca de la misma, se deben a autores pertenecientes a lo que se ha llamado escuela chilena de historiadores del derecho.<sup>5</sup>

La primera aproximación al tema que conocemos la hizo María Angélica Figueroa, en unos *Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena*, publicados en 1967. Allí señaló: "aun en el caso de aceptar que la inclusión de garantías a los derechos humanos en los reglamentos constitucionales y constituciones (iberoamericanas del siglo XIX) haya sido efecto exclusivo de la influencia europea y norteamericana, la reglamentación de esos derechos –indispensable para hacerlos prácticamente eficaces– estaba contenida en las normas del derecho hispanoamericano".<sup>6</sup> Es decir, frente a la "influencia ejercida sobre el legislador chileno por los textos legales y doctrinales de Estados Unidos y Francia" a partir de 1811, apuntó hacia la existencia de una tradición propia, castellana e indiana, que "podía incluso ayudar a comprender por qué la inclusión de garantías individuales fue considerada una necesidad en ese momento y, lo que sería aún más interesante, el motivo de la adhesión constante e inalterable a dichos principios".<sup>7</sup> La investigación más reciente ha mostrado que esa tradición hispánica de respeto a las personas no sólo es distinta de la anglosajona de los derechos subjetivos y de la ilustrada de los derechos humanos, sino, hasta cierto punto, contrapuesta a ellas, por su carácter concreto y operante.<sup>8</sup>

## I

## ORIGENES CASTELLANOS

La protección jurídica de unos hombres contra otros hombres, que es nuestro tema –todavía sin hablar de personas–, no es un invento europeo. Prácticamente en todas las latitudes y en muchas épocas se encuentran formas penales de protección. Se considera, por ejemplo, que el robo es un atentado contra un hombre y, según los casos, vale decir, los bienes que se consideran apropiables –tierras, ganado y demás–, se lo castiga más o menos severamente. Otro tanto ocurre con el homicidio, las lesiones, la violencia y demás tropelías. Esta protección penal es

<sup>4</sup> Por ejemplo, GONGORA, Mario, *El Estado en el derecho indiano. Época de su fundación 1492-1571*, Santiago, 1951. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Las Audiencias de Indias. Sus orígenes y caracteres*, en Academia Nacional de la Historia, *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, 2 vols., Caracas, 1975, 1, ahora en el mismo, nota 7. SANCHEZ-BELLA, Ismael, *Visitas a la Audiencia de México (siglos XVI y XVII)*, en AEA 32, 1975. El mismo, *Las Audiencias y el gobierno de las Indias (siglos XVI y XVII)*, en REHJ 2, Valparaíso, 1977. VILLAPALOS, Gustavo, *Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII. Notas para su estudio*, en AHDE 46, 1976. MARTIRE, Eduardo, *El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las*

*Audiencias de Indias a fines de la época hispánica (1806)*, en CIIHDI, Valladolid, 1984.

<sup>5</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *Alamiro de Avila, cofundador de la escuela chilena de historiadores del derecho*, en RCHHD 15, 1989.

<sup>6</sup> 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, conclusión p. 100.

<sup>7</sup> Id., pp. 35-36.

<sup>8</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América*, en RDP 39-40, 1986, ahora en el mismo, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI al XX*, Valparaíso, 1989.

algo muy difundido en el tiempo y en el espacio. Se la encuentra en muchos pueblos en variadas épocas.<sup>9</sup>

Muy distinta es la situación de los gobernados frente a los gobernantes. Las formas de protección contra sus abusos son mucho menos frecuentes y generalizadas.<sup>10</sup> Pero lo que es del todo excepcional es la protección judicial, esto es, la que opera a través de un tribunal. Ella parece ser más bien algo europeo. Fuera de Europa es difícil encontrar una que no se haya copiado de allí. En este sentido, puede decirse que estas formas de protección son propias del viejo continente y por derivación del Nuevo Mundo.

Los iberoamericanos somos, pues, continuadores de una tradición medieval. De ella arranca la piedra angular sobre la cual descansa toda esa protección: la consideración del hombre como persona. Hoy uno estaría tentado a pensar que las dos cosas son sinónimas. Pero durante mucho tiempo, más aún, a lo largo de casi toda la historia, no lo han sido. Sólo algunos hombres eran personas. Por ejemplo, en el siglo XVII, cuando ingleses, holandeses y franceses inician su expansión ultramarina, a ninguno de ellos se le pasa por la mente considerar que aquellos hombres que encuentran en las tierras americanas sean personas, igual que ellos, aunque ya desde el siglo anterior los españoles y portugueses los tenían por tales. Al igual que los negros para los estadounidenses, para los colonizadores del siglo XVII, los nativos son hombres, subhombres, lo que sea, pero de ninguna manera personas. Todavía en el siglo pasado y en el actual los yanquis se resistían a considerar a los negros como personas, como ciudadanos, iguales a ellos, no sólo en la práctica, sino incluso en el papel. En otras palabras, aplicar la categoría grecorromana de personas a pueblos de fuera de Europa, totalmente ajenos a esta tradición clásica, es algo insólito, del todo excepcional. No se puede trivializar como si se tratara de una cosa obvia, la más natural del mundo.

De hecho, históricamente, hasta el siglo XIX, los únicos que hicieron tal cosa fueron los españoles y portugueses. Y no en el papel, que lo soporta todo, sino en los hechos y en el derecho. Ya en 1500 la reina Isabel la Católica declaró que los habitantes de América eran vasallos libres de la corona.<sup>11</sup> Tal fue el punto de partida de toda la lucha por el respeto a las personas y su protección frente al poder y a los poderosos. Si eran vasallos, eran personas y debían ser tratados como tales. En el mundo hispánico nunca se puso seriamente en duda que los indígenas lo fueran. Ni menos se descartó lisa y llanamente que tuvieran esa calidad.<sup>12</sup> Eso ocurrió en otras potencias y en otras latitudes, pero no en Iberoamérica. Aquí jamás se ha discutido que los hombres sean personas y, cuando se ha llegado a

<sup>9</sup> *Les surêtes personnelles*, en *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vols. 28, 29 y 30, Bruselas, 1964-1974. GILISSEN, John, *Esquisse d'une histoire comparée des surêtes personnelles. Essai de synthèse*, ahí mismo, 28, pp. 6 ss.

<sup>10</sup> *L'individu face au pouvoir*, *Recueil de la Société Jean Bodin*, nota 19, vols. 46 y 47, París, 1988.

<sup>11</sup> El texto de la real cédula pertinente no se ha encontrado, pero fue reproducido en forma abreviada en otra real cédula de 30 de octubre de 1503. KONETZKE, Richard, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, 3 vols. Madrid, 1953-1958, 1, p. 14. El mismo, *La esclavitud de los indios como elemento en la estructuración social de Hispanoamérica*, en *Estudios de Historia social de España*, 2 vols. Madrid, 1949, 1, pp. 441 ss.

<sup>12</sup> Para esto y lo que sigue, HÖFFNER, Joseph, *Kolonialismus und Evangelium. Spanische Kolonialethik in goldenen Zeitalter*, Tréveris, 1947, trad. castellana, Madrid, 1959, ahora mejorada, Tréveris, 1969, 2 HANKE, Lewis, *The spanish struggle for justice in the conquest of America*, Filadelfia, 1949, trad. castellana, Buenos Aires 1949. ZAVALA, Silvio, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina, siglos XVI-XVIII*, París, 1963. KONETZKE, Richard, *Die Indianerkulturen Altamerikas und die spanisch-portugiesische Kolonialherrschaft*, Francfort 1965, trad. castellana, Madrid, 1971. BRAVO LIRA, Bernardino, *Tierras y habitantes de América y Filipinas bajo la monarquía española. Situación jurídica y realidad práctica*, en el mismo, nota 8.

ponerlo en duda o a desconocerlo, ha sido recogiendo ideas venidas desde fuera.<sup>13</sup> En este sentido, los iberoamericanos somos no sólo continuadores, sino continuadores afortunados de una tradición medieval.

Conforme a ella, la protección tiene por objeto a las personas concretas con su enorme diversidad y mutabilidad. Por tanto recae sobre sus bienes. Se amparan jurídicamente bienes tangibles de las personas, tales como su vida, su honor, sus propiedades.<sup>14</sup> Junto a ella surgen en la Edad Moderna otros modos de plantear la protección a las personas, mediante los derechos subjetivos y mediante los derechos humanos.<sup>15</sup>

En pleno siglo XVII, cuando los ingleses veían cambiar una y otra vez los gobiernos y, con ellos, incluso la religión —la confesión oficial varió cinco veces en poco más de un siglo—, la inseguridad llegó al extremo.<sup>16</sup> En esa situación, casi desesperada, surgen los derechos subjetivos. Uno de sus sostenedores es Hobbes. Este autor no se hacía ilusiones. Sostenía que el hombre es un lobo para el hombre, *homo homini lupus*. En tales condiciones, para proteger al hombre, lo rodeó de derechos subjetivos. De esta suerte, llegó un momento en que en Inglaterra, en lugar de protegerse los bienes de las personas —su honor, su vida, sus haberes—, se protegió el *derecho* a la vida, a la libertad o a la propiedad o, con la

<sup>13</sup> La posición más extrema parece ser la de Juan Ginés de Sepúlveda en su *De regno et regis officio*, Lérida 1571, y en *Democrates alter* (1544), ambas en el mismo *Opera*, ed. Academia de la Historia, 4 vols., Madrid, 1780. Trad. castellana del *De regno*. LOSADA, Angel, *Tratados políticos de Juan Ginés de Sepúlveda*, Madrid, 1963, trad. castellana e introducción al *Democrates II*. GARCIA Pelayo, Manuel, México, 1941, reimpresso allí, 1971. La posición de Sepúlveda fue siempre minoritaria. La propia bula de 1537 sobre capacidad de los indios fue dada por el Papa a instancias de Isabel de Portugal, emperatriz regente de España. ZAVALA, Silvio, *Servidumbre natural y libertad cristiana*, Buenos Aires, 1944. MARCOS, Teodoro Andrés, *Los imperialismos de Juan Ginés de Sepúlveda en su Democrates Alter*, Madrid, 1947. HANKE, Lewis, nota 12. El mismo, *Aristotle and the American Indian*, Blooming-Londres, 1959. El mismo, *All Mankind is One*, De Kalb, 1974, trad. castellana, Chiapas, 1974. KONETZKE, Richard, *La esclavitud...*, nota 6. GARCIA-GALLO, Alfonso, *La condición jurídica del indio*, en RIVERA DORADO, Miguel (ed.), *Antropología de España y América*, Madrid, 1977, ahora en el mismo, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*, Madrid, 1987. RAMOS, Demetrio y otros, *Francisco Vitoria y la Escuela de Salamanca. La Ética en la conquista de América*, Madrid, 1984. PIETSCHEMANN, Horst, *Aristotelische Humanismus und Inhumanität. Sepúlveda und die amerikanischer Ureinwohner*, en REINHARD, Wolfgang (ed.), *Humanismus und Neue Welt*, Weinheim, 1987. Últimamente BRADING, David A., *The first America*, Cambridge, 1991, trad. castellana, México, 1991, pp. 98 ss.

<sup>14</sup> Esta trilogía pervive hasta el siglo XX. Entre otros muchos autores se la encuentra en FEIJOO, Benito Jerónimo, *Cartas eruditas y curiosas*, 5 vols., Madrid, 1769-1770, 3, dedicatoria al rey; JOVELLA-

NOS, Gaspar Melchor de, *Memoria sobre educación pública...*, ed. Rivadeneira, Biblioteca de Autores españoles 46, Madrid, 1956, p. 263; ARROYAL, León de, *Cartas político-económicas al Conde de Lerena*, Madrid, 1878, pp. 221-222; BELLO, Andrés, escribe en *El Araucano* 324, Santiago, 18 de noviembre de 1836: "Nuestras vidas, nuestro honor, nuestras propiedades forman los intereses más caros, cuya conservación esperamos en una sociedad constituida", ahora en sus *Obras completas*, 15 vols., Santiago, 1881-1893, 9, 1 ss. Un siglo después, una reforma constitucional colombiana reafirma "las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes...". *Acto legislativo* 1, de 5 de agosto de 1936, art. 9, en URIBE VARGAS, Diego, *Las constituciones de Colombia*, 2 vols., Madrid, 1977, 2, p. 1103. Para esta tradición hispana e hispanoamericana, BRAVO LIRA, nota 8.

<sup>15</sup> Sobre estas tres tradiciones, BRAVO LIRA, nota 8.

<sup>16</sup> Hay una vasta bibliografía. TREVOR ROPER, Hugh Redwald, *The general crisis in the seventeenth century*, en *Past and Present* 16, 1959, ahora retrabajado en ASTON, Trevor (ed.) *Crisis in Europe 1560-1660*, Londres, 1965, trad. castellana, Madrid, 1983. AYLMER, G.E., *Transformación de Inglaterra*, en TREVOR ROPER, H.R. (ed.), *Preconditions of Revolution in Early Modern Europe*, 1970, trad. castellana, Madrid, 1972. ROTELLI, Ettore y SCHIERA, Pierangelo, *Lo stato moderno*, 3 vols. Bolonia, 1973-74, esp. 2: Principi e ceti y 3 Accentamento e rivolte. PATZE, Hans (ed.), *Aspekte der europäischen Absolutismus*, Hildesheim, 1979, con trabajos de cuatro especialistas. BARUDIO, Günther, *Das Zeitalter des Absolutismus und der Aufklärung 1648-1779*, Francfort a.M., 1981, trad. castellana, México, 1987. DUCHHARDT, Heinz, *Das Zeitalter des Absolutismus*, Munich, 1989.

fórmula que emplea Hobbes, *life, liberty and state*.<sup>17</sup> Entre los ingleses no se menciona el honor, que, en cambio, la tradición hispana e hispanoamericana antepone a todo lo demás, según la clásica tríada, inmortalizada por Calderón de la Barca, contemporáneo de Hobbes: *honor, vida y hacienda*.<sup>18</sup> De todas maneras, estos derechos subjetivos fueron todavía relativamente concretos.

Por último nos encontramos con una tercera forma de abordar la protección de las personas, que surge sólo en el siglo XVIII, en la época de la Ilustración. Entonces no se habla ni de bienes concretos, al modo hispánico, ni de derechos subjetivos, al modo anglosajón, sino de derechos humanos. Tales derechos son iguales para todos los hombres, de todos los tiempos y de todas las latitudes.<sup>19</sup> Es decir, son abstractos, intangibles y, por lo mismo, anodinos e inoperantes. A lo menos, eso es lo que muestra hasta hoy la experiencia.

No bien se proclaman estos derechos abstractos, comienzan los atropellos contra las personas concretas. Así ocurre, demasiado a menudo, desde la Revolución Francesa, durante la cual se realizó el primer ensayo de totalitarismo,<sup>20</sup> hasta nuestros días, en los que se derrumba el gran Estado totalitario soviético.<sup>21</sup> Son dos siglos cabales, 1789-1989, en los que se han cometido contra las personas las peores atrocidades que documenta la historia. Mientras más se habla de derechos humanos, más se aplasta a las personas mismas, no por una fatalidad, sino por una experiencia histórica sin cesar repetida que nosotros, en Hispanoamérica, hemos sabido evitar.

Estas tres formas de protección a las personas se proyectan en nuestros países. La primera, el respeto de las personas mismas y de sus bienes, es la propiamente iberoamericana, y las otras dos son versiones de segunda mano de la protección a los derechos subjetivos de modo anglosajón o de la protección a los derechos humanos de la Ilustración.

<sup>17</sup> HOBBS, Thomas, *Leviathan*, París, 1651, 14, 8, trad. castellana, México, 1940. El mismo ed. MALESWORTH, William, *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, 5 vols. Londres, 1939-1945. El mismo, *The English Works of Thomas Hobbes*, 11 vols., Oxford, 1839-1845. TONNIES, Ferdinand, *Vida y obra de Hobbes*, Madrid, 1932. VIALATOIX, J., *La cité de Hobbes. Théorie de l'Etat totalitaire*, París, 1935. COLLINGWOOD, *The new Leviathan*, 1947. POLIN, Raymond, *Politique chez Hobbes*, París, 1953. VILLEY, Michel, *Les origines de la notion de droit positif*, en *Archives de Philosophie du Droit* 2, París 1953-55, trad. castellana en el mismo, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, 1976. El mismo, *Le droit et les droits de l'homme*, París, 1983. El mismo, *La formation de la pensée juridique moderne*, París, 1975, 4. WARRENDER, Howard, *The Political Philosophy of Hobbes*, Oxford, 1957. MACPHERSON, C.B., *The Political theory of Possessive Individualism Hobbes to Locke*, 1962. WATKINS, J.W.N., *Hobbes's System of Ideas*, 1964, trad. castellana, Madrid, 1972. HÖFFE, O. (ed.), *Thomas Hobbes. Antropologie und Staatsphilosophie*, Friburgo i.u., 1981. Últimamente, BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*, Milán, 1989, trad. castellana, Barcelona, 1991. ANGOULVENT, A.L., *Hobbes du la crise de l'Etat baroque*, París, 1992. Este lenguaje de los derechos subjetivos fue consagrado por autores como TYRRELL, James, *Patriarcha non Monarcha (1861)* y, sobre todo, LOCKE, John, *Two Treatise of Government*, (1690) ed. LASLETT, Peter, Cambridge, 1960, trad. castellana *Ensayo sobre gobierno civil*, Ma-

drid, 1960. GOUGH, John W., *John Locke's political Philosophie*, Oxford, 1950. POLIN, Raymond, *La politique morale de chez J. Locke*, París, 1960.

<sup>18</sup> "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". CALDERON DE LA BARCA, Pedro. *El alcalde de Zalamea*, acto 2, escena 18. Para la pervivencia de esta trilogía véase nota 18.

<sup>19</sup> SCHNUR, Roman, *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, 1964. El mismo, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Berlín, 1978. KRIELE, Martin, *Befreiung und politische Aufklärung: Plädoyer für die Würde des Menschen*, Friburgo (Bisgovia), 1980, 1986, 2, aumentada, trad. castellana, Barcelona, 1982. BRANDT, Reinhardt, *Menschenrechte und Güterlehre*, en el mismo (ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, Berlín, Nueva York, 1982. Últimamente MASSINI, Carlos Ignacio (comp.), *Los derechos humanos*, Mendoza, 1985. El mismo, *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo*, Santiago, 1989. GARCIA HUIDOBRO, Joaquín, *Defensa y rescate de los derechos humanos*, Valparaíso, 1987.

<sup>20</sup> ARENDT, Hanna, *The origins of Totalitarianism*, Nueva York, 1951. TALMON, Jakob L. *The Origins of totalitarian Democracy*, Boston, 1952, trad. castellana, México, 1956. FUNKE, Manfred (ed.), *Totalitarismus*, Düsseldorf, 1978.

<sup>21</sup> Ver nota 2. FEJTO, François, *La fin des Démocrates populaires. Les chemins du post-communisme*, París, 1992.

Nuestra protección concreta a las personas y sus bienes se remonta a la Edad Media castellana. Concretamente, las instituciones que sirvieron de base para articular el régimen jurídico iberoamericano son de origen bajo medieval. Como no es este propiamente nuestro tema, nos limitamos a enunciarlo.

En la baja Edad Media hay dos grandes fuerzas que concurren a configurar esta protección de las personas, mediante recursos judiciales. Una está constituida por las universidades, que, como es sabido, nacen en el siglo XI. Florecen en los siglos XIII y XIV. En ellas se cultiva el Derecho Común,<sup>22</sup> que perfila los recursos.<sup>23</sup> Por otro lado, está la realeza medieval, que todavía no es monarquía, encarnada por el rey-juez, el rey justiciero.<sup>24</sup> Es decir, un gobernante cuya misión es hacer justicia, no solucionar problemas de otro orden, económicos o sociales, ni ocuparse de servicios u obras públicas, todo lo cual, por lo demás, sobrepasa con mucho las posibilidades de un monarca en la baja Edad Media. En otras palabras, en esta época el rey tiene suficiente con reinar. Su razón de ser es la justicia, hacer que ella prevalezca en el reino.

De esta forma, en su lucha por la justicia, el rey sale al encuentro de los juristas del Derecho Común. Lo cual se refleja en un principio capital, pero sumamente olvidado en tiempos más recientes, que viene a ser nada menos que el antecedente o fundamento de lo que después se ha dado en llamar Estado de derecho:<sup>25</sup> el rey debe estar siempre a derecho con sus vasallos.<sup>26</sup> En consecuencia, todo acto del rey lesivo a sus vasallos es, por eso mismo, nulo y puede ser impugnado.

<sup>22</sup> Sobre el Derecho común es todavía fundamental CALASSO, Francisco, *Introduzione al Diritto Commune*, Milán, 1951. El mismo, *Medievo del Diritto*, Milán, 1954. KANTOROWICZ, Ernst H., *The king's two bodies. A study in medieval Political Theology*, Princeton, 1957, trad. castellana, Madrid, 1985. COING, Helmut (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos, en 5 vols., München, 1973-1982.

<sup>23</sup> IMBERT, L., *L'évolution du recours pour excès de pouvoir*, París, 1952. MOREL, Henri, *Le recours au roi dans le pays du Sudouest de la Mouvence au XIII et XIV siècle. L'appel a gravamine et la simple querelle et leurs origines romano-canonique* en *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse* 3, 1955. Para Castilla es fundamental VILLAPALOS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano 1252-1504*, Madrid, 1976.

<sup>24</sup> MARONGIU, Antonio, *Un momento típico de la monarquía medieval: el rey-juez* en *AHDE* 23, 1953. MARAVALL, José Antonio, *El Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, 2 vols., Madrid, 1972. GIMENO CASALDUERO, J., *La imagen del monarca en la Castilla del siglo XIV*, Madrid, 1972. Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), *Génesis medieval del Estado moderno: Castilla y Navarra (1250-1370)*, Madrid, 1988.

<sup>25</sup> La expresión se remonta al autor alemán Carl Theodor Welcker y a su obra *Die Letzten Gründen, von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, 1813, hay reimpression, Aalen, 1964, pero debe su difusión, sobre todo, a Robert von Mohl, autor de *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätze des Rechtsstaates*, Tübinga, 1832-1833. Sin embargo, hace tiempo que la investigación ha reconocido que el Estado de

derecho existió *avant la lettre* desde mucho antes. Así por ejemplo HINTZE, Otto, en su célebre estudio *Der Commisarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte*, en ZEUMER, Karl, *Historische Aufsätze... zum 60. Geburtstag dargebracht*, Weimar, 1910, ahora en el mismo, *Gesammelte Abhandlungen*, 3 vols., Gotinga, 1970, 3, trad. castellana en HINTZE, Otto, *Historia de las formas políticas*, Madrid, 1968, pp. 155 ss. Allí habla del Estado de derecho de la época territorial estamental, que en los siglos XVI y XVII fue reemplazado por un Estado de policía, p. 159. SCHEUNER, Ulrich, *Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates*, en DOMBOIS, H. y WILCKENS, U., *Macht und Recht*, 1956. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff*, en ARNDT, Adolf, *Festschrift zum 65. Geburtstag*, 1969, ahora en el mismo, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt, 1976. BRAVO LIRA, Bernardino, *Raíz razón del Estado de Derecho en Chile*, en *RDP* 47, 1990 (en prensa).

<sup>26</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel, *La idea medieval del derecho*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1962, ahora en el mismo, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, 1968. VILLAPALOS, nota 23. Ultimamente, WYDÜCKEL, Dieter, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts und Staatslehre*, Berlín, 1979. El mismo *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutsche Staatsrechtswissenschaft*, Berlín, 1984. SCHNUR, Roman, *Die Rolle der Juristen bei Entstehung des modernen Staates*, Berlín, 1986, con estudios de 25 especialistas de diversas disciplinas.

do. De esta manera encontramos en Castilla durante la baja Edad Media muy bien perfilados diversos recursos o medios judiciales para reclamar contra un acto del rey o de sus agentes que cause agravio a los gobernados.<sup>27</sup>

Ya esta diferenciación entre el rey y sus agentes es muy notable. Revela gran madurez. Hay recursos contra los agentes del rey, porque, a veces, no es él mismo quien comete un atropello. Los que abusan son sus oficiales. Pero también hay recursos en contra de actos del rey agraviantes para sus vasallos.

Recursos contra los agentes del rey son, en primer lugar, la alzada, por la que se reclama al superior inmediato contra lo obrado por el inferior. Este es el primero y más elemental. Pero, a veces, también es posible no ir de superior en superior, de escalón en escalón, sino saltarse todos los tramos intermedios y acudir al supremo juez, que es el rey. Tal es la querrela por la que se ocurre directamente ante él para reclamar del abuso de uno de sus oficiales. Este recurso es más expedito que la alzada.

Una tercera y más tenue, pero también la más amplia vía para impetrar la protección del rey es la petición. Siempre se puede pedir al rey, no sólo lo que sea de justicia, sino cualquier merced, por cierto, aun sin que medie agravio. En este sentido la petición es el más genérico e impreciso de los recursos.

Por último, en la baja Edad Media se emplea, a veces, contra actos de gobierno otro recurso completamente distinto, sumamente riguroso, netamente judicial, que se tramita y resuelve según derecho: la apelación. Por ella se recurre del inferior al superior inmediato, para que éste revise lo hecho y lo enmiende conforme a derecho. Así definen los juristas del Derecho Común la apelación y así la definen todavía los buenos procesalistas. Se trata de una *provocatio ad superiorem*. Esta apelación existe en Castilla, pero para asuntos civiles y criminales. La novedad está en que ahora, en algunos casos, se la emplea para reclamar de agravios causados por actos de gobierno. Pero, en esta época, lo judicial y lo gubernativo tampoco están tajantemente diferenciados. De ahí que se comience a producir un deslizamiento o ampliación de la apelación, desde el marco puramente judicial al marco gubernativo. Se apela de actos de gobierno a los tribunales, para que ellos decidan, en justicia, si esa medida está bien o mal. Esto, que en Castilla está apenas en sus inicios, va a tener un inesperado auge al otro lado del Atlántico. Más adelante volvemos sobre ello.

A estos recursos contra actos de los agentes del rey se añaden los otros, contra actos suyos. En este caso, no cabe ni apelación ni alzada, porque el príncipe, por definición, no tiene superior ante el cual ocurrir. Al igual que el Papa en lo espiritual, el rey, en lo temporal, no reconoce a nadie por encima de él. Entonces ¿qué recursos hay contra el rey? Dos: la suplicación y la suspensión. Al monarca no se le puede exigir, pero sí se le puede suplicar que enmiende conforme a derecho un acto suyo. En consecuencia, la suplicación es una merced, por eso, recibe ese nombre. Es una gracia que el rey otorga. Pero con sus vasallos el rey no tiene escapatoria. Según sabemos, de acuerdo al Derecho Común no puede estar sino a derecho con ellos. De ahí que, si alguno le suplica contra un acto suyo, sólo pueda resolver en derecho. Es decir, tiene que someter el asunto a los que saben el derecho, a los juristas de su corte. Estos lo examinarán y, según su dictamen, se dará o no razón al suplicante.

El segundo medio de ocurrir contra actos del rey es la suspensión. No deja de ser simpática esa combinación entre la debilidad de la realeza, en estos momentos, y su sentido jurídico, que resalta en los orígenes de esta institución. Manda el rey Enrique II que "porque acaece que, por importunidad de algunos,

<sup>27</sup>Para esto y lo que sigue, VILLAPALOS, nota 23.

nos otorgamos y libramos algunas cartas contra derecho o contra ley o fuero... que las tales cartas o alvalaes que no valgan ni sean cumplidas, aunque contengan que se cumplan, no embargante fuero o ley u ordenamiento u otras cualesquiera cláusulas derogatorias".<sup>28</sup> Es decir, tales actos del rey se obedecen, pero no se cumplen. Esta institución se remonta por lo menos a 1301, en que se encarga a quienes reciban las cartas reales examinarlas para resolver sobre su ejecución.<sup>29</sup> En suma, toda disposición real debe ser acatada como mandamiento que viene del rey y señor natural, pero eso no significa que deba ser cumplida sin más. Si es justa, se cumple; si es injusta, puede suspenderse y, en ese caso, se suplica. En otras palabras, suspender la ejecución de una ley no equivale a derogarla, lo cual es privativo del legislador, vale decir del propio rey. De ahí la súplica, para que él la enmiende o derogue.

Tal es, a grandes rasgos, la situación en Castilla en el año 1492, cuando se corre el telón y comienza la historia de América.

## II

### ABSOLUTISMO Y AUGE DE LOS RECURSOS CONTRA ACTOS DE GOBIERNO (1492-1760)

Con la expansión ultramarina de España y Portugal, a partir de los grandes descubrimientos de fines del siglo XV, se abre una nueva época en la historia de la protección de los gobernados frente a los gobernantes.

No sólo se amplía más allá de Europa el ámbito de vigencia del derecho y los recursos castellanos y portugueses. La inmensidad de los territorios, su alejamiento de la corte y la variedad de los pueblos que los habitan, fuerza a replantear y superar las soluciones hasta entonces conocidas. El Nuevo Mundo exige nuevas formas de protección de los gobernados, más allá de las que ofrecían hasta entonces el Derecho Común y los derechos propios de Castilla y Portugal.

No basta con extender a él la vigencia de las formas culturales europeas como, en general, se hace en las colonias fundadas, a partir del siglo XVII, por otras potencias como Inglaterra o Francia. Estas colonias no son sino minúsculos enclaves europeos en ultramar, cuyos habitantes viven al margen de la población indígena circundante, en función de una metrópoli europea. En este sentido constituyen una especie de miniclima en un medio extraño, del que se diferencian precisamente por su empeño en reproducir, en la medida de lo posible, las formas de vida metropolitanas.

La magnitud y significación de la expansión española y portuguesa, anterior en más de una centuria a estas modestas colonizaciones, no guarda relación con ellas. En el medio siglo que sigue al descubrimiento colombino, prácticamente América entera, desde las Antillas y México hasta Paraguay y Chiloé, o desde las bocas del Amazonas hasta la isla de Santa Catalina, es incorporada a la corona de Castilla o a la de Portugal. Es todo un mundo, varias veces más vasto que Europa y cada vez más

<sup>28</sup> Cortes de Toro de 1371. Ordenamiento 15 en Real Academia de la Historia, *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, 5 vols., Madrid, 1861-1903, 2, pp. 188 ss., recogida en *Ordenanzas reales de Castilla* 3, 12, 1. De ahí pasa a la *Nueva Recopilación* de 1567, 4, 14, 1 y a la *Novísima* de 1805, 3, 4,

2. LALINDE ABADIA, Jesús, *La creación del derecho entre los españoles*, en AHDE 36, Madrid, 1966.

<sup>29</sup> Cortes de Burgos de 1301, ordenamiento 22 en Real Academia cit. nota 28, 1, pp. 145 ss. La cita p. 149.

definido frente a ella. En él conviven una minoría, venida del Viejo Continente, con una inmensa mayoría aborigen. Este maridaje entre lo europeo y lo indígena da origen a una cultura indiana, nacida en el Nuevo Mundo y que caracteriza a Iberoamérica frente a Europa y frente a los pueblos precolombinos del continente.

En tales condiciones no es posible un simple trasplante de formas jurídicas europeas al otro lado del océano. La América indiana presenta a cada paso situaciones nuevas, frente a las cuales las soluciones europeas resultan insuficientes. Por eso, para hacer posible su vigencia, es menester adecuarlas o forjar a partir de ellas otras más apropiadas a las necesidades y condiciones indianas.

Esto es, sin ir más lejos, lo que sucede con la protección jurídica de los gobernados frente a los gobernantes. Desconocida en la América indígena precolombina, cobra muy pronto enorme vuelo en la naciente América indiana, hasta el punto de dejar atrás a sus precedentes europeos, castellanos y portugueses. Así en esta materia el Nuevo Mundo toma la delantera sobre el Viejo.

En consecuencia, puede hablarse sin hipérbole de un auge de la protección de los gobernados frente a los gobernantes. Así lo ha reconocido, por lo demás, desde hace décadas, la investigación. En 1970 señalaba García-Gallo que este régimen de protección se desenvuelve en los siglos XVI y XVII con un ritmo más acelerado en América que en la Península.<sup>30</sup> Por su parte, Villapalos comprueba que “si sus orígenes (de ese régimen) están en Castilla, la diversidad de circunstancias y la práctica regia, tendiente a una limitación del poder de las autoridades indianas, determinó en América un desarrollo del mismo, superior al dado en la Península”.<sup>31</sup>

Se aborda la cuestión de un modo muy realista. Sin hacerse falsas ilusiones, se parte de la base de que, así como los hombres son buenos y malos, los gobiernos también pueden ser lo uno o lo otro. De ahí que lo verdaderamente crucial sea que vasallos tan distantes del rey cuenten con medios para defenderse de los malos gobernantes. Ese es el verdadero problema, porque de los buenos no hay para qué preocuparse.

Sobre tales presupuestos se configura en Indias el amparo judicial de los gobernados frente a abusos de los gobernantes. Tal es, en líneas generales, la obra de la monarquía absoluta hasta mediados del siglo XVIII.

El Estado absoluto era por entonces en Europa más una aspiración que una realidad.<sup>32</sup> En América, en cambio, la monarquía encontró, por así decirlo, campo libre, o, si se quiere, para emplear un término indiano de origen quechua, encontró “cancha” libre para implantarlo. No tropezó con los obstáculos que en el Viejo Mundo se oponían a la realización de ese Estado que los juristas europeos proponían como ideal.<sup>33</sup> Allí había una serie de intereses creados —señoríos, cabildos, cortes, en fin, todo un andamiaje institucional— que dificultaban la empresa de dar forma a un Estado absoluto.<sup>34</sup> En América, por el contrario, Isabel la Católica

<sup>30</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Cuestiones sobre Historia de la Administración española en I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1970.

<sup>31</sup> VILLAPALOS, nota 4, p. 11.

<sup>32</sup> La bibliografía es muy rica. HARTUNG, Fritz y MOUSNIER, Roland, *Quelques problèmes concernant la monarchie absolue*, en *Comitato de Scienze storiche, Congresso Internazionale, Relazione 4*, Florencia, 1955. HUBATSCH, Walther (ed.), *Absolutismus*, Darmstadt, 1973, donde recoge trabajos de 17 especialistas, aparecidos entre 1889 y 1970. MARAVALL, nota 24. Últimamente la visión de conjunto de MOUSNIER, Roland, *La monarchie absolue en Europe du V<sup>e</sup> siècle à nos jours*, París, 1982. KUNISCH, Johannes, *Absolutismus*, Gotinga, 1986.

<sup>33</sup> Un intento de precisar estos contrastes, BRAVO LIRA, Bernardino, *La monarquía en Europa e Iberoamérica. Paralelo institucional*, en el mismo, *Poder y respeto a las personas*, nota 8.

<sup>34</sup> Un panorama, SHENAN, Joseph H., *The Origins of the modern European State: 1450-1725*, Londres, 1974. HESPAÑHA, Antonio Manuel, *Historia das instituições. Época medieval e moderna*, Coimbra, 1982. HAMMERSTEIN, Notker, *Universitäten-Territorialstaaten-Gelährte Räte* en Schnur, nota 26. HAROUEL, Jean Louis, y otros, *Histoire des institutions de l'époque franque à la révolution*, París, 1987. SEIBT, Ferdinand y EBERHARD, Winfred (ed.), *Europa 1500. Integrationsprozesse im Widerstreit: Regionen, personenverbände, Christenheit*, Stuttgart, 1987, con trabajos de 28 especialistas.

pudo muy bien declarar en 1500 a todos los indígenas vasallos libres de la corona y, por tanto, iguales a los de Castilla.<sup>35</sup> Así los indígenas comunes se equipararon a los pecheros de Castilla, al común, y los caciques o señores aborígenes, a los nobles castellanos.<sup>36</sup> Lo cual no fue letra muerta. Basta recordar que, al acabar el siglo, Chile tuvo un gobernador de rancia nobleza castellana, don Martín García Oñez de Loyola, casado con una princesa incaica, doña Beatriz Nusta.

Desde sus orígenes el Estado indiano descansó sobre este vasallaje directo de toda la población al rey. En Europa, en cambio, todavía a fines del siglo XVIII luchaban las monarquías por conseguir lo mismo. Sin ir más lejos, ésa fue una de las metas que a costa de mucha sangre obtuvo la revolución de 1789 en Francia.<sup>37</sup> En Inglaterra, sólo se alcanzó en el siglo XIX, pero sin los horrores que en Francia, porque, con su sentido práctico, los ingleses no consideraron necesario derramar sangre ajena para solucionar problemas propios. Así se ahorraron la revolución y se convirtieron en la primera potencia industrial del mundo, sin dejar por eso de establecer también una igualdad jurídica entre los habitantes, aunque hay que reconocer que, dado el genio inglés, ella es compatible con marcadas diferencias sociales, raciales y demás.<sup>38</sup>

Otro factor, no menos relevante, en la formación del Estado indiano es la ausencia en América de asambleas estamentales. Aquí no hubo representantes de los distintos sectores de la población, reunidos en un parlamento, al modo medieval, como las cortes de Castilla, Portugal o Aragón o los Estados Generales de Francia. No hay cortes en América.<sup>39</sup> En consecuencia, el rey no comparte su poder con nadie, ni con un estamento eclesiástico, ni con uno nobiliario, ni con el común, formado por los burgueses de las ciudades. Esto facilita grandemente la implantación del absolutismo.

Como es sabido, se entiende por tal la concentración, en manos del rey, de todo el poder, aunque su extensión sea mínima.<sup>40</sup> No se trata, en modo alguno, de un poder ilimitado. Antes bien, su supuesto básico es que el poder es limitado. Para el absolutismo, el rey tiene poderes que los demás no tienen. Tales son las regalías que, como su nombre lo indica, son privativas del príncipe. A diferencia de los juristas del constitucionalismo, los letrados del absolutismo no parten del supuesto de que el poder del Estado es ilimitado. Por el contrario, parten de la base de que es tan limitado que se reduce a las regalías: acuñar moneda, instituir oficios, nombrar magistrados, dar títulos a ciudades y demás. Esas son las regalías de la majestad. A eso se reduce el poder del rey, a unas regalías, cuyo fundamento deben demostrar una a una, penosamente, los juristas.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Vid. nota 11.

<sup>36</sup> KONETZKE, Richard, *Estado y Sociedad en Indias*, en EA 8, 1951, *La formación de la nobleza en Indias*, ibíd 10, 1951, ahora ambos en el mismo, *Latinamerika Entdeckung, Eroberung, Kolonisation. Gesammelte Aufsätze*, Colonia-Viena, 1983. VIAL CORRERA, Gonzalo, *Teoría y práctica de la igualdad en Indias*, en H 3, Santiago, 1984. LIRA MONTT, Luis, *La prueba de hidalguía en el derecho indiano*, en RCHHD 7, 1978.

<sup>37</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1972. MEYER, Jean, *Continuité de l'Ancien Régime à la Révolution*, en PARAVICINI, Werner y WERNER, Karl Ferdinand (ed), *Histoire comparée de l'administration IV-XVIII siècles*, Munich, 1980.

<sup>38</sup> BIRKE, Adolf M., *Voluntary Associations, Aspekte gessellschaftlicher Selbstorganisation in Frühindustriellen England*, en QUARITSCH, Helmut (ed), *Gesellschaftliche Strukturen als Verfassungsproblem en Der Staat* 2, Berlin, 1978. El mismo, *Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit*, ibíd. 4, Berlin, 1980, con aportes de varios especialistas.

<sup>39</sup> LOHMAN VILLENA, Guillermo, *Las cortes en Indias*, en AHDE 18, Madrid, 1948. GIMENEZ, FERNANDEZ, Manuel, *Las cortes de España en 1518*, en *Anales de la Universidad Hispalense* 15, 2, Sevilla, 1954. MIRANDA, José, *Los ideales y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820*, México, 1978.

<sup>40</sup> Véase nota 32.

<sup>41</sup> WAITZ, Hans Wolrad, *Die Entwicklung des Begriffs Regalien*, en *Frankfurter Rechtswissenschaftliche Abhandlungen* 10, Frankfurt, 1939. SCHNUR, nota 26. HUESBE, Marco Antonio, *La teoría del poder y el derecho a dictar leyes en la época del absolutismo*, en REHJ 3, 1978. Sobre la noción y la práctica del absolutismo véase nota 32.

Así por ejemplo, el rey absoluto no tiene derechos que hoy se consideran inherentes al Estado, como sería el de establecer y cobrar nuevos impuestos.<sup>42</sup> Sólo puede percibir los establecidos y en los términos en que lo están. Esto era así aún a mediados del siglo XVII en América. Quedó en evidencia cuando se trató de introducir los llamados impuestos de Unión de las Armas.<sup>43</sup> Todavía en el último cuarto del siglo XVIII hubo en Chile y en otras partes de América alborotos, no porque se exigieran nuevos tributos, sino porque se intentó modificar la forma de cobrar los existentes.<sup>44</sup> Se quiso recaudarlos directamente por la Real Hacienda, pero —y esto no deja de ser sugerente— con ello se hacían imposibles las rebajas que hasta entonces acostumbraban hacer los recaudadores. Hablar de pagar los impuestos con rebajas nos lleva a otros tiempos que, a nuestros ojos, parecen increíbles. El hecho es que, como han mostrado Jouvanel y una serie de autores, el Estado absoluto tenía poderes mucho menores que los que ha llegado a tener el Estado constitucional, no en sus formas totalitarias, sino incluso en las liberales.<sup>45</sup>

Sin embargo, también en esto hay un contraste muy marcado entre el absolutismo en América y Europa. Es muy diferente el papel que juega la monarquía en el Viejo y en el Nuevo Mundo. Allí se limita fundamentalmente a gobernar países constituidos, que en el siglo XVI tenían medio milenio o más de historia. En cambio, en América, la monarquía acomete una tarea incomparablemente más vasta y compleja.<sup>46</sup> Encauza la formación de nuevos pueblos, sobre la base de una minoría europea y una mayoría indígena. En Iberoamérica a los aborígenes no se les excluye, no se les discrimina. Los europeos no se aíslan, no constituyen colonias, como las establecidas a partir del siglo XVII por otras potencias europeas. Antes bien, se forma una sola gran comunidad política en la que todos son igualmente vasallos del rey. La monarquía juega, pues, un papel configurador de esa comunidad. Por eso, asume en América una serie de tareas, en materia de educación, de comercio, de beneficencia y demás, que por entonces no desempeñaba en Europa. Esta ampliación de los fines del Estado y de los medios para realizarlos conforma en América un cuadro sumamente distinto del europeo. En estas condiciones, no es posible limitarse a trasplantar al Nuevo Mundo las formas jurídicas de protección a las personas contra actos de gobierno.

Así se advierte, en primer término, por lo que toca a los recursos contra agentes del rey. La alzada deja de tener sentido, porque, dadas las enormes distancias que separan las Indias de España,<sup>47</sup> de alzada en alzada, podría pasarse la vida entera antes de llegar al monarca. En América este recurso se vuelve inoperante. En cuanto a la querrela, por la que se acude directamente al rey, se convierte en algo impracticable. Desde América, hasta que llegue a él y vuelva su resolución,

<sup>42</sup> SCHIERA, Pierangelo, *Dall'arte di Governo alla Scienze dello Stato. El Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milán, 1968. SCHULZ, Hermann, *Das System un die Prinzipien der Einkünfte im werden den Staat der Neuzeit*, Berlín, 1982.

<sup>43</sup> MEZA VILLALOBOS, Néstor, *La conciencia política chilena durante la monarquía*, Santiago, 1958, esp., pp. 80 ss. BONNER, Fred, *La Unión de las Armas en el Perú. Aspectos político-legales*, en AEA 24, 1967.

<sup>44</sup> MEZA VILLALOBOS, nota 43. VILLALOBOS, Sergio, *El descontento contra la política económica de los Borbones en Chile*, en EA 78-79, Sevilla, 1958. CARMAGNANI, Marcelo, *La oposición a los tributos en la segunda mitad del siglo XVIII*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 129, Santiago, 1967.

SILVA VARGAS, FERNANDO, *El motín de las alcabalas en 1776*, en BACH 86, 1972.

<sup>45</sup> JOUVENEL, Bertrand de, *Pouvoir. Histoire naturelle de la croissance*, Ginebra, 1945, trad. castellana, Madrid, 1956. LOPEZ-AMO MARIN, Angel, *El poder político y la libertad. La monarquía de la reforma social*, Madrid, 1952.

<sup>46</sup> Para esto y lo que sigue, GONGORA, nota 4. El mismo *Studies in the colonial History of Spanish America*, Cambridge, 1975. PIETSCHMANN, Horst, *Die staatliche Organisation des kolonialen Iberoamerika*, Stuttgart, 1980, hay trad. castellana, México, 1990. BRAVO LIRA, nota 33.

<sup>47</sup> Para esto y lo que sigue, VILLAPALOS, nota 4.

pasarían años. Así este recurso, que en Castilla era sinónimo de prontitud, porque se saltaba las instancias intermedias, en América habría pasado a ser sinónimo de dilación absoluta. De esta forma, la querrela no tarda en desaparecer en América. No tiene ninguna ventaja.

En cambio, la apelación pasa a primer plano. El recurso al superior inmediato, *provocatio ad superiorem*, para que éste enmiende conforme a derecho la resolución gubernativa, se convierte en la piedra angular de la protección judicial de los gobernados frente a los gobernantes en Indias. De esta manera, la apelación, que en Europa era un recurso netamente judicial para asuntos civiles y criminales, se desdobra en apelación judicial y gubernativa. Lo cual supone una notable innovación institucional.

Tal vez nada lo refleja mejor que el carácter que cobran las Audiencias en América, donde resolver estas apelaciones contra actos de gobierno pasa a ser su función primordial. La Audiencia lleva el calificativo de real y es el tribunal del rey por antonomasia. Como tal, es el supremo tribunal en su respectivo distrito y tiene, al igual que sus congéneres peninsulares, el tratamiento de *alteza*, el mismo que se daba a los reyes hasta tiempos de Carlos V. Fernando el Católico e Isabel se llamaron todavía Alteza, al igual que los reyes medievales. A partir de Carlos V, que fue elegido emperador, él y sus sucesores recibieron el dictado de Majestad.

Ahora bien, a estas Audiencias de Indias, entre otras cosas por razón de la distancia a que se hallaban estos reinos ultramarinos de la corte del rey, se le otorga una competencia más amplia que la de las peninsulares. De esta forma, asuntos que en Europa se llevaban al rey y al consejo real, en América van a la Audiencia.<sup>48</sup> No es de extrañar, pues, que tuvieran competencia de apelación contra actos de gobierno. Según explica Solórzano Pereira: "De todas las cosas que los virreyes y gobernadores proveyeren a título de gobierno está ordenado que, si alguna parte se sintiere agraviada pueda apelar y recurrir a las Audiencias Reales de Indias, así como en España se apela y recurre al Consejo de Justicia de lo que provee en el de Cámara y allí son oídos judicialmente los interesados y se confirman, revocan y moderan los autos y decretos de los virreyes y gobernadores. A quienes está estrechamente mandado que de ningún modo impidan ni estorben este recurso".<sup>49</sup>

Por 1570 se precisa que en caso de duda acerca de si un asunto es de justicia o de gobierno, corresponde calificarlo al virrey o gobernador, sin perjuicio de que la Audiencia, si está en desacuerdo, informe al rey. Esta solución, según Góngora, vino a hacer primar "el criterio gubernativo del bien común, sobre el agravio de

<sup>48</sup> Acerca de las audiencias indianas hay una copiosa bibliografía. En 1989, SUAREZ, Santiago-Gerardo, en *Las reales audiencias indianas. Fuentes y bibliografía*, Caracas, 1989. Posteriormente se han publicado valiosos estudios, como los de MAYORGA GARCIA, Fernando, *La Audiencia de Santa Fe en los siglos XVI y XVII*, Bogotá, 1991. SANCHEZ-ARCILLA, José, *Las ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, Madrid, 1992, fundamental porque reúne y concuerda todas las ordenanzas. Academia Chilena de la Historia, *La Real Audiencia de Concepción 1565-1573. Documentos para su estudio*, Santiago 1992, con prólogo de Javier González Echeñique.

<sup>49</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política indiana*, Madrid, 1647. De la apelación no se habla en las ordenanzas de 1511 para el juzgado y au-

diencia de Santo Domingo ni tampoco en las posteriores de 1528 y 1530 para México. Pero hay noticias de que desde los años 1530 se interponen estos recursos en diversas partes de América tan alejadas entre sí como México y Chile. En 1550 el rey aprobó por real cédula de 16 de julio una ordenanza del presidente La Gasca del Perú relativa a estas apelaciones y, por un capítulo de carta del príncipe Felipe, dirigida al virrey de México en 1552, reiteró el mismo criterio. ENCINAS, Diego de, *Cedulario*, ed. García-Gallo, Alfonso, 4 vols., Madrid 1946 y 1990, 1, 240-41. Según ESCALONA y AGÜERO, en su *Tratado de las apelaciones del gobierno del Perú*, sólo se dio forma a este recurso por cédula de 15 de febrero de 1567. SANCHEZ-BELLA, *AUDIENCIAS...*, nota 4, 2, pp. 571 ss.

parte".<sup>50</sup> De todos modos, según se insiste en una real cédula de 1624, desde que aparecía un agraviado, el asunto, declarado de gobierno, se reducía a justicia y, como tal, su resolución era privativa de la Audiencia.<sup>51</sup> No sin razón califica Villapalos de sorprendente el hecho de que en Indias, a diferencia de lo que ocurre en Castilla, no haya apelación contra actos de gobierno substraída a la Audiencia.<sup>52</sup>

En otras palabras, estas Audiencias son tribunales de justicia para asuntos civiles y criminales y, al mismo tiempo, para asuntos de gobierno. Tal es la así llamada competencia *a gravamine*, vale decir, para conocer de los agravios causados contra vasallos del rey por agentes suyos o por él mismo. Pero no se trata tan sólo de una ampliación de la competencia del supremo tribunal. Hay más todavía. La principal razón de ser de las Audiencias indianas no será tanto administrar justicia criminal y civil, como proteger a los vasallos contra los posibles abusos de los gobernantes, mediante apelación de los afectados o, incluso, de oficio, según sucede en el caso de los más desvalidos.

En suma, las cosas se invierten. La competencia *a gravamine*, que en Castilla no existía como tal, se convierte en América en la primera y fundamental de la Audiencia. En cierto modo, esto es lo que define a una Audiencia indiana. Tal es el caso concretamente de las Audiencias de Charcas en 1561, de Concepción (Chile) en 1565, de Buenos Aires en 1661, de Manila en 1596, de Santiago (Chile) en 1606 y demás.<sup>53</sup> De esta suerte, poco a poco, termina por definirse este punto. Sin dejar de ser fundamentalmente un tribunal civil y criminal, la Audiencia tiene por principal tarea proteger a los vasallos contra los excesos de los gobernantes.

Como es fácil suponer, esta innovación aceleró en la América indiana el proceso de diferenciación entre el ámbito de gobierno y el de justicia, que en Europa estaba en sus inicios. En tanto que en el Viejo Mundo subsiste todavía durante el siglo XVI una gran indeterminación entre justicia y gobierno, en el Nuevo, donde la gestión gubernativa tiene un alcance y unas proyecciones incomparablemente más vastas que en Europa, y donde como hemos visto juega un papel conformador de las comunidades políticas indianas, no tarda en convertirse en un rubro cada vez más separado de la justicia.<sup>54</sup> El gobierno queda en manos del gobernador o virrey, y la justicia, en las de la Audiencia, que puede revisar todos y cada uno de los actos de gobierno desde que son apelados.

Esto significa que cualquier acto de gobierno puede reducirse a asunto de justicia. Lo que confiere a la apelación una significación hasta entonces desconocida en Europa, que va mucho más allá del ámbito civil y criminal. Actualmente quizá nos cueste concebir un recurso gubernativo de tal alcance, porque no contamos con ninguno de la naturaleza y amplitud de esta apelación. Cualquier persona podía reclamar de cualquier agravio y contra cualquiera que lo causara, a fin de que la justicia hiciera cesar el agravio y reparara el daño inferido.

<sup>50</sup> GONGORA, nota 4, p. 290.

<sup>51</sup> Real cédula 1 de octubre de 1624, *Recopilación de Leyes de Indias* 2, 15, 34.

<sup>52</sup> VILLAPALOS, nota 4, p. 58.

<sup>53</sup> Según MATIENZO, Juan, *El gobierno del Perú* (c. 1567), ed. LOHMAN VILLENA, Guillermo, París-Lima, 1967, 2, 4, 217, fue fundada para evitar los abusos de los gobernadores. Lo que está corroborado por una consulta del Consejo en 1536 cfr. SCHÄFER, Ernst, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, 2 vols., Sevilla 1935-1947, 2, pp. 68-69. Otro tanto ocurre con la primera audiencia de Chile en 1565, carta de Lope García de Castro al Consejo, 6 marzo 1565, *ibíd.*, 2, pp. 82-83. Lo mis-

mo vale para la primera audiencia de Buenos Aires, real cédula 5 julio de 1561 en Archivo de la nación argentina. *Epoca colonial, reales cédulas y provisiones 1517-1662*, vol. 1, Buenos Aires, 1911, pp. 421-422. GARCIA-GALLO, nota 4, p. 689, nota 76. Real Provisión para erección de la Audiencia de Charcas, Lima, 1561, en LEVILLIER, Roberto, *La Audiencia de Charcas. Correspondencia de Presidentes y oidores. Documentos del Archivo de Indias 1561-1579*, 2 vols., Madrid, 1918-1923, 1, pp. 526-527.

<sup>54</sup> GARCIA-GALLO, Alfonso, *Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI*, en HDE 40, 1970, ahora en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972.

Desde temprano los chilenos se mostraron muy aficionados a ejercer este recurso. Por ejemplo, en el siglo XVII uno de los problemas más agudos que había en Santiago era el de la movilización de los vecinos para la guerra de Arauco. Se resistían a ello y alegaban que la guerra no se libraba en los términos de la ciudad, sino que fuera de los mismos, muy lejos, en la frontera. Era una concepción un tanto medieval, de que a cada uno le corresponde defender su propia ciudad y nada más. Acudían a la Audiencia y ésta les daba razón. De su lado, los presidentes acudían al rey y le hacían ver que no podían sostener la guerra sin el concurso de los vecinos de la capital, los más pudientes y numerosos del reino. Es muy interesante la serie de recursos, idas y venidas, hasta que al fin, el monarca resuelve. Por real cédula de 18 de mayo de 1642 ordena que el gobernador no aperciba nunca a los vecinos para ir a la guerra sin consultar primero a la Audiencia, si el caso es inexcusable. O sea, los letrados tienen la palabra. Si la Audiencia dice que es tal caso, los vecinos ya saben que no tienen más que prestar servicio militar, ya que ella no los va a amparar frente al presidente. Aquí tenemos un ejemplo de cómo juega la distinción entre gobierno y justicia. Si el presidente quiere movilizar a la población, tiene que probar ante la Audiencia que existe la causal que hace necesaria esa medida, como de hecho lo hizo por ejemplo en 1657 el presidente Porter Casanate.<sup>55</sup>

En cuanto a la suspensión y a la suplicación, o sea, los dos recursos contra actos del rey mismo, uno y otro operan en América ampliamente. Tanto que a veces se ironiza sobre el aforismo *se obedece pero no se cumple*. Se dice que ciertamente había una copiosa legislación para proteger a los indígenas, según la cual estaban amparados de múltiples formas, pero que todo eso no pasaba del bien sonante tenor de las leyes, las cuales se obedecían pero no se cumplían. Más o menos, como si se tratara de garantías constitucionales que están en el papel, pero no hay recursos para hacerlas valer. Quienes razonan así incurren en un craso error, pues las leyes favorables a los indios no admitían suspensión.<sup>56</sup> En cambio las leyes contrarias, sí.

También de esto hay ejemplos bien notorios en Chile. Cuando los indígenas se sublevaron en 1598 y destruyeron las siete ciudades del Sur, la consternación en Santiago fue completa. Se pidió entonces al rey, entre otras cosas, que declarara a los indios esclavos por rebeldes: no por ser indios, sino por ser rebeldes. Después de hacerlo estudiar maduramente, resolvió el monarca en 1608 declarar esclavos a los indios mayores de 18 años, si se los encontraba con las armas en la mano alzados contra el rey.<sup>57</sup> Cuando el gobernador recibió la cédula en Santiago, dijo que la obedecía, pero que no la cumplía, porque su conciencia le vedaba hacer esclavo a quien nació libre, y suspendió el cumplimiento. Después uno de sus sucesores la puso en ejecución. La ley podía suspenderse evidentemente, y de hecho se suspendía en casos como éste, en que era desfavorable a los indios. Pero si era favorable, no cabía suspenderla, sino sólo suplicarla.

Por lo que toca a la suplicación, mirada con mentalidad europea, es inconcebible si no se dirige al propio rey, supremo juez y gobernante. Precisamente, como contra un acto suyo no cabe apelación, porque no tiene superior, se le suplica a él mismo. Pero en América esto es lisa y llanamente imposible, a causa de la distan-

<sup>55</sup> Para esto y lo que sigue, MEZA VILLALOBOS, nota 43, pp. 116 ss. BRAVO LIRA, Bernardino, *Comunidad política y representación del pueblo en Chile 1541-1760. De la Conquista a la Ilustración*, en REHJ 14, Valparaíso, 1991.

<sup>56</sup> TAU ANZOATEGUI, Víctor, *La ley se obedece pero no se cumple. En torno a la suplicación de las leyes*

*en el derecho indiano*, en *Anuario histórico-jurídico ecuatoriano* 6, Quito, 1980. Ultimamente, él mismo, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992.

<sup>57</sup> Para esto y lo que sigue, últimamente, HANISCH ESPINDOLA, Hugo, *La esclavitud de los indios en el Reino de Chile*, en RCHHD 14, 1988.

cia, las dificultades y el aislamiento de los vasallos. En vista de eso, encargó el rey a sus Audiencias indianas el conocimiento y resolución de las suplicasiones. En otras palabras, estas Audiencias americanas conocen no sólo de apelaciones contra actos de gobierno, sino además de suplicasiones contra disposiciones reales. Sobre ellas resuelven en derecho, del mismo modo que en Castilla hacía el tribunal en la corte. Por eso puede decir Solórzano que “por la gran distancia que hay de ocurrir de ellas (las Audiencias de Indias) al rey o a su real Consejo de Indias, y el peligro que podría ocasionar la tardanza, se les ha concedido y conceden, muchas cosas que no se permiten a los de España y vienen a tener casi en todo las veces del mismo Consejo y conocer las causas que a él, de otra parte, eran y son reservadas”.<sup>58</sup>

Tales son, en síntesis, las formas institucionales a través de las cuales se conforma la protección jurídica de los gobernados frente a los gobernantes en la América indiana, desde la segunda mitad del siglo XVI.

Este papel de la Audiencia como revisora de los actos de gobierno, en cuanto sean agraviantes para los gobernados, termina por diferenciar netamente al Estado absoluto en Indias de sus congéneres europeos. Lo que Villapalos dice de Castilla vale con más razón para el resto de Europa: “Mientras el monocentrismo político de la Península hace llevar a los tribunales castellanos a una cierta relajación del control sobre la Administración en la Edad Moderna, éste crece y se agiganta en el Nuevo Mundo”.<sup>59</sup>

Con todo, en Indias la vigencia de los recursos no era plena, ni muchos menos. De hecho los virreyes a menudo se oponían a las apelaciones contra sus actos de gobierno. Sánchez-Bella recuerda al respecto las cédulas de 1618, 1620, 1621, 1627, 1689, etc., y comenta que tal reiteración es señal de que la monarquía no conseguía hacer prevalecer los recursos.<sup>60</sup> Sin duda, fuera del Perú y México, los dos virreinos, la situación era mejor, como lo deja ver lo dicho antes sobre Chile.

Nos hemos detenido un tanto en esta primera época, porque es fundamental. Como pasamos a ver, bajo las siguientes –absolutismo ilustrado y constitucionalismo– no nos encontramos sino con transformaciones de un núcleo institucional ya constituido bajo el primer absolutismo.

### III

#### ABSOLUTISMO ILUSTRADO Y APOGEO DE LOS RECURSOS JUDICIALES (1760-1810)

Con la Ilustración se difunde, en la segunda mitad del siglo XVIII, una nueva manera de concebir el gobierno. El monarca absoluto pone su poder al servicio de los ideales políticos de la Ilustración: difusión de las luces –esto es, de los conocimientos y de la moralidad pública– y fomento de la prosperidad pública, vale decir, de la población y de la riqueza, a través de la agricultura, las artes, la minería y las manufacturas.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> SOLÓRZANO, nota 49, 5, 3, 10.

<sup>59</sup> VILLAPALOS, nota 4, p. 31.

<sup>60</sup> SÁNCHEZ-BELLA, *Audiencias...*, nota 4, 2, p. 578.

<sup>61</sup> La bibliografía acerca del absolutismo ilustrado es copiosa. Sobre el concepto, ROSCHER, Wil-

helm, *Umriss zur Naturlehre der drei Staatsformen*, en *Allgemeine Zeitschrift f. Geschichte*, Berlín, 1847, pp. 79-88 y 322-473. El mismo, *Geschichte der National-Ökonomie in Deutschland*, Munich, 1874, pp. 380-381. LHERITIER, Michel, *Le rôle historique du absolutisme éclairé*, en *Bulletin du Comité International des Sciences*

Estos son todavía en gran medida nuestros ideales de gobierno. Por eso no nos llaman la atención. Pero entonces representaron toda una inversión del papel del gobierno. Para la Ilustración, su misión no se reduce primordialmente a la justicia, a dar a cada uno lo que le corresponde. Además de eso, es tarea suya promover un mejoramiento de las condiciones de vida de la población, lo que entonces se designa, un tanto ingenuamente, con la expresión "felicidad pública". Es decir, el monarca debe trabajar por la felicidad de sus vasallos y no sólo por darles justicia.

Como es de suponer, este ensanchamiento de los fines del gobierno no puede menos que traer consigo una transformación de las instituciones estatales. Se crea toda una red de oficinas, cada una con una planta de personal propio. Gracias a ellas es posible ampliar el radio de acción del gobierno. De esta suerte, entre 1760 y 1810, la monarquía ilustrada lleva a cabo en Iberoamérica una vasta obra reformadora, que puede considerarse como el más ambicioso y logrado esfuerzo modernizador realizado en el continente.<sup>62</sup>

Edificios y obras públicas, fomento económico, reorganización del ejército, fundación de villas y recomposición del mapa político americano materializan, a lo largo y a lo ancho de Iberoamérica, el nuevo ideal de gobierno eficiente y realizador de la monarquía ilustrada.

Naturalmente todo esto tiene su costo. Después de todo, el Estado no hace milagros. No puede dar nada que no haya quitado previamente y en mayor cantidad a la población, porque no poco se consume en recaudar, administrar e invertir. El rey no puede promover la felicidad pública sin imponer cargas tributarias a sus vasallos. Surgen así graves problemas de hacienda que en algunos países, como Chile, parecen casi insolubles. Aquí no hubo manera de que las rentas del reino sostuvieran el nuevo modo de gobernar. Pese a la reorganización de la hacienda, el presupuesto no logra financiarse.<sup>63</sup>

En lo que toca a la judicatura y a la protección de los gobernados frente a los gobernantes hay, en cambio, un sensible avance. Junto con vigorizar la acción del gobierno, la monarquía refuerza la acción de la judicatura, para sujetar a derecho la gestión de sus agentes y funcionarios.

Al frente de la Audiencia se coloca a un nuevo magistrado, el regente, antecesor de los actuales presidentes de corte, tanto de Apelaciones como Suprema.<sup>64</sup> El gobernador retuvo el título de presidente de la Audiencia, pero sus funciones de tal pasaron al regente. Algo que en cierta manera persiste todavía. En toda Iberoamérica hasta ahora se llama al que gobierna presidente, concretamente

*Historiques* 1, 1928, pp. 601-612. PALACIO ATARD, Vicente, *El despotismo ilustrado español*, en *Arbor* 22, Madrid, 1947. CONRAD, Hermann, *Staatsgedanke und Staatspraxis des aufgeklärte Absolutismus*, en *Rheinisch-Westfälische-Akademie der Wissenschaft*, Vorträge G, 173, Düsseldorf, 1971. ARETIN, Karl Otmar, Freiherr von (editor), *Aufklärung, Absolutismus und Bürgertum in Deutschland*, Munich, 1976, con bibliografía, reúne trabajos de varios especialistas. SELLIN, Volker, *Friedrich der Grosse und der aufgeklärte Absolutismus*, en Engellhart, Ulrich y otros (editores), *Soziale Bewegung und politische Verfassung*, Stuttgart, 1976. NIEDHART, Gottfried, *Aufgeklärter Absolutismus oder Rationalisierung der Herrschaft*, en *Zeitschrift f. Historische Forschung* 6, Berlin, 1979. KÓPECZI, Bella, y otros, *L'Absolutisme éclairé*, Budapest-París, 1985, reúne 25 trabajos de diversos autores. DUCHHARDT, nota 16.

<sup>62</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *El absolutismo ilustrado en España e Indias bajo Carlos III (1759-1788), de la visión judicial a la visión administrativa del gobierno*, en RCHHD 14, 1988.

<sup>63</sup> SILVA VARGAS, Fernando, *Perú y Chile, Notas sobre las vinculaciones administrativas y fiscales (1785-1800)*, en H 7, 1968. BRAVO LIRA, Bernardino, *El absolutismo ilustrado en Chile bajo Carlos III*, en BACH 99, 1989.

<sup>64</sup> SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *La instrucción de regentes*, en RCHHD 3, 1964, edita el texto de la misma, Aranjuez, 20 junio 1776. BRAVO LIRA, Bernardino, *Judicatura e institucionalidad en Chile 1776-1876: Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario*, en REHJ 1, 1976. MARTIRE, Eduardo, *Los regentes de Buenos Aires. La reforma judicial indiana de 1776*, Buenos Aires, 1981.

presidente de la república, lo que indica que sus poderes son de orden político, no judiciales.

En cuanto al regente, una de las razones de ser de su institución es precisamente velar porque sean efectivas las apelaciones en materia de gobierno. De ello debe dar cuenta periódicamente al propio rey.<sup>65</sup> Esta materia fue una preocupación principal de la monarquía en su última fase, como lo muestra una serie de disposiciones dictadas entre 1776 y 1806.<sup>66</sup>

Se eliminan ciertas corruptelas que, en algunas partes, habían hecho inoperantes al recurso y se perfecciona su regulación. La cuestión era especialmente difícil en los virreinos. Los virreyes persistían en considerar una insolencia que alguien apelara contra una disposición suya. Incluso se había introducido la práctica de pedir su venia antes de interponer el recurso. Como sabemos, fuera de los virreinos la situación era distinta. Los presidentes se avenían más fácilmente a aceptar la revisión de sus actos por la Audiencia, que, en cuanto representante de la real persona, era más que ellos. En cambio los virreyes, que después de todo tenían el carácter de *alter ego* del rey, se resistían. Ante esta situación, se insistió en que correspondía al virrey resolver si un asunto era de justicia o de gobierno, pero que desde el momento en que en uno, declarado de gobierno, se causara lesión o agravio a alguna persona, el afectado podía apelar de él a la Audiencia y, por ese solo hecho el asunto se reducía a justicia. Además, se extendió la apelación a las resoluciones de los intendentes, nueva institución introducida bajo la monarquía ilustrada.<sup>67</sup>

La plaza mayor de Santiago nos ofrece un testimonio plástico sobre el lugar que ocupa la judicatura dentro del Estado bajo el absolutismo ilustrado. Sin duda, como conjunto arquitectónico, es inferior no sólo a las de México y Lima, sino a las de otras capitales indianas como Quito o Guatemala. Pero en cuanto testimonio histórico-institucional las aventaja a todas. Encontramos en ella dos costados destinados a edificios públicos y los otros dos, a construcciones particulares, si bien se sujetan a una exigencia del bien público y cuentan, por orden real, con portales donde el vecino o el paseante encuentran cobijo bajo el sol y las lluvias. Los edificios públicos del lado norte y poniente corresponden a los dos poderes, real y eclesiástico. Son, respectivamente, el palacio del presidente, el de la Audiencia, el del Cabildo, y la catedral y el palacio episcopal.

Ahora bien, de los tres edificios que se alzan al lado norte, el palacio del presidente, que representa al rey, está en un extremo, y en el opuesto, el del Cabildo, que representa al pueblo. En el centro, entre uno y otro, se levanta la casa de la Audiencia, que representa la justicia y el derecho que deben reinar en todo momento entre el rey y el pueblo. Es difícil encontrar una expresión monumental más lograda del Estado de derecho.<sup>68</sup>

Expresiones institucionales del mismo son diversas medidas tomadas bajo la monarquía ilustrada para hacer más efectivo el respeto a las personas, en particular a su libertad personal. Al respecto una real cédula de 19 de febrero de 1776 urgió a "que se arreglen a las leyes en la formación de procesos criminales y no se

<sup>65</sup> Instrucción, nota 64, 51.

<sup>66</sup> Para esto y lo que sigue, MARTIRE, nota 4.

<sup>67</sup> Acerca de los intendentes hay abundante bibliografía. NAVARRO GARCIA, Luis, *Las intendencias en Indias*, Sevilla, 1959. DEUSTUA PIMENTEL, Carlos, *Las intendencias en el Perú (1790-1796)*, Sevilla, 1965. FISHER, Lillian Estelle, *The intendent system in Spanish America*, Nueva York, 1969. PIETSCHMANN Horst, *Die Einführung des Intendentsystem in Neu Spanien in Rahmen des allgemei-*

*nen Verwaltungsreform der spanischen Monarchie*, Colonia-Viena, 1972. REES JONES, Ricardo, *El despotismo ilustrado y los intendentes en Nueva España*, México, 1979. Últimamente SAN MARTINO FROMI, María Laura, *Intendencias y provincias en la historia argentina*, Buenos Aires s.f. (1991).

<sup>68</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *Monarquía y Estado en Chile*, en BACH 96, 1985, esp. p. 34 ilustrada con grabados de la época.

cometan atentados de prender a ningún vasallo sin formar autos y oírle".<sup>69</sup> Al regente se le encargó tomar razón, a lo menos "semanalmente o, con menos dilación, si le pareciere, de los presos que hubiera en la cárcel por orden del virrey y presidente".<sup>70</sup>

Las consecuencias de estas órdenes fueron múltiples. En Chile, la Audiencia dictó en 1778 una *instrucción para la substanciación de causas criminales*, que constituye un anticipo del código de procedimiento penal y unas *instrucciones para el alcaide de la cárcel de Santiago*, que le prohibieron recibir en ella preso alguno sin orden de juez competente.<sup>71</sup> La disposición comprendía expresamente a los esclavos, de suerte que abolía la práctica de encarcelarlos por orden de sus amos.

Los esclavos eran también vasallos del rey. En 1789, meses antes de la declaración francesa de derechos del hombre,<sup>72</sup> se refundió la legislación relativa a ellos en el llamado *código carolino*.<sup>73</sup> Allí se les confirmó una serie de condiciones mínimas, en cuanto a jornada de trabajo, vestuario, alimento e instrucción, que la declaración francesa ni siquiera prometía a los ciudadanos. Como es sabido, tales condiciones vinieron a ser reconocidas a los trabajadores libres europeos bien avanzado el siglo XIX. La legislación revolucionaria llegó hasta prohibir en 1791 a los trabajadores la asociación y abolir todo el régimen protecto anterior, en nombre de la libertad para convenir sus condiciones de trabajo. En Iberoamérica, en cambio, hasta los esclavos tenían aseguradas, al menos en principio, ciertas condiciones mínimas de trabajo.

En contraste con lo que sucede con las apelaciones contra actos de gobierno y el respeto a las personas, bajo la monarquía ilustrada decaen los recursos contra actos del rey. A medida que se introduce el gobierno por ministerios, a través de oficinas, se impone dentro de ellas una subordinación disciplinaria, que es incompatible con la antigua suspensión de la ley injusta. Su expresión más clara es la legislación por vía reservada, que no admite suspensión. Frente a ella, las otras formas de legislación pasan a ser más raras y, por ende, ocurre lo mismo con la suspensión.<sup>74</sup> Sin embargo, no faltan ejemplos de suspensión en esta época, algunos de ellos tan resonantes como la suplicación interpuesta ante la Audiencia por la Universidad de San Felipe en 1761 de la real cédula de 18 de julio de 1758, por la que se dispone que "por ahora" los cursos ganados en el colegio de la Compañía de Jesús de Santiago sirviesen para graduarse en la Universidad. El cumplimiento de la cédula fue suspendido y en definitiva el rey por cédula de 4 de marzo de 1764 aprobó lo obrado.<sup>75</sup>

En todo caso la decadencia de la suplicación anuncia una sumisión unilateral de los gobernados al gobernante, que triunfa definitivamente con el constitucionalismo.

<sup>69</sup> MATRAYA y RICCI, Juan Joseph, *El moralista filatelítico americano*, Lima, 1819, hay edición facsimilar del catálogo de reales resoluciones, con advertencia preliminar de MARILUZ URQUIJO, José María, Buenos Aires, 1958, p. 353.

<sup>70</sup> *Instrucción*, nota 61, 28.

<sup>71</sup> Ambas en CORVALAN, Jorge, y CASTILLO, Vicente, *Derecho procesal indiano*, Santiago, 1951.

<sup>72</sup> Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, 28 de agosto - 3 noviembre 1789, en HELIE, Faustin-Adolphe, *Les constitutions de la France*, París, 1879.

<sup>73</sup> Real Cédula de 31 de mayo de 1789. Texto en LEVAGGI, Abelardo, *La condición jurídica del*

*esclavo en la época hispánica*, en *Revista de Historia del Derecho* 1, Buenos Aires, 1973, apéndice. VIAL CORREA, Gonzalo, *El africano en el reino de Chile*, Santiago, 1957.

<sup>74</sup> BARRERO GARCÍA, Ana María, *La vía ordinaria y la vía reservada en la administración americana en el siglo XVIII*, en CIIHDI, Actas 2, Valladolid, 1984.

<sup>75</sup> Real cédula 18 julio 1758, en MEDINA, José Toribio, *Historia de la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile*, 2 vols., Santiago, 1928, 2, pp. 29 ss. Real cédula 4 marzo 1764, *ibid.*, p. 86. Sobre la suplicación, *ibid.*, 1, pp. 75 ss.

## IV

CONSTITUCIONALISMO Y DECLINACION DE LOS RECURSOS  
CONTRA ACTOS DE GOBIERNO (1811-1920)

Con el constitucionalismo se abre paso un nuevo modo de concebir la política. Al ideal de gobierno eficiente y realizador de la monarquía ilustrada se opone el de un gobierno cuya gestión está regulada por un parlamento, encargado de velar por que ella discurra dentro del marco de la legalidad.

A tono con ello, la protección judicial de los gobernados entra también en una nueva etapa. En lugar de luchar concretamente mediante recursos judiciales para cortar los abusos de los gobernantes contra las personas, se pretende eliminarlos de raíz, mediante la proclamación legal de unos derechos abstractos del hombre o del ciudadano. En una palabra, en esta etapa se confía más en las garantías constitucionales que en los recursos judiciales, como medio para proteger a las personas. En el hecho, el amparo por la vía judicial queda reducido, en el mejor de los casos, al que pueda obtenerse por la vía penal a través de delitos cometidos por empleados públicos contra algunas garantías constitucionales.

Bajo el constitucionalismo comienza, pues, la declinación de los recursos judiciales contra actos de gobierno. Es una consecuencia lógica de las premisas que le sirven de base: el hombre es bueno por naturaleza y el poder es en sí mismo ilimitado. Constitucionalistas y constituyentes son conscientes del peligro que un poder semejante significa para el simple ciudadano. En consecuencia, para ellos todo gira alrededor del modo de protegerlo. Con este fin discurren una división de poderes —entre ejecutivo, legislativo y judicial— y unas garantías individuales. La razón de ser de la constitución es precisamente establecer ambas cosas.

Ya que el poder es, en principio ilimitado, se intenta limitar su ejercicio mediante ese documento. Al efecto se hace residir cada parte del poder en sujetos distintos: el gobernante, el parlamento y la judicatura. En frase de Montesquieu, se pretende ingenuamente que “el poder detenga al poder”.<sup>76</sup> Según señala Hennis, es una solución, si puede calificársela de tal, mecánica, muy al gusto de los ilustrados del siglo XVIII.<sup>77</sup> Con ella se cree haber resuelto, de una vez para siempre, el problema de los abusos de los gobernantes contra los gobernados, haber asegurado a los ciudadanos el goce de las llamadas garantías individuales. Pero, en la práctica, este ciudadano, sin más protección que tales garantías de papel sin recursos judiciales contra los actos de gobierno, queda solo, aislado e inerme frente al Estado, a merced de los gobernantes de turno.

En otras palabras, dentro de este mundo abstracto del constitucionalismo, reducido al país legal de la constitución de las leyes, es muy difícil que sobrevivan los recursos judiciales contra actos de gobierno del absolutismo. Por una parte, la judicatura pierde significación dentro del Estado. Deja de tener el lugar predominante que tenía dentro del Estado absoluto. Se la trata como un poder del Estado, es decir, se somete su acción a una regulación legal, similar a la que se impone al gobierno en sus dos ramas, ejecutiva y legislativa.<sup>78</sup> Esto significa, de hecho, mutilar a la judicatura, reducir su papel de declarar el derecho, es decir, discernir lo que es justo de lo que es injusto, a una mecánica aplicación de la ley general a los casos particulares. De esta

<sup>76</sup> MONTESQUIEU, Charles Secondat, *L'esprit des Lois*, Ginebra, 1748, ahora en sus *Ouvres Complètes*, ed. A Masson, 3 vols., París, 1950-1955.

<sup>77</sup> HENNIS, Wilhelm, *Über die Krise der Politik in*

*Neuzeit*, en *Merkur*, Munich, 1971, trad. castellana en *Humboldt* 48, Munich, 1972. El mismo, *Politik und praktische Philosophie*, Neuwied-Berlin, 1963.

<sup>78</sup> BRAVO LIRA, nota 64.

suerte, la jurisdicción se transforma en mera subsunción.<sup>79</sup> Así se entendió en el siglo pasado y se entiende todavía en Chile, como lo confirma, una vez más, el discurso inaugural del año judicial del Presidente de la Corte Suprema en 1992.<sup>80</sup>

En consecuencia la judicatura pasa a ocupar dentro del Estado constitucional un lugar muy secundario. Es el último de los tres poderes. El único que se somete a la legalidad sin tener intervención en la generación de ella. En el fondo, el constitucionalismo no tiene mayor aprecio por ella. Lo que más le interesa es que haya parlamento, no que haya justicia. Cree en una fiscalización parlamentaria que impida los abusos. Por eso se desentiende de la protección judicial de los gobernados, en caso que ello se produzca, que es tarea propia de la judicatura. El deterioro de su posición dentro del Estado constitucional se refleja hasta en el porcentaje del presupuesto que se le asigna, cada vez menor.

Por otra parte, en nombre de la separación de poderes, se despoja a la judicatura de su competencia *a gravamine* para amparar a los ciudadanos frente a los abusos de los gobernantes. Con lo que se confina su órbita de acción a los asuntos civiles y criminales.

Ahora bien, el constitucionalismo no ha tenido una existencia demasiado feliz en Hispanoamérica. Es un ideal de gobierno europeo que, salvo excepciones, no termina de arraigar en el Nuevo Mundo. Nuestros países son tan prolíficos en constituciones como renuentes a los gobiernos constitucionales. Constituciones ha habido muchas, demasiadas, más de doscientas, desde 1811 hasta hoy. Y la serie parece lejos de estar agotada. El mismo presidente Fujimori, que acaba de poner término a la vigencia de una en el Perú, anuncia otra nueva, mientras en Paraguay se prepara febrilmente una más.<sup>81</sup> En cambio, un gobierno constitucional es siempre algo insólito en Iberoamérica, un paréntesis excepcional y generalmente de corta duración. No me refiero por cierto a Chile, que junto con Brasil o México, desde los años 1930, es en cierto modo caso aparte. Basta mirar al resto del continente. Son varios los países de Iberoamérica que han tenido más gobernantes que años de independencia.<sup>82</sup> Si en esta parte del mundo los gobernantes extraconstitucionales son la regla y los parlamentos tienen una vida intermitente, forzoso es reconocer que aquí el constitucionalismo no ha tenido demasiada fortuna.

No es el momento de entrar en un análisis del hecho, porque es cabalmente un hecho, independiente de las preferencias personales de cada uno. Con el constitucionalismo entra Iberoamérica en una era de inestabilidad política, una de cuyas secuelas es el lamentable auge de atropellos contra las personas. Ciertamente ellos no llegan al extremo que en la Europa del siglo XX, a la liquidación masiva de nacidos y por nacer. Pero el deterioro del respeto a las personas en Iberoamérica bajo el constitucionalismo es patente.

En la práctica, como observó el peruano García Calderón a principios de siglo, lo único que consigue éste con su pretensión de someter la gestión de los gobernantes a la regulación de un parlamento, es maniatarlos.<sup>83</sup> Les impide desa-

<sup>79</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación*, en RIL 28, 1991.

<sup>80</sup> "Discurso de inauguración del año judicial 1992", en *El Mercurio* 3 de marzo 1992. No es sino la más reciente expresión de un legalismo al que la Corte Suprema permanece anclada desde principios de siglo. Cfr. CLARO SOLAR, Luis *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, 17 vols., Santiago, 1898-1927. BRAVO LIRA, nota 79. VICENTE MOLINA, Gonzalo, *La memoria anual del presidente de la Corte Suprema (1919-1976)*, tesis Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1976 (inédita).

<sup>81</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México, 1991, incluye cuadros sinópticos de las constituciones promulgadas en el periodo. Estando en prensa este estudio, fue promulgada, el 20 de junio de 1992.

<sup>82</sup> Así lo señaló ya YCAZA TIGERINO, Julio, *Sociología de la política hispanoamericana*, Madrid, 1950, p. 157.

<sup>83</sup> GARCÍA CALDERÓN, François, *Les démocrates latines de l'Amérique*, Paris, 1912.

rollar una acción eficaz y realizadora. Entonces, una de dos: o el gobernante se atiene a la constitución y lo derriban por ineficiente, o se salta la constitución y hace un gobierno, si no como Dios manda, al menos conforme a las exigencias de la población y las necesidades del país. Tal es la raíz del ciclo fatídico constitucionalismo-desgobierno y anarquía-militarismo, dentro del cual se debaten los países hispanoamericanos desde los comienzos del constitucionalismo.<sup>84</sup> Chile es una excepción. Gracias a Portales logró escapar de él tempranamente, por 1830. Las demás, salvo México desde los años 1930, no han podido o no han sabido hacer otro tanto.

Repito, ésta es una situación de hecho. Como tal, más fuerte que los textos constitucionales. Ella parece estar en la raíz de la llamada anarquía hispanoamericana y de los frecuentes atropellos a las garantías individuales, proclamadas pomposamente más de 200 veces en otras tantas constituciones. Una cosa es el país legal de estos documentos y otra el país real de los abusos. En Chile hay un ejemplo de ello, que no puedo dejar de citar.

Corresponde a los primeros tiempos del constitucionalismo, anteriores a la consolidación del Estado constitucional a partir de los años 1830. En 1810, todavía bajo la monarquía, fue depuesto el presidente García Carrasco por haber apresado a tres vecinos prominentes de Santiago. No deja de ser significativo. Un abuso de esta naturaleza se consideraba entonces tan grave, que costó el mando al presidente en ejercicio. En esos críticos momentos, el portavoz de la protesta fue el procurador de la ciudad José Gregorio Argomedo, quien ante la Real Audiencia dijo al presidente, en su propia cara: "si no se ataja este engaño, ¿cuál será el ciudadano que no tenga su vida y honra pendientes de la dilación del enemigo o de un vil adulator? Yo mismo seré, tal vez, víctima en un cadalso público, hoy o mañana, porque defiendo los derechos de un pueblo religioso, noble, fiel, amante de su rey".<sup>85</sup>

Pasaron quince años. En ese lapso se dictaron en Chile sucesivamente un reglamento constitucional y tres constituciones. Argomedo llegó a ser presidente de la Corte Suprema. Y entonces se cumplió su vaticinio de 1810: fue apresado ilegalmente y expulsado del país. Este caso concreto ilustra cómo, desde los inicios del Estado constitucional, coexisten solemnes proclamaciones de derechos y garantías individuales con escandalosos atropellos a las personas, incluso tan altamente colocadas como un presidente de la Corte Suprema. No olvidemos la suerte de los libertadores —San Martín, Bolívar, O'Higgins, todos expatriados—, ni los excesos de las luchas por el poder entre facciones del núcleo dirigente, que a veces llegan a la guerra civil.

Pero no se trata tan sólo de una cuestión de hecho. Bajo el constitucionalismo, en nombre de la separación de poderes se desmontan los recursos contra actos de gobierno. En Chile el vuelco lo marca la constitución provisional de 1818. Allí se habla no sólo de derechos de los ciudadanos, sino de algo de lo que raramente se oír hablar después, de sus deberes.<sup>86</sup> Pero todavía se deja en pie la

<sup>84</sup> JANE CECIL, *Liberty and despotism in Spanish America*, Nueva York, 1929, trad. castellana, Madrid, 1931, y Buenos Aires, 1942. MÖRNER, Magnus, *Caudillos y militares en la evolución hispanoamericana*, en *Journal of Inter-American Studies* 2, Gainesville (Florida), 1960. KAHLE, Günther, *Diktatur und Militär Herrschaft in Lateinamerika*, en *Zeitschrift für Lateinamerika-Wien* 19, Viena, 1981. BRAVO LIRA, Bernardino, *Gobiernos civiles y gobiernos militares en Hispanoamérica 1810-1989. Estudio histórico institucional*, en él mismo, *Poder y respeto a las personas*, nota 8.

<sup>85</sup> TORRENTE, Mariano, *Historia de la revolución de Chile 1810-1828*, en *Colección de Historiadores y documentos relativos a la independencia*, 30 vols., Santiago, 1900-1939, 3, p. 5. Para esto y lo que sigue, LIRA LIRA, Alejandro, *Argomedo 1810-1830*, Santiago, 1934. BRAVO LIRA, nota 55.

<sup>86</sup> *Constitución provisoria para el Estado de Chile*, 1818, título primero: de los derechos y deberes del hombre en sociedad. Este y los demás textos constitucionales chilenos citados, en VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República*, 2 vols., Santiago, 1951.

legislación indiana y en cierto modo los recursos contra actos de gobierno.<sup>87</sup> Esto se acaba en la constitución de 1823. Allí se consignan garantías individuales, pero se reduce la antigua competencia *a gravamine* de la Real Audiencia a una mera reclamación de la Corte Suprema al gobierno.<sup>88</sup> No se trata de un recurso de los afectados, sino de una actuación de oficio del Tribunal.

Así lo hizo en tiempos de Portales, quien como ministro deportó a varias personas. Procedió así con facultades concedidas por el Congreso de plenipotenciario, pero éste no le autorizó para publicarlas. Por lo que él, aunque actuó legalmente, no pudo explicárselo a la Corte. Los políticos de la época eran así.<sup>89</sup> Uno de los afectados fue el literato español José Joaquín de Mora, quien había participado en la redacción de la Constitución de 1828 y a quien Portales desterró al Perú. Su mujer acudió a la Corte Suprema, pero no ya a reclamar protección, como en la época del absolutismo, sino tan sólo a pedir al Tribunal que él reclamara del atropello al gobierno. La Corte lo hizo, pero no consiguió nada y Mora tuvo que seguir en el extranjero.<sup>90</sup> Lo que muestra la diferencia entre el antiguo recurso contra actos de gobierno y esta reclamación de la Corte Suprema al gobierno.

Ahora bien, la mencionada Constitución de 1828 había intentado reparar en una mínima parte esta indefensión del ciudadano frente al gobierno. Para el caso de la prisión arbitraria, introdujo un recurso, especial, semejante al *habeas corpus* inglés.<sup>91</sup> Es decir un recurso escuálido, destinado únicamente a proteger a las personas en caso de ser detenidas sin orden judicial. En la época esto se tomaba por un progreso, sin duda porque era copiado del extranjero. Tal vez en los tiempos del absolutismo se habría tomado por un retroceso, ya que dejaba indefensas a las personas frente a todos los demás abusos del gobierno.

Sea de ello lo que fuere, la disposición constitucional no bastó para introducir siquiera este modestísimo recurso. En 1833 se reformó la Constitución y el nuevo texto dispuso que correspondía a la ley determinar el tribunal ante el cual debía interponerse.<sup>92</sup> Pues bien, pasaron décadas y décadas sin que se dictara. De modo que el único recurso con que dentro del Estado constitucional contaban los ciudadanos frente a los gobernantes fue algo ilusorio, existente tan sólo en el papel. Esta situación fue denunciada por el fiscal de la Corte Suprema en 1836. "Prescindiendo de que la disposición del artículo 143 de la Constitución es, como ella misma expresa, para el solo caso de detención arbitraria, se halla sin efecto esta primera, principal e importantísima garantía, porque increíble y desgraciadamente no se ha señalado todavía la magistratura que debía darle cumplimiento".<sup>93</sup> No obstante, pasaron todavía cuarenta años antes de que se determinara el tribunal competente para conocer del recurso. Ello vino a hacerse sólo en la *ley orgánica de tribunales* que entró a regir en 1876.<sup>94</sup>

<sup>87</sup> *Ibid.*, 5, 1, 2.

<sup>88</sup> *Constitución política y permanente del Estado*, 1823, derechos políticos art. 11 y 12, derechos civiles art. 117 a 142. Según el art. 146, es atribución de la Corte Suprema "proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes las garantías individuales y judiciales".

<sup>89</sup> Ultimamente, ROJAS SANCHEZ, Gonzalo, *Portales y la seguridad interior del Estado*, en BRAVO LIRA, Bernardino (comp.), *Portales el hombre y su obra, la consolidación del gobierno civil*, Santiago, 1989.

<sup>90</sup> *Id.*

<sup>91</sup> *Constitución Política de la República de Chile*, 1828, art. 104.

<sup>92</sup> *Constitución de la República de Chile*, 1833, art. 139.

<sup>93</sup> Vista de 4 de octubre 1836 acerca del reclamo por detención ilegal de Joaquín Ramírez, en EGAÑA, Mariano, *Vistas fiscales*, Archivo Nacional (Chile), Fondo varios, vols. 159 a 161, vol. 160 fs. 123-124.

<sup>94</sup> Ley de organización y atribuciones de los tribunales, 15 octubre de 1875, art. 111. Hay una edición anotada de BALLESTEROS, Manuel Egidio, *La ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile*, 2 vols., Santiago, 1890. Cfr. 1, pp. 544 ss. HUNEEUS ZEGERS, Jorge, *La constitución ante el Congreso*, 2 vols., Santiago, 1879-1880, 2, p. 356.

Aun así, no fue demasiado efectiva, como lo hacía ver en 1879 el principal constitucionalista de la época Jorge Huneeus Zegers: "mientras no se dicte una ley expresa sobre garantías de la libertad individual... creemos que esta preciosa libertad estará siempre expuesta a ser atropellada en más de una ocasión, como lo ha sido desgraciadamente en no pocas".<sup>95</sup>

Lo cual era tanto más grave cuanto que la misma ley de 1876 había privado a la Corte Suprema de la facultad de reclamar de otros poderes del Estado el respeto de las garantías. En uso de ellas, el máximo tribunal había logrado poner coto a algunos abusos flagrantes, como los fusilamientos sumarios que se hicieron en tiempos de la guerra con España en 1866.<sup>96</sup>

En cambio, ese mismo año, el código penal sancionó como delito los atropellos contra ciertas garantías constitucionales, en caso de que fueran cometidos por empleados públicos.<sup>97</sup>

En suma, al suprimir los recursos judiciales contra actos de gobierno del absolutismo, el constitucionalismo dejó a los ciudadanos aislados e indefensos frente al poder. En vano insistía en 1880 Huneeus Zegers en la conveniencia de "que el conocimiento de *toda* materia referente a derechos y garantías individuales estuviera sometida a la Corte Suprema, especialmente cuando se redujeran a contenciosos". Pasó casi un siglo antes de que fuera escuchado.<sup>98</sup>

## V

### SEGUNDO CONSTITUCIONALISMO Y REAPARICION DE RECURSOS ANTE ACTOS DE GOBIERNO (1920-1992)

A partir de los años 1920, los hechos desbordan los estrechos marcos del constitucionalismo. Tanto el poder como la población se transforman. Simultáneamente se produce un renacer monocrático y un rebrotar de los grupos intermedios entre gobernantes y gobernados. Dentro de este contexto, reaparecen también los recursos judiciales contra actos de gobierno.

Si hasta los años 1920 la tónica dominante del constitucionalismo había sido recortar los poderes del gobernante unipersonal en favor del parlamento, maniatarlo, según la expresión de García Calderón, a partir de ahora los artículos de las constituciones se hacen pocos para aumentar sus poderes y medios de acción. Aún así, como observa el profesor uruguayo Gross Espiell, las constituciones van a la zaga de la realidad: "la realidad política ha ido en Latinoamérica mucho más allá de los textos constitucionales en cuanto al predominio del poder ejecutivo".<sup>99</sup> Estamos en presencia de un verdadero renacer monocrático que tiene algo de

<sup>95</sup> HUNEEUS ZEGERS, nota 94.

<sup>96</sup> Así lo hizo ver Clemente Fabres en la discusión de la ley. *Cámara de Diputados*, sesión 29 agosto 1874, p. 336. Véase también *Sesiones* 11 agosto y 3 septiembre 1874. Al respecto, BRAVO LIRA, Bernardino, *Sociedad de clases y representación electoral en Chile 1860-1924*, en *Revista Chilena de Derecho* 13, Santiago, 1991, además próximamente CONCHA MARQUEZ DE LA PLATA, Sergio, *Domingo Santa María y la protección judicial de los gobernados frente al gobierno. Génesis de la ley orgánica de tribunales de 1875*, en RCHHD 16, 1990-1991 (en prensa).

<sup>97</sup> *Código penal de la república de Chile*, 1875, libro 2, título 4, de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la constitución, arts. 148-161. Hay ed. con estudio preliminar de RIVACOBBA y RIVACOBBA Manuel, Valparaíso, 1974, incluye actas de la comisión redactora.

<sup>98</sup> HUNEEUS ZEGERS, nota 94, 2, p. 357.

<sup>99</sup> GROSS ESPIELL, Héctor, *El predominio del poder ejecutivo en América Latina*, en Instituto de Investigaciones Jurídicas. *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, México, 1977, con trabajos de diversos autores.

incontenible. Por donde se mire, las llamadas dictaduras y democracias iberoamericanas rivalizan entre sí por desprenderse de las formas oligárquicas y aumentar, cada una a su manera, los poderes presidenciales.<sup>100</sup> Análoga tendencia triunfa incluso en Francia, desde fines de los años 1950, lo que no deja de ser reconfortante para tanto constitucionalista y político iberoamericano de mentalidad colonial, que no atinan sino a imitar modelos europeos.

No menos incontenibles que el renacer monocrático parece ser el movimiento asociativo en estos países.<sup>101</sup> Poco a poco se conforma una red de colegios profesionales, sindicatos, centrales gremiales y, en general, agrupaciones de todo género, que se interponen entre las personas y los gobernantes. El individuo deja de estar aislado e indefenso frente al Estado. Encuentra protección en estas entidades intermedias, que hacen valer los intereses comunes. Sus miembros no luchan por la ley uniforme del siglo XIX, impuesta por igual a toda la población, sino por su ley diferenciada, que otorga a cada sector o actividad un estatuto especial. Todos los grupos pretenden un tratamiento superior al de la generalidad. Cada uno se moviliza en pos de privilegios y franquicias, por encima de la legislación general.<sup>102</sup>

De esta suerte, grandes sectores de la población abandonan la pasividad a que los condenaba el constitucionalismo, que a lo más les reconocía la posibilidad de depositar, de cuando en cuando, un sufragio en la urna electoral. También las constituciones terminan por reconocer tímidamente, en alguna medida, esta nueva realidad emergente. A partir de la mexicana de 1917,<sup>103</sup> comienzan a abrir el catálogo de derechos políticos y civiles para incluir estos nuevos contenidos.<sup>104</sup> Se habla de derechos sociales, pero también de bienes, como lo hace, por ejemplo, la Constitución de Colombia en 1936. Ese año, en una de las innumerables reformas al texto de 1886, se dijo: "Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes".<sup>105</sup> Este texto recuerda la vieja trilogía hispánica anterior al constitucionalismo.

Por otra parte se pasa de las declaraciones de derechos, ampulosas pero inoperantes, al restablecimiento de recursos judiciales concretos y eficaces. Esta tendencia es anticipada en México por la extensión que cobra el recurso de amparo, especialmente desde los años 1920.<sup>106</sup> Dentro de esta línea, el hito tal vez más decisivo hasta el momento, es el acta constitucional chilena de 1976, por la que se establece un recurso de protección. Surge tras una experiencia traumática

<sup>100</sup> Sobre el renacer monocrático, VALADES, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, 1974. BRAVO LIRA, Bernardino, *El renacer monocrático en Iberoamérica durante el siglo XX. Raíz y razón del presidencialismo*, en *Revista de Derecho* 184, Concepción, 1989-1990, ahora en el mismo, *Poder y respeto*, nota 5, pp. 144 ss.

<sup>101</sup> CEA EGANA, José Luis, *La representación política y social en la nueva constitución de 1980*, en *Revista de Ciencia Política* 2, Santiago, 1982. BRAVO LIRA, Bernardino, *El movimiento asociativo en Chile 1924-1973*, en *Política* 1, Santiago, 1982. El mismo, *Pueblo y representación en la Historia de Chile. Tres momentos claves: comunidad política, sociedad de clases y comunidad consociativa*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Santiago, 1989. El mismo, nota 25.

<sup>102</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *Metamorfosis de la legalidad en Argentina desde el siglo XVIII hasta el siglo XX*, en *Revista Chilena del Derecho* 13, Santiago, 1986.

<sup>103</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, título I, texto en TENA RAMIREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1964*, México, 1964.

<sup>104</sup> MIRANDA, José, *Reformas y tendencias constitucionales recientes de la América Latina (1945-1956)*, México, 1957.

<sup>105</sup> Véase nota 19.

<sup>106</sup> Sobre el amparo, su génesis y su historia hay una caudalosa bibliografía. BURGOS, Ignacio, *El fuero de amparo*, México, 1977, esp. pp. 95 a 142. LIRA GONZALEZ, Andrés, *El amparo colonial y el fuero de amparo mexicano*, México, 1971. NORIEGA CANTU, Alfonso, *Lecciones de amparo*, México, 1975. SOBERANES FERNANDEZ, José Luis, *Algo sobre los antecedentes de nuestro juicio de amparo*, en *Boletín mexicano de derecho comparado* 63, México, 1988.

de un gobierno llegado al poder por vías legales, que intenta utilizar los poderes y los medios de acción del presidente para atentar contra los ciudadanos y las instituciones establecidas.<sup>107</sup> Es lo que sucedió durante el trienio allendista 1970-1973.<sup>108</sup> Entonces, el propio presidente no se retacó para hablar de dos legalidades, la que el gobierno pretendía imponer y la que se hallaba establecida por las instituciones.<sup>109</sup> Frente a esta situación, el parlamento, los partidos y los políticos, en una palabra el andamiaje constitucional, resultaron impotentes. En cambio la judicatura y las entidades gremiales soportaron el peso de la resistencia y sobrevivieron a la caída de Allende.<sup>110</sup>

Después de esta experiencia, se llegó a la siguiente conclusión, que bien puede ser también la de nuestra exposición: "Por ser muy perfecta que sea una declaración de derechos éstos resultan ilusorios si no se consagran recursos necesarios para su efectiva aplicación".<sup>111</sup>

Llegados a este punto, el constitucionalismo parece reconciliarse con los recursos judiciales del absolutismo, de los que tan ligeramente creyó poder prescindir. Ya no se contenta con derechos etéreos, con consignarlos en un documento, con meras palabras. Ahora reconoce que lo que puede darles eficacia es la judicatura, los recursos que brinden a los afectados una posibilidad de reclamar cada vez que sufren un abuso.

## CONCLUSION

Pero no hay que hacerse ilusiones. Falta todavía mucho camino por recorrer. Al menos si se compara la situación de los ciudadanos de hoy, bajo el Estado constitucional, con los de los vasallos ayer, bajo la monarquía absoluta. Los constitucionalistas son, muchas veces, de un timidez y un apocamiento difícil de comprender. Da la impresión de que permanecen anclados en los esquemas mentales de los autores ilustrados del siglo XVIII, de que prestan mayor atención a sus construc-

<sup>107</sup> Acta constitucional 3, 11 de septiembre de 1976, art. 2º. De ahí pasa a la constitución política de la república de Chile, 1980, art. 20. SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, 1982. El mismo, *1976-1986 Diez años de recurso de protección (una revolución silenciosa)*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 83, 1986, primera parte (sección Derecho).

<sup>108</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *Régimen de gobierno y partidos políticos en Chile 1924-1973*, Santiago, 1978.

<sup>109</sup> *Primer mensaje del Presidente Allende ante el Congreso Pleno*, 21 de mayo de 1971, Santiago, 1971, p. XI, y de nuevo en el *Segundo Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso Pleno*, 21 de mayo de 1973, p. IX. La primera vez planteó el tema en términos que envolvían una amenaza apenas velada: "Del realismo del Congreso depende en gran medida que a la legalidad capitalista suceda la legalidad socialista, conforme a las transformaciones económicas que estamos implantando, sin que una fractura violenta de la juridicidad abra las puertas a arbitrariedades y excesos, que responsablemente queremos evitar". Desde 1964 los presi-

dentés se declaran ejecutores de un programa partidista. BRAVO LIRA, Bernardino, nota 108.

<sup>110</sup> BICHENO, H.E., *Antiparliamentary Themes in Chilean History 1920-1970*, en MEDHURST, Kenneth (ed), *Allende's Chile*, Londres, 1972. DRAKE, Paul W., *Corporatism and Functionalism in Modern Chilean Politics*, en *Journal of Latin American studies* 10, Gainesville, Florida, 1978. PIZARRO, Crisóstomo, *Políticas públicas y grupos de presión en Chile 1965-1970. Un análisis exploratorio*, en *Estudios Cieplan* 26, Santiago, 1978. CHAPARRO, Patricio, *Actores sociales y políticos en el quiebre del sistema político democrático chileno*, en *Estudios Sociales* 25, Santiago, 1980. CEA EGAÑA y BRAVO LIRA, nota 99. CAMPERO, Guillermo, *Los gremios empresariales en el período 1970-1983; comportamiento sociopolítico y orientaciones ideológicas*, Santiago, 1984. DUGAN WILLIAM E. y REHREN, Alfredo, *Impacto del régimen político en la intermediación de intereses, instituciones públicas y grupos empresariales en Chile*, en *Política* 22/23, Santiago, 1990.

<sup>111</sup> Así se afirma en el preámbulo del Acta, nota 107.

ciones teóricas que a la realidad del propio país y del propio tiempo. Pero los siglos no pasan en vano. Evidentemente no puede enfrentarse hoy la protección de los gobernados frente a los gobernantes con soluciones como la división de poderes, por la que alegaba Montesquieu en 1748, o las garantías que con tan candoroso entusiasmo pretenden superar a la declaración de Virginia en 1776.<sup>112</sup>

De hecho aún estamos en esto. Todavía no se atina a proteger a las personas mismas, con todos sus bienes: a ampararlas, en términos amplios, contra todo abuso o atentado, cualquiera que sea el que lo cometa. La protección permanece todavía restringida tan sólo a derechos o garantías consignados en las constituciones, lo cual vale tanto para el amparo mexicano como para el reciente recurso de protección chileno. Ambos están concebidos en función de las garantías como simples medios para hacer efectivas algunas de ellas.

Esto representa innegablemente un avance. Pero dista mucho de ser un desiderátum. Está todavía lejos —demasiado lejos— de una protección judicial sin restricciones, que abarque toda suerte de abusos contra toda suerte de personas, cometidos por quien sea, de modo que al afectado le baste probar el agravio para obtener su cese y una condigna reparación.

De todos modos, los tiempos que corren parecen alentadores. El renacer monocrático, por una parte, el rebrotar de los cuerpos intermedios entre las personas y el Estado, por otro lado, y, sobre todo, la reaparición de los recursos judiciales contra actos de gobierno, colocan de nuevo a Iberoamérica, en cierto modo, en una situación como la que tuvo antes de la adopción del constitucionalismo, bajo la monarquía ilustrada. Entonces, junto con un gobierno eficiente y realizador, hubo una judicatura capaz de amparar a los vasallos contra los excesos de los gobernantes. Excesos habrá siempre. ¿Por qué las repúblicas constitucionales de nuestro tiempo en Iberoamérica no van a ser capaces de brindar a sus ciudadanos una protección frente a los gobernantes, al menos similar a la que en su tiempo brindó a sus vasallos en estos mismos países la monarquía absoluta?

He aquí un desafío para los hombres de derecho de hoy. Ante el renacer monocrático y la declinación del parlamento, no es posible seguir confiando, como los ilustrados del siglo XVIII, en una protección de los gobernados centrada en garantías individuales, en los procedimientos de formación de las leyes y en la fiscalización del gobierno por el parlamento. Todos estos aditamentos son prescindibles. Más aún, han perdido sentido en la misma medida que la lucha que libró el constitucionalismo por un parlamento a cuya regulación se sujete la gestión gubernativa. En estas condiciones, no es difícil volver a reconocer que la clave de una protección efectiva de los gobernados radica en la judicatura. Sin recursos judiciales operantes, los gobernados quedan inermes frente a los abusos de los gobernantes, sean legales o administrativos. Por eso, la hora del renacer monocrático es también la de reponer a la judicatura en el sitial preeminente dentro del Estado, del que con mejores intenciones que sentido práctico la arrancó el constitucionalismo. Mientras eso no se consiga, el Estado de derecho corre en Iberoamérica el peligro de desvirtuarse por completo y terminar convertido en una mera fachada.

<sup>112</sup> *Declaration of Rights*, Virginia, 12 de junio de 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 of Virginia* von 12 juni 1776, en *Juristenzeitung* 31, 1976. VOSSLER, Otto, *Studien zur Erklärung der Menschenrechte*, ahora en SCHNUR, nota 19.

## ABREVIATURAS

- AEA : Anuario de Estudios Americanos, Sevilla.  
AHDE : Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid.  
BACH : Boletín de la Academia Chilena de la Historia, Santiago.  
CIIHDI : Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indio, Actas.  
EA : Estudios Americanos, Sevilla.  
H : Historia, Santiago.  
RDP : Revista de Derecho Público, Santiago.  
RCHHD : Revista Chilena de Historia del Derecho, Santiago.  
REHJ : Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Valparaíso.  
RIL : Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires.