

COLECCIÓN GUÍAS DE CLASES N° 13

# **HISTORIA DEL DERECHO CHILENO CONTEMPORÁNEO**

INTRODUCCIÓN

*profesor*

ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ

**SANTIAGO**  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE  
*Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*  
2003

*Edita:*

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Dirección de Investigación, Extensión y Publicaciones – Comisión de Publicaciones  
Universidad Central de Chile  
Lord Cochrane 417  
Santiago-Chile  
389 51 55

Registro de propiedad intelectual N° 130.676

Eric Eduardo Palma González

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del autor

*Primera edición, 2001*

*Segunda edición, revisada y aumentada, 2003*

*Comisión de Publicaciones:*

Nelly Cornejo Meneses  
José Luis Sotomayor  
Felipe Vicencio Eyzaguirre

*Responsable de esta edición:*

Nelly Cornejo Meneses  
[ncornejo@almagro-norte.ucecentral.cl](mailto:ncornejo@almagro-norte.ucecentral.cl)

*Revisión de textos:*

María Cecilia Tapia

*Diagramación,* Patricio Castillo Romero

Serie: Colección Guías de Clases N° 13

*Impresión:*

Impreso en los sistemas de impresión digital Xerox, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, Lord Cochrane 417, Santiago.

## **PRÓLOGO**

*Con la edición de publicaciones como la que Ud. tiene en sus manos la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile pretende cumplir una de sus funciones más importantes, cual es la de difundir y extender el trabajo docente de sus académicos, al mismo tiempo que entregar a los alumnos la estructura básica de los contenidos de las respectivas asignaturas.*

*En este sentido, fundamentalmente, tres clases de publicaciones permiten cubrir las necesidades de la labor que se espera desarrollar: una, la Colección Guías de Clases, referida a la edición de cuerpos de materias, correspondientes más o menos a la integridad del curso que imparte un determinado catedrático; otra, la Colección Temas, relativa a publicaciones de temas específicos o particulares de una asignatura o especialidad; y, finalmente una última, que dice relación con materiales de estudio, apoyo o separatas, complementarios de los respectivos estudios y recomendados por los señores profesores.*

*Lo anterior, sin perjuicio de otras publicaciones, de distinta naturaleza o finalidad, como monografías, memorias de licenciados, tesis, cuadernos y boletines jurídicos, contenidos de seminarios y, en general, obras de autores y catedráticos que puedan ser editadas con el auspicio de la Facultad.*

*Esta iniciativa sin duda contará con la colaboración de los señores académicos y con su expresa contribución, para hacer posible cada una de las ediciones que digan relación con las materias de los cursos que impartan y los estudios jurídicos. Más aún si la idea que se quiere materializar a futuro es la publicación de textos que, conteniendo los conceptos fundamentales en torno a los cuales desarrollan sus cátedras, puedan ser sistematizados y ordenados en manuales o en otras obras mayores.*

*Las publicaciones de la Facultad no tienen por finalidad la preparación superficial y el aprendizaje de memoria de las materias. Tampoco podrán servir para suplir la docencia directa y la participación activa de los alumnos; más bien debieran contribuir a incentivar esto último.*

*Generalmente ellas no cubrirán la totalidad de los contenidos y, por lo tanto, únicamente constituyen la base para el estudio completo de la asignatura. En consecuencia, debe tenerse presente que su solo conocimiento no obsta al rigor académico que caracteriza a los estudios de la Carrera de Derecho de nuestra Universidad. Del mismo modo, de manera alguna significa petrificar las materias, que deberán siempre desarrollarse conforme a la evolución de los requerimientos que impone el devenir y el acontecer constantes, y siempre de acuerdo al principio universitario de libertad de cátedra que, por cierto, impera plenamente en nuestra Facultad.*

VÍCTOR SERGIO MENA VERGARA

*Decano*

*Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Central de Chile*



## PRESENTACIÓN

La actividad docente orientada a desarrollar capacidad crítica en los estudiantes resulta extremadamente difícil de compatibilizar con la obligación que tiene el profesor de entregar información. Puesto que el programa del curso debe ser enseñado en su totalidad una de las fórmulas para cumplir con esta exigencia, y al mismo tiempo crear en el estudiante las habilidades para aprender por sí mismo, es la elaboración de una guía de clases. Contar con ella permite disminuir las horas dedicadas a la difusión de datos y dedicar más tiempo al análisis y debate de los temas que conforman el programa del curso.

Este texto pretende ser un instrumento para una docencia crítica en el pregrado. Es la obra gruesa de la introducción al curso de Historia del Derecho II (Historia del Derecho Chileno Contemporáneo). Ha sido diseñado por mí y por mi ayudante doña María Francisca Elgueta como *cuaderno docente*. Llamamos *cuaderno docente* a un texto de estudio en el que junto con determinada información, hay un espacio en blanco, en cada una de sus páginas, para que los estudiantes anoten sus propias reflexiones respecto de la temática tratada en él, o apunten los datos nuevos que aparezcan, ya sea en las clases activas, o en las expositivas.

En tanto que *cuaderno docente* es un instrumento pedagógico que facilita una docencia participativa y crítica. No tiene por propósito facilitar la preparación de exámenes a última hora ni sustituye la actividad desarrollada en la sala de clase. No pretendemos con esta obra reemplazar el trabajo en el aula sino enriquecerlo. Las lecturas que se señalen al inicio del curso son en este sentido un complemento indispensable de este texto.

Transcurridos dos años desde que esta modalidad de guía de clase salió a la luz podemos señalar con certeza que la fórmula ha dado resultados. Ello se aprecia no sólo en el uso que los alumnos han hecho del material, y que ha implicado llenar los espacios en blanco de esquemas, resúmenes, notas, sino también en que distinguidos colegas han diseñado textos con un formato similar.

Agradezco a doña María Francisca Elgueta, profesora de Estado en Historia y Geografía, Doctora (c) en Educación, por su valiosa colaboración en la preparación de este nuevo texto.

Santiago, enero de 2003  
E. Eduardo Palma González  
Abogado. Magíster en Historia.  
Doctor en Derecho.



# **HISTORIA DEL DERECHO CHILENO CONTEMPORÁNEO**

INTRODUCCIÓN





## CONTENIDOS

PRÓLOGO	3
PRESENTACIÓN	5
PRIMERA UNIDAD	
1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA	13
SEGUNDA UNIDAD	
1. LA ILUSTRACIÓN	15
1.1 Caracterización del pensamiento ilustrado	18
1.1.1 Aspectos políticos del pensamiento ilustrado	20
1.1.2 Características generales del liberalismo político	25
1.1.3 Aspectos jurídicos de la Ilustración	28
1.1.3.1 El Iusracionalismo y los derechos individuales	28
1.1.3.2 El Estado de Derecho	34
1.1.3.3 La Codificación.	38
1.1.3.4 El Estado Constitucional	46
TERCERA UNIDAD.	
1. LA ACTITUD REVISIONISTA EN ESPAÑA E INDIAS	48
CUARTA UNIDAD	
1. LA CONCRECIÓN POR PARTE DE LA BURGUESÍA DEL PROGRAMA LIBERAL ILUSTRADO: MANIFESTACIONES HISTÓRICAS DEL PROGRAMA POLÍTICO Y SOCIO-ECONÓMICO AMERICANO, FRANCÉS Y ESPAÑOL	51
1.1 El caso inglés y el norteamericano.	51
1.2 El caso francés.	55
1.3 El caso español: La Carta Otorgada de Bayona y la Constitución de la Monarquía Española de 1812	58
1.3.1 El Gobierno de José Napoleón I y la autodenominada Constitución de Bayona	61
1.3.2 La Constitución Española de 1812	74
1.3.3 Estado constitucional estamental y Estado Constitucional liberal católico	92
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA	95



**HISTORIA DEL DERECHO CHILENO  
CONTEMPORÁNEO**



## PRIMERA UNIDAD

### 1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA

He desarrollado este curso de Historia del Derecho Chileno Contemporáneo sujeto a lo que he denominado *concepción polifacética* (Palma, 1997).

Según esta visión historiográfica nuestra disciplina es una especialidad de la historia que se ocupa de estudiar el Derecho tanto derogado como vigente.

Asigno al historiador un rol activo en la creación del conocimiento histórico y creo que debe ocuparse de estudiar el fenómeno jurídico del pasado insertándolo en la sociedad en que se verificó. Propongo analizar al Derecho como expresión de poder e instrumento para la protección de intereses; como producto social, y también, según sea el caso, como instrumento de organización social.

Dada la complejidad del análisis de las relaciones entre lo social y lo jurídico en la investigación polifacética que propongo, esas vinculaciones procuran ser detectadas en el estudio de las diversas facetas que presenta el Derecho, algunas de las cuales aunque están íntimamente relacionadas con el mismo no constituyen fenómenos

normativos, así ocurre, por ejemplo, con la formación de la cultura jurídica (que aparece regularmente como ideología jurídica).

En el estudio de estas facetas aparecen problemas que no pueden ser abordados desde la ciencia del Derecho o desde la disciplina histórica por lo que requieren el concurso de disciplinas vecinas como la sociología, la ciencia política, la ciencia de la educación, la filosofía, etc., colaboración a la que estamos plenamente abiertos.

## SEGUNDA UNIDAD

### 1. LA ILUSTRACIÓN

La filosofía ilustrada característica del siglo XVIII constituye un quiebre respecto del pensamiento escolástico. El escolasticismo fue la forma de pensar predominante en toda Europa durante la Edad Media y principios de la Edad Moderna, sin embargo, continuó teniendo importancia hasta el siglo XVIII, época en que tuvo que convivir con una nueva manera de pensar, la Ilustración.

Parece útil recordar las características más relevantes del pensamiento escolástico para comprender mejor las novedades que trae consigo el ideario ilustrado.

El escolasticismo se nutre de dos grandes vertientes: El pensamiento aristotélico y el pensamiento católico de San Agustín y Santo Tomás. No existe en la escolástica una pugna entre razón y fe, es más, la razón se pone al servicio de la fe.

¿Cuál es el propósito de la actividad racional en el escolasticismo? Existe una dimensión ético-trascendente del pensamiento: obtener la salvación del alma del hombre.

Los escolásticos crean un pensamiento que puede ser calificado como un conjunto de especulaciones o ideas que se refieren principalmente a temas filosóficos, teológicos y jurídicos. El pensamiento escolástico es dialéctico, es decir avanza en la

búsqueda del conocimiento de la voluntad divina fundado en la controversia de ideas: rechaza la experiencia, lo sensorial.

En los siglos XVI y XVII se produjo la crisis del pensamiento escolástico. Dicha crisis se debe, entre otros, a los siguientes factores. I.- La Reforma Religiosa. La estructura monolítica de la iglesia Católica Apostólica y Romana se rompe y con ello la unidad que era esencial para el pensamiento escolástico: Dicha unidad permitía recurrir al argumento de autoridad como garantía de la validez del conocimiento. II.- Las ideas filosóficas de Francisco Bacon (1561-1626) y Renato Descartes (1564-1642). Estos dos pensadores ponen en tela de juicio la lógica aristotélica. Se ha dicho que fue en el campo de la astronomía donde se produjo la crisis del modelo de conocimiento aristotélico-ptolemaico y su sustitución por el paradigma científico platónico-pitagórico, en el que las matemáticas juegan un papel relevante. La matematización de la naturaleza implicó que el modelo aristotélico fundado en los organismos vivos fuera sustituido por un modelo científico fundado en la máquina. Esto produjo una consecuencia muy importante pues la ciencia no va a tener a la vista los fines, elemento característico de la escolástica, sino lo cuantitativo (cantidad, extensión y movimiento).

En el siglo XVII se configurará un pensamiento racionalista que no se construye en pugna con la fe sino con los sentidos. La razón permite al hombre acceder a las ideas innatas a partir de las cuales, usando el método deductivo, se puede acceder a



las demás: La razón por tanto coincide con la realidad. Esto tuvo una implicancia fundamental para el conocimiento: el hombre conoce sólo su propio pensamiento, por lo tanto, la realidad del mundo ya no es algo evidente. La verdad no es la adecuación del pensamiento con la realidad sino que es una propiedad de las ideas, es inmanente al espíritu. El máximo exponente de esta postura es Renato Descartes. Este filósofo recurrió al método matemático y al mecanicismo pero dejó, según enseña Tejedor, fuera de esta explicación al alma humana para la que concibió un mundo independiente.

Una diferencia importante entre Descartes y Aristóteles radica en el papel que le asignan a las matemáticas para conocer la realidad. El filósofo griego no admitía tal posibilidad y, por lo tanto, no aceptaba un método universal único para todas las ciencias.

En el pensamiento cartesiano Dios juega un papel relevante pues su existencia permite garantizar la corrección del pensamiento: las ideas claras y distintas son verdaderas porque Dios dotó al hombre de la facultad de conocerlas. Es más, el mundo se mueve gracias al impulso inicial que Dios le dio.

Este sistema racionalista y metafísico convivió con las ideas de Bacon y Galileo, así como con las ideas de Aristóteles, y sólo fue superado por los planteamientos de Locke y Newton.

Los cuestionamientos de las bases del pensamiento escolástico no tuvieron el mismo impacto en toda Europa. España y Portugal, y a través de estos países la América española y portuguesa, permanecieron al margen de estos acontecimientos. La Inquisición se encargó en España e Indias de impedir la difusión generalizada en el medio social de las nuevas ideas religiosas y filosóficas.

### **1.1 Caracterización del pensamiento ilustrado**

La crítica al escolasticismo en el siglo XVI y primera mitad del XVII allanó el camino y facilitó la aparición de los máximos exponentes del pensamiento ilustrado, John Locke e Isaac Newton. A partir de las ideas de estos autores la vinculación entre fe y razón desaparece. Según el planteamiento ilustrado el ejercicio racional desvinculado de la fe permite obtener el conocimiento.

Locke (1632-1704) es considerado por la historiografía como el padre del empirismo (estudiante de medicina, se ocupó también de cuestiones vinculadas a la física y a la química). En su obra **Ensayo sobre el entendimiento humano** sostuvo que el origen del conocimiento está también en la experiencia: no existen las ideas innatas. Para los empiristas la razón es la única guía del hombre pero es dependiente de la experiencia y está limitada por ésta. Tiene un fin práctico, por lo tanto no se distrae con la metafísica: Hume, citado por César Tejedor, señala a este respecto: "*Si cogemos cualquier volumen de teología o metafísica escolástica...Preguntemos: ¿Contie-*

*ne algún razonamiento abstracto sobre la cantidad y el número?. No... Tírese entonces a las llamas, no puede contener más que sofistería e ilusión”.*

Con John Locke surge la teoría del conocimiento como disciplina independiente.

Newton (1642-1727) planteó un conjunto de reglas para la investigación de la naturaleza y propuso conocerla usando un método inductivo-deductivo (análisis-síntesis). En relación con el recurso a las matemáticas para conocer la realidad afirmó que no todo puede averiguarse a través de ellas: había que atender a la experiencia y a las comprobaciones físicas. Newton recurrió a teorías basadas en experimentos.

Locke y Newton son considerados los padres de la Ilustración, fenómeno que identifica principalmente al siglo XVIII, por lo que el origen de este movimiento cultural se encuentra en Inglaterra. Estos autores inspiraron a los ilustrados franceses (Voltaire, Rousseau, Montesquieu, y otros) que difundieron sus ideas, y las propias, desarrolladas a partir de la nueva concepción de la física y la religión (deísmo); a los ilustrados italianos (entre otros Juan Bautista Vico (1668-1744 ) y a los ilustrados alemanes (v.g. Cristian Wolff , 1679-1754; Manuel Kant , 1724-1804).

La Ilustración en tanto que movimiento epistemológico construye una racionalidad diferente de la cartesiana (razón matemático-geométrica). La razón vinculada a la experiencia sensorial viene a constituir el elemento esencial del conocimiento: ella ordena lo que los sentidos son capaces de captar. La razón en el pensamiento ilustra-

do no se identifica con un conocimiento determinado, con un conjunto de ideas, sino con una fuerza, una potencialidad del hombre para alcanzarlo.

Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento la Ilustración se define como un movimiento eminentemente racionalista (razón empírica y analítica) y esta es su diferencia primordial con el escolasticismo.

En España el despotismo del siglo XVIII no implicó Ilustración. Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento no existe una Ilustración española sino lo que proponemos denominar *actitud revisionista*, actitud que cuestionará a la educación, a la administración, la economía e incluso a la religión popular, pero que seguirá aceptando la lógica aristotélica y la religión como bases del conocimiento auténtico.

### **1.1.1 Aspectos políticos del pensamiento ilustrado**

El pensamiento ilustrado no generó una sino varias concepciones políticas que van desde el liberalismo de John Locke al despotismo ilustrado de Pufendorf. Podemos distinguir en términos generales tres grandes tendencias: 1º. El liberalismo de corte aristocrático. Está representado por Montesquieu y se caracteriza porque no hay en este pensamiento una promoción de la igualdad: por el contrario este pensador continúa dándole poder a la nobleza en la organización del Estado. Es un defensor de los cuerpos intermedios. El papel de los cuerpos intermedios es actuar como contra-

poderes en un régimen monárquico, sistema de gobierno por el que se inclina el autor, y constituyen lo que Bobbio llama una división horizontal del poder.

Este interés de Montesquieu por mantener algunos elementos de la organización del Antiguo Régimen ha llevado a algunos autores (García Pascual, 1997, 34) a sostener que el barón no es un teórico del Estado liberal sino un *autor inmerso en la problemática e ideología del Estado estamental a cuya perduración y defensa van dirigidos algunos relevantes fragmentos de su obra.*

¿En qué medida entonces Montesquieu puede ser calificado como liberal e ilustrado? Lo es sólo en tanto que acepta la existencia de leyes racionales que establecen la existencia de derechos individuales.

En *Del espíritu de las leyes*, nos recuerda García Pascual (1997), su análisis es más bien sociológico que abstracto. Le interesa poner de relieve como la norma natural se expresa históricamente, por lo tanto presentar más que prescribir, de ahí el carácter relativista que presenta su pensamiento: la ley positiva está inspirada por la razón pero en el encuentro de ésta con las condiciones socio-históricas de la comunidad de que se trate.

Aquí se produce un choque entre el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII y sus ideas puesto que para los ilustrados las leyes naturales no se extraen de la naturaleza en un análisis empírico, ello implicaría, como de hecho ocurrió en el barón, abrirse a la posibilidad de considerar racional lo existente. La universalidad, abstrac-

ción y generalidad del planteamiento iusnaturalista lleva a proponer y a aceptar la formulación de un único cuerpo de leyes, instrumento de la razón universal, válido para todos los hombres.

García Pascual cree que Montesquieu no reniega de la razón ilustrada sino que propone una racionalidad específica que le permite rechazar el despotismo y aceptar al mismo tiempo un relativo indeterminismo en el bien político. En esta última idea es que los ilustrados no coinciden con él puesto que implica rechazar la uniformidad y generalidad.

Entre sus ideas centrales tenemos la no concentración de los poderes como una forma de garantizar el respeto por los derechos individuales (división vertical según la explicación de Bobbio) y la descentralización del poder. Es la libertad como manifestación histórica del principio racional de independencia lo que ampara la división de poderes. A la que también sirve la configuración de una monarquía moderada, negación de la absoluta, que se conforma asignando a la nobleza un papel como poder moderador del rey.

La desaparición de las prerrogativas de la nobleza, del clero, de las ciudades, verdaderos poderes intermedios, podría implicar la aparición de un Estado popular o uno despótico, situaciones repudiables según el autor.

Su postura es un intento por conciliar la libertad con la organización estamental, de ahí, que pueda ser calificado como liberal más no como teórico de una forma de Estado liberal.

Van a ser los interpretes del barón, más que él mismo, los que le darán una lectura revolucionaria a sus ideas (Althusser, 1968;. García Pascual, 1997). A sus interpretes de fines del siglo XIX y principios del XX se debe la idea de la separación o división de poderes. En la obra del francés, dice García Pascual, que sigue en este punto a Eisenmann, se sostiene que el poder no debe ser atribuido de modo total a un solo órgano, debe haber por tanto distinción orgánica, pero, seguidamente, coordinación del legislativo y del ejecutivo lo que no se opone a un control recíproco. En todo caso la primacía es reconocida al legislativo, poder controlado por la nobleza.

2°. El utilitarismo político. El representante más importante es Voltaire. Los utilitaristas rechazan la idea de igualdad y proponen como meta de la organización política la búsqueda de la felicidad y el bienestar del mayor número de personas.

El liberalismo aristocrático como el utilitarismo político reflejan el ideario político de la nobleza y la burguesía respectivamente El rechazo de la igualdad pretende fortalecer la posición de ambas clases sociales respecto de los campesinos.

No podemos perder de vista que la burguesía apoyó, en una medida importante, a las Monarquías Absolutas con el propósito de obtener ciertas ventajas económicas. La acumulación de capital no habría sido posible sin el concurso de esta clase con la

Monarquía, participación que benefició a ambos y de la cual constituye un buen ejemplo la conquista de América. Este desenvolvimiento de la burguesía en medio de un sistema político autoritario, contrario a las libertades pero proclive a la acumulación de capital, permite entender perfectamente por qué el Estado Constitucional no necesitó ser intrínsecamente liberal democrático para servir a los intereses de la clase emergente. Disfrutó del proteccionismo, del intervencionismo estatal, del control de la actividad económica, es decir del mercantilismo, mientras le fue útil para sus negocios.

Si la burguesía abrazó los ideales políticos liberales fue porque comprendió que la aristocracia y la Corona no le iban a permitir alcanzar el poder político.

3°. Posiciones utópicas y revolucionarias. El principal exponente de la utopía derivada del pensamiento ilustrado es Jean Jacques Rousseau, que insiste en el principio de la igualdad derivando de éste dos ideas: la de la soberanía popular y la de la ley como expresión de la voluntad general. Rousseau procuró compatibilizar igualdad y libertad individual.

Para algunos es mérito de Rousseau haber dado al pensamiento jurídico de la Ilustración la idea de ley como norma que expresa la voluntad del cuerpo soberano a propósito de un objeto de carácter general y no particular.



### 1.1.2 Características generales del liberalismo político

No obstante estas manifestaciones políticas es posible señalar algunas características generales del liberalismo político. Este ideario se viene gestando desde el siglo XVI y será respaldado por el movimiento ilustrado desde mediados del siglo XVII. Se ha atribuido a Erasmo y a Tomás Moro haber invocado la libertad del hombre como fundamento del régimen político (Burdeau, 1983, pág. 21). La Reforma Religiosa aportará también al desarrollo de la idea de libertad, en tanto que libertad espiritual.

Corresponderá a la burguesía tomar estas ideas y manifestarlas concretamente como un acto por el cual la iniciativa individual conquista el mundo material. Para que esto tuviera lugar debió superar la idea de libertad cristiana y llevar la libertad al mundo político y social, lo cual implicaba que ésta *no sería solamente una prerrogativa de la conciencia, sino el fundamento de la autonomía del individuo respecto de toda autoridad cuya dominación no aceptara. La libertad del cristiano debía ceder lugar a la libertad del hombre* (Burdeau, 1983, pág. 29).

Esta separación se logró por medio de las nuevas ideas sobre el conocimiento. La razón va a interpretar no sólo la naturaleza sino también la condición del hombre y al hacerlo establecerá el papel de la libertad. El uso de la razón es posible dado que el hombre goza de su libertad y lo que aquella logra establecer es la existencia de una

libertad primigenia. Esto implica que el hombre está dotado de libertad aun antes de que surgiera el Estado. A éste sólo le compete reconocerla y garantizarla. Esta tesis, dice Burdeau, constituye la raíz de la filosofía y de la práctica liberal. En la medida que la libertad está vinculada a la naturaleza humana nada debe a la autoridad política, no necesita ser creada pues existe con anterioridad al poder político el que debe limitarse en su favor.

La libertad individual se entiende como una facultad inherente al hombre: la de obrar según su propia determinación sin tener que sufrir otras limitaciones que las necesarias para la libertad de los demás. *El hombre es libre en la medida que sólo se obedece a sí mismo* (Burdeau, 1983, pág. 37).

La autonomía que se deriva de esta concepción, dice el autor en comentario, tiene en los primeros tiempos, siglo XVIII, la peculiaridad de ser predicada respecto de un hombre moral, razonable, respetuoso de los imperativos de la conciencia. Hay reglas que *la razón concibe como inseparables de la libertad: el no perjudicar a las libertades ajenas, el no dañar a la sociedad, no son en primer lugar preceptos jurídicos impuestos por los poderes públicos, sino normas inseparables de la idea que un hombre razonable y justo se forma de una libertad viable. No hay antinomia, entonces, entre la libertad individual y las exigencias del orden social* (Burdeau, 1983, pág. 40). La regulación que la ley hace de la libertad sólo viene a verificar los límites que se aceptan respecto de la libertad primigenia.

Esta libertad se predica de un individuo que es considerado de modo abstracto, *encarnación parcial de una común naturaleza humana* (Burdeau, 1983, pág. 75). El valor absoluto de los individuos explica su igualdad, la que no es entendida históricamente sino referida a lo esencial del hombre.

El papel de la libertad en el estado de naturaleza permite entender porque para el liberalismo el Estado está subordinado a la sociedad, a la que se concibe como autónoma. Ella es el resultado de las voluntades individuales, una yuxtaposición de individuos. La sociedad no se estructura a partir de lazos de solidaridad o de grupos intermedios sino por individuos autónomos. Esto significa que no hay fines sociales que sean independientes a los intereses de los individuos: el poder social existe para asegurar los derechos individuales.

Esto no quiere decir que no existan los intereses generales. Ellos están vinculados al bien de la nación considerada como unidad indivisible. *El bien del cual el individuo participa en cuanto miembro de la nación es el interés general* (Burdeau, 1983, pág. 88). Su determinación corresponde al Parlamento por medio de la ley.

Tratándose de los problemas particulares *de cada grupo social, la ley les proporciona un marco global en cuyo interior los individuos conscientes del interés general y utilizando las libertades de que gozan no fallarán en armonizar sus relaciones para el mejor provecho de todos* (Burdeau, 1983, pág. 88).

En esta tarea asignan los liberales un papel relevante a la escuela a la que se encarga desarrollar las cualidades morales e intelectuales que permitan a los individuos armonizar sus intereses. Esta armonía implica para el individuo la aceptación de deberes cívicos emanados de la circunstancia de vivir en sociedad, deberes que la persona experimenta como fruto de sus propias decisiones.

### **1.1.3 Aspectos jurídicos de la Ilustración**

Esta manera racional analítica de entender el mundo se tradujo también en una propuesta jurídica: la Ilustración fue respaldada por la burguesía liberal y a ésta le interesó traducir su programa en un conjunto de reglas de conducta que caracterizaran a la sociedad.

#### **1.1.3.1 El Iusracionalismo y los derechos individuales**

El pensamiento Ilustrado continuó desarrollando en el siglo XVIII las ideas de la Escuela Clásica del Derecho Natural. El pensamiento central de esta Escuela sostiene que existe un Derecho fundado en la razón humana que tiene un carácter eterno, inmutable y universal. Este Derecho es reconocido a través de la actividad racional, no es como el Derecho natural católico que encuentra sus fundamentos en la interpretación de textos revelados. Los iusnaturalistas actúan frente a la realidad jurídica igual

que los estudiosos de las ciencias naturales, es decir, de modo analítico-sintético. Descomponen el objeto, analizan sus elementos constitutivos, sintetizan en una unidad que se explica sólo por las relaciones entre dichos elementos y la presentan como un axioma.

La Escuela Clásica reúne a un conjunto de pensadores con posiciones muy diferentes agrupados bajo la denominación de contractualistas. Hobbes defiende al absolutismo (la legitimidad del poder despótico, como aclara Bobbio, descansa en el consenso de quien se somete) y Locke defiende el régimen constitucional. ¿Cómo a pesar de estas diferencias conforman una Escuela? Ello acontece porque recurren al mismo modelo teórico de análisis. Los autores de la Escuela Clásica del Derecho Natural trabajan con el modelo dicotómico del estado de naturaleza y estado civil. Según su pensamiento el hombre pasó de un estado a otro y no puede estar en los dos estados al mismo tiempo. Las diferencias entre los autores se refieren a la caracterización del estado de naturaleza y del estado civil.

John Locke, explica Sabine, formuló una teoría de la sociedad en términos de intereses individuales, igual como lo hizo Hobbes, por lo tanto los postulados de ambos estaban basados en el reconocimiento de una actitud egoísta en el ser humano. Sin embargo, esta semejanza de partida no implicó una caracterización común del poder político: al poder absoluto ideado por Hobbes opuso Locke el poder constitucional.

El pensador ilustrado planteó que el derecho de propiedad surge por el trabajo del hombre sobre la naturaleza. Al dirigir su energía sobre los objetos los convierte en parte de sí. De esto se deriva que el derecho de propiedad, así como los demás derechos del individuo, existe aún antes de la celebración del pacto social. La sociedad y el gobierno deben, por lo tanto, proteger tales derechos y su regulación sólo puede tener por objeto su mejor protección. Como dice Sabine, Locke no concibe un Derecho que persigue o se orienta al bien común de la sociedad sino un Derecho que se conforma como *un cuerpo de derechos individuales innatos, inviolables, que limitan la competencia de la comunidad y son obstáculos que impiden la interferencia en la libertad y propiedad de las personas privadas*. Supone Locke como buen liberal, que la protección de los derechos individuales provoca el mismo efecto que la protección del bien común.

Explica García de Enterría que la idea de derecho subjetivo que se desarrolló por la Segunda Escolástica (los teólogos-juristas españoles del siglo XVI) y que influyó significativamente en la Escuela del Derecho Natural del siglo XVII (Grocio), va a ser recogida por la Ilustración, particularmente en Francia, como un elemento clave para la construcción de un nuevo sistema político. Atribuye a Locke un papel significativo en la transformación del discurso político en práctica política: desde la libertad originaria es posible llegar a un régimen de libertad institucionalizada a través del contrato social. Se abre de este modo, dice García de Enterría, una nueva

etapa del pensamiento político y jurídico. La libertad deja de ser una franquicia o un límite frente al poder y pasa a ser el objeto del poder, es decir, el poder político se justifica en la medida que sirve a la libertad. Su legitimidad descansa en la protección de la libertad individual.

Burdeau por su parte sostiene (1983, pág. 31) que *la tesis del derecho individual fue formulada por Locke en 1690 en su texto **Essay on Civil Government**. Concibe al hombre del estado de naturaleza como independiente y sujeto al Derecho natural solamente por su responsabilidad moral. El contrato que celebran los hombres para fundar la autoridad pública sólo implica la abdicación a favor del poder de la porción de su independencia original incompatible con la existencia de un orden social. Y lo que conservan de su libertad natural constituye los derechos humanos. Tales derechos, restos de la libertad nativa, nada deben al Estado, ni en su origen ni en su consistencia. Anteriores al Estado son oponibles a él. El papel del Estado es en primer lugar respetarlos, y en segundo lugar garantizarlos* (Burdeau, 1983, pág. 32).

Las características que presentan los derechos individuales se entienden a partir de la concepción de hombre que se maneja: *la de un individuo que es al mismo tiempo fuente de sus derechos y fin de todas las instituciones políticas y sociales. Su libertad combina tres principios... complementarios: la autonomía individual, la propiedad, la seguridad* (Burdeau, 1983, pág. 38).

La seguridad fue entendida como *la protección contra las trabas al ejercicio de los derechos individuales que no estén legitimadas por las exigencias de la vida social...-inicialmente- el único peligro contra el cual se propone defender la libertad es el que proviene del uso abusivo de la autoridad política...No hay más que una opresión temible, la que procede de los poseedores del poder político* (Burdeau, 1983, pág. 51). Dicha protección vista desde una perspectiva colectiva se vincula a las ideas de constitución, división de poderes y al imperio de la ley; vista de modo individual remite al *habeas corpus*

La Declaración de Derechos de 1789 señala a este respecto en su artículo 7° que ningún hombre puede ser acusado, detenido ni mantenido preso sino en los casos determinados por la ley. El artículo 8° dispuso que quienes solicitan, imparten, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados y; el 9° estableció el principio de inocencia. De estas normas se deriva que si se juzga indispensable detener a un individuo, todo rigor que no fuere necesario para apoderarse de su persona, debe ser severamente reprimido por la ley.

En relación con el derecho de propiedad Burdeau sostiene su radical importancia para el liberalismo político. El liberalismo económico lo impuso como garantía para la propiedad (1983, pág. 64). Ésta fue concebida como derecho natural y además como derecho absoluto. La libertad de apropiación debe ser ilimitada pues la propiedad hace la felicidad del hombre.



Es más, la propiedad se elevó como medida de la libertad: sin propiedad no hay libertad.

No resulta extraño por lo tanto que este derecho tuviera en 1789, en 1793 y en los textos constitucionales franceses posteriores consagración en pie de igualdad con la libertad. Su protección ante el poder público se hizo consagrando la indemnización justa y previa ante privación del dominio por necesidad pública calificada por la ley.

Respecto de la autonomía individual y su relación con el Estado Burdeau nos precisa que en el siglo XVIII no se concibe al individuo como rival del Estado, esto sólo tuvo lugar a partir de la segunda generación de liberales, y como consecuencia del temor ante la posibilidad de que campesinos o proletarios asaltaran al Estado para usarlo en contra de la burguesía. Los primeros liberales combaten el absolutismo y la arbitrariedad y por ello conciben un Estado compatible con los derechos individuales. El Estado está legitimado para hacer que el individuo se comporte como un ser razonable en tanto que agente de un orden social determinado por las leyes naturales.

Los liberales no aceptan que el *Estado pueda comportarse como poder autónomo, que pueda tener una voluntad y una finalidad que le sean propias* (Burdeau, 1983, pág. 43).

Íntimamente vinculada a esta cuestión esta la de la felicidad. La misma es el fin de toda organización política. El Estado deberá procurarla, según lo entendieron los norteamericanos, respetando y protegiendo la libertad individual para permitir de ese

modo a los individuos que la alcancen por sí mismos. Los franceses, en cambio, permitieron una cierta intervención del Estado con actuaciones positivas que ayudaran al desarrollo de la libertad. No se trata de que éste la proporcione sino de ayudar al hombre para que la encuentre con sus propios medios. En todo caso, dice Burdeau, la felicidad tiene en el pensamiento liberal una dimensión más espiritual que material.

### 1.1.3.2 El Estado de Derecho

La segunda formulación jurídica es netamente una idea ilustrada, la del Estado de Derecho (*rechtsstaat*). La expresión Estado de Derecho surge en Alemania: el año 1809 la formula por primera vez Adam Müller en su obra **Elementos del arte del Estado**. En el año 1813 la emplea también otro autor alemán Carl Th. Welcker en su trabajo **Los fundamentos últimos del Derecho, del Estado y de la Pena**. Sin embargo la generalidad de la doctrina del Derecho Político contemporáneo atribuye de modo equivocado a Robert von Mohl la creación de la expresión Estado de Derecho.

El mérito de Robert von Mohl radica en que su obra **La ciencia policial según los principios del Estado de Derecho (Die Polizeiwissenschaft nach den Grandsätzen des Rechtsstaates)**, publicada entre los años de 1832-1833, introduce plenamente la expresión en el mundo conceptual jurídico público del momento.

Joaquín Abellán analizando el pensamiento de von Mohl enseña que para el autor alemán existen tipos de Estado que corresponden a modos de entender la vida humana: si en una época dada se tiene una visión del hombre como criatura de Dios el Estado se concebirá como teocrático, por el contrario, si se concibe al ser humano como criatura racional sensible, la idea de Estado será también racional sensible. La organización racional sensible del Estado es el Estado de Derecho.

Al individuo racional sensible se le concibe con la capacidad de ser libre. Sin embargo a la facultad se le añade el deber de ser libre. Para que el individuo pueda desarrollar esta libertad y aprovechar al máximo sus capacidades la comunidad tiene que darse una organización que favorezca alcanzar este objetivo, dicha organización es el Estado de Derecho, que debe garantizar y promover el desarrollo de la libertad individual.

El Estado en la fórmula Estado de Derecho de Robert von Mohl realiza una actuación negativa de alejamiento, impedimento, prohibición y despeje de los elementos que puedan perjudicar a los ciudadanos en el ejercicio de su libertad; y también una actuación positiva de apoyo, cuidado y ayuda. Con este planteamiento se busca hacer compatible el Estado de Policía, es decir la Administración, la Policía, que en el siglo XVIII viene caracterizada por su intervención en la vida social a través de la promoción de reformas, con la libertad del individuo. La policía del Estado de Dere-

cho, organizada bajo el régimen monárquico según el ideario de von Mohl, no es despótica sino que está subordinada a la libertad, la razón y el Derecho.

Siguiendo a Joaquín Abellán, podemos señalar que el pensamiento de Robert von Mohl acerca de un Estado de Derecho activo no será dominante en el pensamiento liberal del siglo XIX en Alemania. Serán las ideas de von Stahl, Robert von Gneist y Otto Bähr las que se impongan y en virtud a ellas el Estado de Derecho es un Estado únicamente caracterizado por su actuación negativa: la fórmula clásica de Estado de Derecho Liberal implica una sujeción del Estado a la ley para proteger los derechos individuales.

En todo caso el concepto *rechtsstaat*, sea que se trate de la visión de von Mohl o de von Stahl, permite afirmar que un Estado en que la Administración no obra sujeta al Derecho y en que no está garantizado racionalmente el desarrollo de la libertad individual no es Estado de Derecho.

Carece de sentido, por lo tanto, tratar de entender las formas de Estado anteriores a la época de formulación del concepto intentando enmarcarlas dentro del mismo: no puede haber una construcción *avant la lettre* si los Estados anteriores se organizaron de modo teocrático. El Estado de Derecho gira en torno del individuo y de sus capacidades en tanto que sujeto individual: ampara derechos subjetivos (facultad de un individuo frente a otro que el Derecho ampara con la coerción ante su violación por un tercero). En cambio el Estado absolutista no se organiza para la protección de

derechos individuales. Este Estado no tiene frente a sí a individuos aislados sino a agrupaciones, a colectivos (nobleza, clero, municipios, monasterios, gremios, grupos étnicos, etc.) a los que reconoce ciertas franquicias o privilegios: *iura, libertates, privilegia, iurisdictiones, potestates*, según la explicación propuesta por Clavero.

Los derechos que reconoce el Estado de Derecho son vistos como emanaciones del sujeto que los detenta y prescinden de toda justificación social o histórica: no se trata de una herencia sino de una emanación del individuo.

En la historia de la humanidad el poder público se ha organizado normalmente recurriendo a una normativa de tipo jurídico. En este sentido puede afirmarse que incluso antes del inicio de la era cristiana ha habido un poder legal. Se constata asimismo que todo poder necesita amparar los intereses de ciertos grupos, personas, fuerzas de la naturaleza, para poder estabilizarse y proyectarse en el tiempo. Incluso las dictaduras deben admitir la protección jurídica de intereses de los sectores que las respaldan. Sin embargo, por el sólo hecho de la existencia de esta legalidad y del amparo de estos intereses no se puede afirmar que se esté en presencia de un Estado de Derecho.

### 1.1.3.3 La Codificación

Otra manifestación jurídica de la Ilustración es la idea de código. Los filósofos ilustrados estaban convencidos, dice Tomás y Valiente, que los principios naturales descubiertos por la razón debían positivarse, es decir, ser promulgados como leyes positivas.

Facilita la comprensión de la codificación tener presente que ha habido en la historia del derecho intentos de establecer con claridad cuál es el Derecho vigente fijando ese Derecho en un cuerpo jurídico. Esta fijación ha dado lugar a la recopilación y a la codificación como formas diferentes de fijación.

La recopilación es la manera más antigua y por lo mismo más tradicional de intentar establecer el Derecho vigente reuniéndolo en un solo cuerpo jurídico. Se trata de una fijación, escrituración, en un mismo texto de un conjunto de textos legislativos que conservan su unidad y que corresponden a distintas épocas. Además en este texto se regulan diversas materias. La recopilación no constituye una ley en sí misma. No es un cuerpo sistemático.

La recopilación entre los siglos XV y XVIII (1805 tratándose del caso español) expresa fundamentalmente los intereses de la sociedad estamental, por lo tanto, no garantiza unidad ni uniformidad jurídica y menos todavía los derechos individuales: en los textos legislativos que componen la recopilación hay reconocimientos de privi-

legios, facultades que se vinculan a los estamentos, pero no de derechos subjetivos. La recopilación contenía legislación de épocas diferentes, a veces contradictoria entre sí, que recurría al método casuístico lo que facilitó el surgimiento de controversias entre los juristas acerca del Derecho aplicable al caso concreto. Estas controversias y la inestabilidad de la jurisprudencia de los tribunales crearon una situación de inseguridad jurídica, según la opinión de ciertos sectores que requerían de dicha seguridad para operar en sus negocios. A ojos del movimiento liberal burgués el texto recopilador devino en una obra legislativa que atentaba en contra de sus intereses. Respaldaron entonces la sustitución de la recopilación por el código, nuevo cuerpo fijador del derecho en el que está garantizada la libertad política, económica, personal, y la seguridad individual. Preocupaba particularmente a la burguesía la pluralidad de ordenamientos jurídicos que se manifestaban dentro de un mismo Estado (derecho nobiliario, eclesiástico, local, consuetudinario, real). Se entendió que el código resolvería estos particularismos jurídicos y generaría unificación. La disputa Thibaut-Savigny constituye una manifestación significativa de esta pretensión de los partidarios de la codificación.

La búsqueda de una legislación uniforme y unitaria, que implica la superación de la casuística, se realiza por la burguesía para terminar con los estamentos privilegiados del clero y la nobleza.

Tres son los factores que llevan, según Helmut Coing, (*La prehistoria de la codificación: la discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII*) a la formación de los códigos: 1. La crítica humanista al Derecho Romano que Coing ejemplifica con la posición de Hotman (*Aniútriboniano*, 1567) respecto de la labor de Justiniano y Triboniano que recurrieron más a los juristas provinciales (Ulpiano era sirio) que a los juristas clásicos romanos como Catón. El Corpus Iuris Civilis es una obra jurídica no sistemática, oscura y contradictoria desde el punto de vista del Derecho y saturada de respuestas y controversias dado su carácter casuístico.

Esta crítica se va a agudizar a partir del siglo XVIII con el racionalismo. El jurista Domat superó el casuismo del Corpus Iuris y presentó el Derecho contenido en la recopilación de un modo sistemático. La misma problemática fue abordada por Leibniz.

Se criticó la recepción del Derecho Romano en Europa pues había contribuido a aumentar la pluralidad de ordenamientos jurídicos en la medida que sólo se le validó como un Derecho subsidiario. Además, el Derecho Común no garantizó un Derecho uniforme dada la ineficacia de la fórmula *communis opinio doctorum*: la abundancia de controversias creó una inseguridad jurídica, cuestión que planteó en su tiempo Hotman.



También se llamó la atención sobre la falta de adecuación histórica del Derecho Romano a la época moderna dada las diferencias en el terreno cultural: se pone énfasis en este Derecho más como fenómeno histórico que como expresión racional.

El humanismo jurídico criticó el lenguaje empleado en los textos legales: la vulgarización del latín, es decir, una lengua deteriorada debido a su expansión por las diversas provincias del Imperio. Latín que tiene además por defecto el hecho de alejar al pueblo de la legislación en la medida que desconoce esta lengua. Por otra parte no existía un texto auténtico del Corpus que sirviera de base para una práctica jurídica segura. Estas críticas implicaron el planteamiento de soluciones técnicas por vía legislativa llamadas a superar la inseguridad jurídica: leyes claras, escritas en lenguaje nacional, no casuísticas sino elaboradas sistemáticamente.

2. La Crítica al orden social. El autor alemán señala que el iusnaturalismo racionalista, especialmente en las ideas de John Locke, opuestas al despotismo ilustrado sostenido por Pufendorf y Tomasio, va a demandar un derecho caracterizado por mandatos jurídicos protectores de la libertad personal, de la seguridad individual, de la igualdad y de la propiedad.

La idea de Locke es que todos estos derechos deben ser conservados una vez que se suscribe el contrato social, para que ello sea una realidad, estos derechos deben estar protegidos por las leyes positivas: el Derecho Natural deviene en leyes positivas.

La ley es la expresión de la voluntad de los individuos quienes procuran por medio de éstas proteger la libertad individual, la propiedad y la igualdad. La opción por esta fuente formal del derecho implicaba un rechazo al resto de las fuentes formales.

Para que la ley sirviera efectivamente a los mismos fines que el contrato social Locke sostuvo que debía cumplir con determinadas características. **A.** Ser igual para todos. Este principio implica que se pone término a la sociedad de los privilegios, los derechos naturales pertenecen a todos los hombres. **B.** La ley debe ser permanente, estable, duradera. Sólo así se garantiza la vigencia efectiva de los derechos. La inestabilidad que se deriva de la modificación de la norma daña la libertad. **C.** Las leyes deben darse a conocer a toda la población para que ésta sepa cómo se protegen sus derechos y cómo debe actuar en sociedad. **D.** Debe ser creada por el Parlamento, órgano representativo de los intereses individuales. **E.** La ley debe ser aplicada por jueces independientes.

3. El relativismo histórico de Montesquieu. Este autor al introducir la historia, la geografía, lo social y económico como condicionantes del fenómeno jurídico incorpora en la codificación el elemento socio-histórico que se procurará hacer compatible con el racionalismo que inspira la teoría de los derechos individuales. La admiración que le produjo a Montesquieu la concreción de ciertas ideas iusnaturalistas en Inglaterra no impidió que el autor francés vinculara la legislación con el medio social.

Como explica Bobbio para el barón el hombre no siempre observa las leyes naturales por lo que necesita darse leyes positivas que son las impuestas por la autoridad que tiene a su cargo mantener la cohesión del grupo. La ley natural es común a todos los hombres, gobierna el mundo humano, las leyes positivas por el contrario se adaptan a las diversas formas que adoptan las sociedades humanas: *La ley, en general, es la razón humana en cuanto se aplica al gobierno de todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana.*

Siguiendo al mismo Bobbio podemos señalar como ejemplo de una ley natural el principio de que las promesas deben de cumplirse y de ley positiva el conjunto de reglas que en una sociedad determinada regulan las promesas.

Estos tres factores se van a combinar y caracterizarán a los códigos de los siglos XIX y XX: el código es *una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada* (Francisco Tomás y Valiente).

Características del código desde el punto de vista técnico-legislativo 1. El código debe ser una ley en sí mismo. Esto quiere decir que sus mandatos emanan todos de un mismo acto legislativo. 2. Constituye una unidad jurídica que se presenta de modo sistemático. Como señala Tomás y Valiente se estructura a partir de grandes divisio-

nes lógicas y temáticas que originan libros, secciones, capítulos y artículos. 3. Las normas jurídicas que contiene conforman un ordenamiento jurídico completo y duradero. Pretende resolver todos los problemas posibles mediante principios por lo que no resuelve cuestiones particulares. La determinación de los principios da paso por vía deductiva a fijar todas las normas que se deriven de éstos. 4. El lenguaje de las normas jurídicas debe ser claro, simple, unívoco y nacional. 5. La formulación de la norma jurídica abandona el método casuístico. La norma jurídica debe extenderse siguiendo la lógica matemática: la ley es una regulación general, un axioma que permita resolver cada caso particular que se presente.

El código renuncia a lo casuístico como técnica para la presentación del Derecho vigente, y al hacerlo, la norma jurídica se presenta como una norma de carácter general, susceptible de ser aplicada a todos y cada uno de los casos que se presentan. El mandato general de la norma debe permitir derivar, deducir una regla para cada caso particular.

Estas características formales de la legislación implicaban prescindir de la interpretación del juez y de la doctrina por lo que se pensó que se acabaría con las controversias, principales responsables de la existencia de inseguridad jurídica.

Desde el punto de vista de los contenidos normativos, es decir de los mandatos jurídicos, la codificación se nos presenta con las siguientes características: 1.- La normativa que contienen los códigos persigue proteger, principalmente, los intereses

de la burguesía. 2.- Los códigos vinieron a garantizar las libertades individuales y la seguridad jurídica. Así en materia criminal y procesal penal debían manifestar un espíritu humanitario, es decir, castigar racional y moderadamente. 3.- El lenguaje sencillo y nacional debía servir a la instrucción de los ciudadanos que así conocían cómo la ley servía a la protección de la libertad. 4. El código era también aplicable a los gobernantes.

Además está prohibido al titular del poder dictar normas particulares sobre cuestiones ya reguladas en el código y a los jueces interpretar las leyes. El juez sólo debe aplicar la ley por lo que en su fallo debe invocar la que le autoriza a fallar en el sentido que lo hizo, para lo cual debe atender al tenor literal de la misma.

Dice Coing que la codificación en la medida que sirve a la protección de la libertad, la igualdad, la propiedad, realiza el Estado de Derecho. Esta sería, en síntesis, su principal característica desde el punto de vista del contenido normativo.

Los primeros códigos fueron las constituciones políticas, el código civil, penal, procesal penal, procesal civil, y el código de comercio.

#### 1.1.3.4 El Estado Constitucional

El Estado Constitucional, es decir, aquel en el cual impera una constitución constituye una superación del Estado Absolutista, de la Monarquía Absoluta, característico del Antiguo Régimen.

La constitución fue establecida por los liberales no como un mero instrumento para la organización del poder político sino como el medio que da seguridad a los derechos individuales. Burdeau nos recuerda que en 1789 se sostenía que *<<toda unión social, y por consiguiente toda constitución política, no puede tener más objeto que manifestar, extender y garantizar los derechos del hombre y del ciudadano>>* (Burdeau, 1983, pág. 51). La constitución debía garantizar la libertad, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos.

Se estableció en la Constitución a la división de poderes como un medio para limitar al poder público. La división no persigue organizar el poder sino garantizar las libertades.

Respecto del imperio de la ley hay que considerar que fueron los franceses los que dieron mayor relevancia a este principio. El mismo se configuró a partir de dos ideas: la ilustrada, que entendía a la ley como expresión de la razón; y la revolucionaria francesa que la concebía como expresión de la voluntad del pueblo. Dice Burdeau *Razón y voluntad del pueblo constituyen una fuente única de la ley, pues con el nom-*

*bre de voluntad general, las exigencias populares no hacen más que manifestar los imperativos de la razón...De modo que la ley puede ser definida como la razón humana manifestada por la voluntad general, en la cual se encarna, y expresada por los representantes del pueblo (1983, pág. 57, 58).*

*Las leyes políticas y civiles, dirán Rousseau, Montesquieu y Condorcet son expresión de la razón en el caso particular. Por lo tanto las leyes deben ser generales, permanentes, abstractas.*

Podemos señalar, siguiendo a Verdugo, como características del Constitucionalismo Clásico las siguientes. 1. Supremacía de la constitución. El cuerpo jurídico constitución, establece una jerarquía tanto de fines como de valores que guían, determinan la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico. 2. La rigidez constitucional. Esto quiere decir que las normas de la constitución no pueden ser modificadas, alteradas con la misma facilidad con que se modifica o deroga una ley común. 3. La escrituración del texto constitucional. Las normas constitucionales deben constar en un cuerpo jurídico unitario. 4. La división de poderes. Las normas constitucionales deben organizar los poderes estatales como poderes independientes. 5. Establecimiento de un Poder Constituyente. Se reconoce que la facultad de dar una constitución sólo puede estar radicada en la nación, la nación es titular del poder constituyente. 6. Reconocimiento de los derechos individuales. El texto contiene la declaración de los derechos individuales.

## **TERCERA UNIDAD**

### **1. LA ACTITUD REVISIONISTA EN ESPAÑA E INDIAS**

Las ideas esenciales que definen al pensamiento ilustrado; su planteamiento epistemológico; el ateísmo y el deísmo; el progreso permanente, el cosmopolitismo; el laicismo, son difícilmente compatibles con el pensamiento oficial español del siglo XVIII. Compartimos con el filósofo español Eduardo Subirats la idea de que no hubo Ilustración en la península Ibérica y creemos que lo mismo puede predicarse del caso americano.

La tesis según la cual hubo Ilustración en España y Portugal, a la que se llama Católica y Nacional, sostenida en Chile entre otros autores por Mario Góngora y Bernardino Bravo Lira, nos parece incorrecta. Sostienen estos historiadores que se desarrolló en España el sentido crítico propio de la Ilustración y que se contó no sólo con la razón sino también con la revelación para la actividad del conocimiento: estiman que a este fenómeno cabe llamarlo Ilustración Católica Nacional.

La explicación es equivocada a mi juicio porque lo característico, lo que define a la Ilustración no es la crítica: el espíritu crítico se viene desarrollando en Europa desde el siglo XVI. La característica esencial de la Ilustración es que en el análisis de la naturaleza, de la sociedad, del hombre, emplea un nuevo utillaje. Este análisis



generó una crítica a la realidad social, política y económica, pero la novedad no está en la actitud crítica sino en las bases epistemológicas desde la cual se plantea. El pensamiento ilustrado funda su actitud crítica en la razón (unida a la experiencia) en cambio el pensamiento revisionista español e indiano basa su actitud revisionista en la razón y la fe. La crítica que es propia de los ilustrados está referida a la razón misma y como una manera de distinguirse de los planteamientos de Renato Descartes: no aceptan dogmáticamente el poder ilimitado de la razón sino que admiten que la crítica a la razón muestra sus límites en la experiencia.

Cabe agregar que las reformas hispanas no están orientadas por la idea de progreso manejada por la ilustración. La libertad juega también en esta cuestión un papel central dado que el progreso se entiende como un efecto de la emancipación espiritual. Dice Burdeau que el contenido moral de la idea de progreso está dado por el hecho de sostener que la libertad aumenta el valor individual y por ende se mejora el rendimiento social.

A mayor abundamiento podemos señalar que el catolicismo ibérico constituye una contradicción con la dura crítica que el racionalismo hizo a la fe y que significó, en último término, la aparición de una nueva moral social, autónoma de la religión. Aún admitiendo la fe como fenómeno individual, y que una persona pueda subordinar su conciencia a la religión, según el ideario ilustrado a la Iglesia sólo le corresponde la salvación del alma pero no la construcción de la sociedad.

El racionalismo permitió que los liberales concibieran una ética individual. *Porque el hombre es un ente provisto de razón , se puede tener confianza en su libertad. Porque es un ente racional, ninguna autoridad puede serle impuesta sin haber sido sometida a su examen. Y porque es un ente dotado de razón, le atañe asimismo la consciente determinación de su conducta social...El hombre es libre porque es digno de serlo. Tal es la enseñanza fundamental. La moral social no queda excluida, pero es una moral que no se impone desde fuera. En sí mismo es donde descubre el individuo los preceptos morales y a su inteligencia le incumbe la responsabilidad de cuidar de su aplicación en la vida de la ciudad* (Burdeau, 1983, pág. 95).

Calificar por otro lado a la Ilustración de nacional constituye una contradicción evidente con el ideario ilustrado que a lo patrio opone el cosmopolitismo.

Proponemos entonces hablar de una actitud reformista o más precisamente, de una *actitud revisionista*. Lo que hacen españoles y americanos es rever su realidad cultural y económica, es decir; volver a ver o examinar con cuidado su entorno. Lo relevante es que esta revisión se hace desde puntos de vista escolásticos, con lo cual el escolasticismo se nos presenta como un pensamiento que admite el cuestionamiento de las prácticas a las que conduce, de lo cual ya había dado prueba en el siglo XVI con los iusnaturalistas católicos.

En España durante el siglo XVIII la razón no se encuentra liberada de toda tutela exterior, la religión aún la observa y controla: la razón no se ha secularizado

## **CUARTA UNIDAD**

### **1. LA CONCRECIÓN POR PARTE DE LA BURGUESÍA DEL PROGRAMA LIBERAL ILUSTRADO: MANIFESTACIONES HISTÓRICAS DEL PROGRAMA POLÍTICO Y SOCIO-ECONÓMICO AMERICANO, FRANCÉS Y ESPAÑOL**

El ideario político, cultural, jurídico que compartió e inspiró el movimiento ilustrado tuvo su primera praxis socio-política con la independencia de los Estados Unidos (1776) y la Revolución Francesa (1789).

#### **1.1 El caso inglés y el norteamericano**

Se ha dicho que los ingleses luego del Bill of Rights de 1689, así como del Act of Settlement de 1701, vivían en un régimen de libertad. De hecho a los franceses, como Montesquieu y Voltaire, les interesaba particularmente las libertades de que gozaba la aristocracia inglesa.

Cabe recordar que desde 1679 estaba vigente la *Habeas Corpus Act* . Esta ley protege la seguridad individual al disponer que transcurridas 24 horas desde la deten-

ción de un inglés debe notificársele el delito que se le imputa; que toda persona tiene derecho a la libertad bajo fianza salvo que se le impute un crimen gravísimo; que tras veinte días de detención debe ser llevado ante un jurado para que éste establezca los hechos y juzgue si los cargos presentados tiene suficiente entidad para continuar con el procedimiento. La ley dispuso asimismo que la violación por un policía, juez o carcelero del *Habeas Corpus* le obligaba a indemnizar al particular afectado.

Esta libertad era, según la visión de Burdeau y de Habermas, una libertad vivida y no sólo declarada. El rey se encuentra sometido al derecho común de Inglaterra. *El individualismo que legitima se ve apoyado en la vida real por un conjunto considerable de reglas precedentes, y prohibiciones que le confieren una eficacia actual...En la promoción del liberalismo, esta interpretación inglesa de la libertad fue un factor de suma importancia...daba la imagen de un pueblo libre que sin embargo no gobernaba. El liberalismo inglés precedió con gran anticipación a la democracia de modo que cuando ésta se impuso debió tener en cuenta una libertad que en la vida diaria le era anterior y que marcaba límites infranqueables al poder, aun cuando éste fuera expresión de la voluntad popular* (Burdeau, pág. 35).

A la formación de la idea de derechos individuales entre los norteamericanos van a contribuir las mismas fuentes doctrinales que en Francia y además, dice Burdeau, el puritanismo y la propia experiencia colonizadora. *El racionalismo, por ende, es sólo un factor moderno en el liberalismo norteamericano. El hombre debe la liber-*

*tad que hay en sí, no tanto a su condición abstracta de ser razonable, cuanto a la convicción de que atañe a cada individuo forjarse a sí mismo su propio destino. La libertad es el corolario de las responsabilidades asumidas. Vuelve a aparecer aquí la idea puritana del valor eminente del esfuerzo individual* (1983, pág. 35). Por otra parte los colonos nada debían al Estado y todo a su trabajo e ingenio.

Los americanos justificaron su separación de la Metrópolis a partir de la violación por el Gobierno de Inglaterra de los derechos individuales de libertad y propiedad. Procedieron a darse constituciones (la primera fue la de Virginia -1776- y sirvió de modelo a las demás incluso a la federal) y a establecer una Confederación -1777- a la que se dotó de una Constitución en el año de 1787. Dicha Constitución resolvió la organización de los tres poderes pero sólo el 15 de diciembre de 1791 incorporó a su texto una declaración de derechos individuales.

A modo de ejemplo de los derechos introducidos en 1791 (y cuya incorporación se debatió desde el año 1789) podemos señalar que se dispuso que el Congreso no podía dictar leyes para establecer una religión como única ni para prohibir el libre ejercicio de cualquiera; tampoco leyes que coartaran la libertad de palabra y de prensa; ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente. Se estableció que nadie podía ser privado de su propiedad para destinarla a un uso público sin que recibiera la indemnización pertinente. Se reguló el proceso penal de tal forma que se garantizó la protección de la libertad personal y la seguridad individual. Se estableció en la en-

mienda número nueve que la enumeración de derechos en la Constitución no implicaba denegación o menoscabo de otros derechos que conservaba el pueblo.

Conviene precisar que el producto constitucional amparaba el liberalismo pero no la democracia a la que se opusieron abiertamente los grandes defensores de la Constitución, Madison y Hamilton que eran partidarios del voto censitario. Además no hubo una prohibición de la esclavitud en el texto constitucional: un fallo de la Corte Suprema de 6 de marzo de 1857, citado por Carlos Fayt, sostuvo que los negros habían sido considerados como personas inferiores al momento de dictarse la Constitución y no como ciudadanos. Se trataba de una clase de seres inferiores que no gozaban de los derechos que el hombre blanco debía respetar.

Se ha dicho a este respecto que en los padres fundadores la libertad se ligaba a la propiedad y no a la democracia. Ciudadanos eran precisamente los propietarios. Los norteamericanos crearon en definitiva un régimen *en el cual las instituciones democráticas son organizadas en forma tal que de hecho favorecen la oligarquía de una clase pudiente* (Burdeau, 1983, pág. 103).

## 1.2 El caso francés

En virtud a la celebración del Tratado de París de 1778 participó la Monarquía francesa en el conflicto de Inglaterra con sus colonias y en favor de los independentistas. El acuerdo involucró también a la casa reinante española. España participó, por lo tanto, de este fenómeno así como de la Revolución Francesa no sólo como simple espectador sino como actor, aunque de segundo orden.

El gobierno de los Borbones en Francia, especialmente con Luis XIV, XV y XVI se caracterizó por su absolutismo y su ineficacia administrativa, que implicaba para las grandes mayorías francesas una situación de constante acoso económico. Se calcula (Juan Calvo) que el 97% de la población francesa no participaba de ningún privilegio, esto es, no gozaba de las ventajas de la sociedad estamental. Luis XVI que asumió el poder en 1774 intentó llevar adelante un programa de reforma económica y administrativa que fue resistido por los sectores privilegiados de la sociedad dado que implicaba para ellos una carga impositiva. Esta resistencia terminó provocando la convocatoria de los Estados Generales, reunión de los estamentos privilegiados que no se verificaba desde principios del siglo XVII. Reunidos el 5 de mayo de 1789 consiguió el Tercer Estado que se formara una única Asamblea, lo que implicaba terminar con su actuación separada de los otros dos estados, y en la que ellos constituirían la mayoría. La Asamblea derivó gracias a la acción de los diputados del Tercer

Estado en una Asamblea Nacional Constituyente que fue apoyada por el pueblo de París aquejado por los problemas económicos (el 14 de julio de 1789 el pueblo asalta la Bastilla ). Respaldada la burguesía en el movimiento popular logró el control del poder municipal y formó una Milicia que le permitiría enfrentar, si la situación así lo exigía, al ejército real.

Corresponde esta etapa a lo que se ha llamado la primera fase de la Revolución Francesa y que iría hasta el mes de agosto del año 1792. En este período la Asamblea Constituyente proclama, el 28 de agosto de 1789, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y obliga al rey Luis XVI a promulgar, en septiembre de 1791, la Constitución que consagra el nuevo Régimen de Gobierno, la Monarquía Constitucional. Al terminar el año 1792 se encuentran liquidadas las bases sociales, económicas, políticas y jurídicas del Antiguo Régimen.

En el segundo período que va desde agosto del año 1792 al 28 de julio de 1794 el Rey es encontrado culpable del delito de traición y muere guillotinado el 21 de enero de 1793. Se dicta en este mismo año una nueva Constitución.

La tercera etapa va desde 1794 a 1799 y se caracteriza porque se dicta dos nuevas Constituciones y porque llega al poder Napoleón Bonaparte, el 9 de noviembre de 1799 mediante un golpe de Estado.

Napoleón representaba los intereses revolucionarios y supo conciliar su afán de poder con las conquistas revolucionarias: mantuvo la soberanía nacional, el principio



de representación, el sufragio universal. Estas instituciones no fueron obstáculo a sus excesivos poderes como cabeza del Ejecutivo. Atacó tanto los excesos de la democracia (el voto devino en censitario) como los de la contrarrevolución.

Logró, asimismo, resolver los problemas que la Revolución generó para la Iglesia en sus relaciones con el Estado. Consciente del papel de la misma en el seno de la sociedad francesa llegó a un acuerdo con la Santa Sede en 1802 por el cual ésta reconocía la República Francesa, admitía que las ventas de los bienes de la Iglesia no se anularían. El Estado, por su parte, se comprometía a sostener económicamente a la Iglesia. Se daba por superado el cisma, se normalizaba la actividad proselitista. En relación con el nombramiento de las autoridades eclesiásticas se estableció que lo haría el poder político, pero a proposición de Roma y que todos los cargos menores serían de resorte exclusivo de la Iglesia. El Concordato no garantizó para la Iglesia Católica la exclusividad de culto público.

En un breve espacio de tiempo, tres décadas, el discurso liberal-ilustrado se convirtió en praxis política y la realización del proyecto puso de manifiesto una serie de limitaciones al ideario como consecuencia de la defensa de los intereses de la burguesía. La libertad pregonada así como la igualdad no implicó la democratización de la sociedad.

Burdeau señala a este respecto: *...la cristalización de las reivindicaciones liberales en torno de las aspiraciones de una clase, tuvo como consecuencia, al menos,*

*desviar las distintas libertades hacia una significación más restringida de la que suponía su primitiva universalidad. Así, por ejemplo, la libertad política, en lugar de ser admitida en su impersonal universalidad, fue interpretada refiriéndola a los intereses cuya protección debía asegurar: las libertades individuales de pensamiento, de asociación, de reunión, fueron contenidas dentro de los límites tales que la gran masa de los trabajadores quedaba excluida. La burguesía fue la fuerza social que vinculó el ideario liberal a un orden social y por relación a dicho orden fueron determinadas la sustancia y la intensidad de las libertades útiles. Políticamente, económicamente, socialmente, la libertad se encarnó en dicho orden, dando al Estado liberal una base de apoyo en el momento en que las libertades logradas se adaptaron a los intereses de una clase (Burdeau, 1983, pág. 106) .*

### **1.3 El caso español: La Carta Otorgada de Bayona y la Constitución de la Monarquía Española de 1812**

En estas tres décadas la Monarquía española no se mantuvo impasible frente a los hechos, le interesó mantener alejado el proceso revolucionario francés de suelo español para lo cual se implementó en las fronteras de España el llamado cordón sanitario para evitar así la entrada de las ideas revolucionarias. La Inquisición tuvo un papel muy importante en este aspecto. Sin embargo, tan sólo a la muerte de Luis XVI

la Corona hispana declara la guerra a Francia (1793). Esta situación se prolongará hasta 1796, fecha en la que se firmó el tratado de paz de Ildefonso.

Napoleón obtuvo el año 1802 el apoyo español en la lucha que Francia mantenía contra Portugal llevándose a cabo los primeros contactos militares de los franceses con los ibéricos. En 1805 Napoleón consiguió involucrar a España en la nueva guerra de los franceses con Inglaterra produciéndose la batalla naval de Trafalgar que implicó la pérdida del poderío marítimo español.

El 27 de noviembre de 1806 se firmó el tratado de Fontenelleau entre España y Francia por el cual se acuerda la invasión y posterior división de Portugal, para lo cual se admite el ingreso de un abundante contingente militar francés en suelo hispano.

Los problemas políticos entre el favorito del rey, Godoy, y el príncipe Fernando van a desembocar en 1807 en una conspiración del partido fernandista (la conjuración de El Escorial) contra el favorito y al parecer también contra Carlos IV. Se abre un juicio para averiguar la responsabilidad de Fernando quien obtuvo su libertad y el reconocimiento de su inocencia en enero de 1808. Se cree que le ayudó en su defensa los buenos oficios de Napoleón: Desde julio de 1807 Fernando mantenía una relación estrecha con Napoleón al pedirle su protección y la mano de una princesa Bonaparte.

En marzo de 1808 un nuevo motín, esta vez en Aranjuez, contra Godoy y Carlos IV, implicó la prisión del favorito y la abdicación al trono del monarca. Asumió como rey el príncipe el 24 de marzo con el nombre de Fernando VII. En un principio Carlos

IV acepta la situación, pero una vez liberado pide ayuda a Napoleón para recuperar la corona. Este simula actuar como árbitro entre Carlos IV y Fernando VII, los reúne en Bayona, ciudad francesa cercana a la frontera hispano francesa, para resolver el problema. El 5 de mayo de 1808 logra que Fernando VII abdique a favor de Carlos IV y seguidamente que éste abdique en favor del propio Napoleón, obligándose éste para con el monarca a mantener, la integridad del Reino de las Españas y las Indias, así como la religión católica, apostólica y romana como la única y exclusiva del Reino.

El 10 de mayo de 1808 Fernando acepta la abdicación y renuncia a los derechos que le corresponden respecto de la Corona española en tanto que príncipe de Asturias. Según señala Altamira y Crevea recibió una pensión de un millón de francos, la categoría de príncipe dignatario del Imperio francés y tierras.

La Junta de Gobierno, nombrada por el Rey Fernando VII para que ejerciera el poder en su ausencia temporal, colaboró luego de conocida la abdicación con el general francés Murat, lo mismo hizo el Consejo de Castilla.

El 2 de mayo de 1808, aún antes de la abdicación, el pueblo madrileño se sublevó atacando a las tropas francesas asentadas en Madrid y dirigidas por Murat. Se inició con este suceso la llamada Guerra de Independencia española que se prolongará hasta el año 1814. Ante la situación de violencia las autoridades españolas en especial el Consejo de Castilla y la Inquisición, se van a poner de lado de las tropas francesas y condenarán los sucesos como un motín popular.

### **1.3.1 El Gobierno de José Napoleón I y la autodenominada Constitución de Bayona**

Napoleón dejó la Corona de España e Indias en manos de su hermano José Bonaparte, quien intentó ejercer su poder apoyándose en un grupo de españoles, los *afrancesados*, que se interesaron por su proyecto de reforma política.

Abiertas las hostilidades contra los franceses las nuevas autoridades españolas, surgidas al calor de la guerra de entre los calificados como amotinados por las instituciones tradicionales, entran en alianza con Inglaterra. Españoles e ingleses pelearon en España en contra de los franceses.

La gran obra jurídica de Napoleón y José Bonaparte fue la promulgación de la llamada Constitución de 8 de julio de 1808. Para su aprobación se convocó a una Asamblea (Junta Nacional de Bayona) conformada por 150 españoles, dentro de los cuales se encontraba lo más granado de la sociedad estamental. Hubo americanos en esta asamblea: Nicolás de Herrera y José Ramón Milá de la Roca, bonaerenses; Ignacio Sánchez de Tejada, natural de Santa Fe de Bogotá; Francisco Antonio Zea, por Nueva Granada; José del Moral, mexicano y José Hipólito Odoardo Gran Pré, venezolano (Martiré, 2000, pág. 38).

El texto elaborado por Napoleón se dio a conocer a algunos notables españoles quienes emitieron algunas observaciones, por lo que surgió un nuevo texto, el que a

su vez se modificó para presentarlo a la Asamblea reunida en Bayona. El presidente de la misma, Miguel José de Azanza, permitió a los presentes opinar sobre el texto pero prohibió los debates y las controversias. No *hubo debates, tal como lo requería el Presidente...lo que desnaturaliza desde ya cualquier asamblea constituyente* (Martiré, 2000, pág. 59). Sólo concurrieron 91 personas a la firma del texto definitivo (Martiré, 2000, pág. 42) luego de varias reuniones en que se modificaron aspectos no sustanciales del proyecto presentado por Napoleón.

En la última sesión, 7 de julio de 1808, José Napoleón I entregó a Azanza el texto definitivo de la *Constitución* que fue leído en voz alta y aceptado por los asistentes. Juró seguidamente el rey y luego los asistentes.

La historiografía española no habla de Constitución sino de Estatuto de Bayona o Carta otorgada de Bayona. Se sostiene que el texto otorgado por Napoleón y aprobado por la Junta Nacional de Bayona no emanó de la nación española. Sería un instrumento carente de legitimidad por no ser representativo del pensamiento y de la voluntad mayoritaria del pueblo español.

Al igual como ocurrió en Francia luego del Golpe de Estado, Napoleón, ayudado por Hugo Maret, duque de Bassano y Champagny, diseñó un sistema político en el que procuró hacer compatible ciertos intereses de la burguesía con la concentración del poder en el Ejecutivo, para el caso español, el Monarca. El preámbulo del autodenominado texto constitucional expresa claramente que es el Rey, José I, quien decreta

la Constitución. No hay ninguna mención a la Nación como titular del poder constituyente aunque sí a la existencia de un pacto. La Constitución sería la base del pacto que une al Rey con los pueblos –*nuestros pueblos*, según el preámbulo-.

En atención a estos antecedentes no puede considerarse este texto jurídico como una verdadera Constitución.

Nos interesa resaltar principalmente las siguientes características de la Carta otorgada de Bayona. 1. Rigidez. De acuerdo con el artículo 146 las primeras reformas sólo pueden tener lugar a partir del año 1820.

Se reserva al Rey la facultad de presentar a las Cortes para su examen y deliberación las *adiciones, modificaciones o mejoras* al texto.

2.- Vigencia gradual. No entró a regir todo el cuerpo normativo al mismo tiempo. De acuerdo con el artículo 143 se ejecutaría sucesiva y gradualmente por decretos o edictos del rey, de manera que el todo de sus disposiciones se halle puesto en ejecución antes del 1 de enero de 1813.

3.- Desconoce la soberanía nacional o popular. La soberanía está radicada en el monarca. Así se desprende del preámbulo de la Constitución: *José Bonaparte, por la gracia de Dios. Rey de las Españas y de las Indias.*

4.- Se establecen (artículo 61) unas *Cortes o juntas de la nación compuestas de 172 individuos, divididos en tres estamentos, a saber: El estamento del clero, el de la nobleza; el del pueblo.*

El estamento del pueblo se compone de diputados por provincias y ciudades y además de *15 negociantes o comerciantes* y de *15 diputados de las universidades*. *Los 15 negociantes o comerciantes serán elegidos entre los individuos de las juntas de comercio, y entre los negociantes más ricos y más acreditados del reino.*

Se contempló la participación de diputados por ciudades así como por provincias. Tratándose de las Indias (América y Asia) los diputados lo son por reino o provincia. El artículo 92 establece un diputado para el caso del Reino de Chile. Su elección debe hacerse por el ayuntamiento que designe el capitán general de Chile. El ayuntamiento elige a pluralidad de votos un individuo. El elegido requiere ser propietario de bienes raíces y ser natural de la respectiva provincia. Ejerce sus funciones por espacio de 8 años. No sólo actúa en las Cortes, las que deben reunirse por lo menos una vez cada tres años, sino ante el Gobierno para promover los intereses de su reino.

Corresponde al Rey la facultad de convocar a reunión de Cortes así como la de diferir, prorrogar o disolver las mismas. Los proyectos de ley son presentados por el Consejo de Estado a las distintas secciones en que se dividen las Cortes y según la materia de que se trate. Deliberada la cuestión y aprobada por las Cortes promulga el Rey el decreto respectivo bajo la fórmula *oídas las Cortes*.

Se estableció que las sesiones de las Cortes no serían públicas y se prohibió expresamente la divulgación de sus debates y votaciones y a quien lo hiciese se le consideraría autor del delito de rebelión.



5.- Consagra una religión oficial y excluyente. Se señala en el artículo 1 del Título Primero que la religión Católica, Apostólica y Romana será la religión del Rey y de la nación y no se permitirá ninguna otra.

Raimundo Ettenhard, consejero del tribunal de la Inquisición, obtuvo que se eliminara del proyecto la norma que suprimía dicho tribunal (Martiré, 2000, pág. 92).

6.- Establece la siguiente institucionalidad: Rey, Regencia, Senado, Consejo de Estado, Cortes, Ministerios (9), el Orden Judicial y la Administración de Hacienda.

7. Se establece la abolición de los mayorazgos y fideicomisos que no produzcan una renta superior a 5.000 pesos fuertes. Los bienes continuarán en manos de sus dueños pero bajo la calidad de bienes libres.

Si los bienes afectos a fideicomiso o mayorazgo exceden de una renta de 5.000 pesos fuerte sus titulares podían pedir al Rey que los declare bienes libres. Si el total de fideicomisos o mayorazgos producen una renta superior a 20.000 pesos se deberá reducir los bienes a un capital que produzca la misma renta. y los bienes que excedan dicha suma se considerarán libres. Se prohíbe fundar fideicomisos, mayorazgos o substituciones sin autorización expresa del Rey, quien la dará para premiar servicios prestados al Estado. Su renta no podrá bajar de 5.000 pesos ni exceder de 20.000 pesos fuertes.

Como se observa la prohibición es relativa y puede entenderse como un caso más de transacción entre burguesía y estamento nobiliario.

8.- Se declaran ciertos derechos individuales. No hay un título dedicado especialmente a los derechos individuales pero éstos se encuentran consagrados ya sea en el título disposiciones generales o en otros títulos. No se operó con un criterio sistemático en su regulación.

8.a. La libertad individual. En la fórmula de juramento del Rey éste jura, entre otras cosas, *respetar y hacer respetar la constitución, respetar y hacer respetar nuestra santa religión así como respetar y hacer respetar la libertad individual y la propiedad.*

En relación con la institución del Senado se establece que le corresponde velar por la conservación de la libertad individual y de la libertad de imprenta. Se crea a partir de 5 senadores una Junta senatoria de libertad individual y otra de libertad de imprenta. Órganos ante los cuales se puede reclamar de actos de los Ministros que atenten contra la libertad, reclamación en virtud de la cual se inicia un engorroso procedimiento que culmina en un reclamo ante el Rey el cual decide si acoge o no la requisición, oyendo una junta compuesta por miembros del Consejo de Estado y del Consejo Real.

Se contempla un mes como plazo ordinario para la prisión decretada por el Ministro de Policía General. Desde que un particular reclama por su prisión ante la Junta puede transcurrir un mes más antes de que ésta convoque al Senado para que delibere si la prisión es o no arbitraria. Si el Senado la estima arbitraria se pone la resolución

en conocimiento del Rey el cual convoca a la Junta ya referida, todo estos últimos pasos no tienen señalado plazo para su ejecución.

8.b. El derecho de propiedad y la libertad de industria y comercio. Al regularse en la *Constitución* las provincias y reinos de América y Asia se establece que *será libre -en ellos- toda especie de cultivo y de industria. Se permitirá el comercio recíproco de los reinos y provincias entre sí y con la metrópoli.*

El artículo VI que contiene la fórmula de juramento del Rey consagra indirectamente el derecho de propiedad.

8.c. La igualdad jurídica. En relación con la igualdad el artículo 118 señala: *Todos los privilegios que actualmente existen concedidos á cuerpos o á particulares quedan suprimidos. La supresión de estos privilegios, si han sido adquiridos por precio, se entiende hecha bajo de indemnización: la supresión de los de jurisdicción será sin ella.*

El espíritu de transacción que movió a los nobles que concurrieron a Bayona aceptó la pérdida de poder político y judicial pero no perder prestigio social: Art. *CXL. Los diferentes grados y clases de nobleza actualmente existentes serán conservados con sus respectivas distinciones; aunque sin exención (sic) alguna de las cargas y obligaciones públicas, y sin que jamás pueda exigirse la calidad de nobleza para los empleos civiles ni eclesiásticos, ni para los grados militares de mar y tierra. Los servicios y talentos serán los únicos que proporcionen para los ascensos.*

La burguesía estaba dispuesta a tolerar el uso de los distintivos de la nobleza pero no a que dichos títulos la privaran de la posibilidad de acceder a los cargos públicos. Por su parte los artículos 96 y 113 establecen que habrá para *las Españas y las Indias* un solo código civil, criminal y de comercio. Se suprimen las aduanas de partido a partido y de provincia a provincia y se fija un único sistema de contribuciones.

8.d. La inviolabilidad del domicilio. El artículo CXXVI regula la inviolabilidad del domicilio: *La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día, y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimanare de la autoridad pública.*

La regulación puede entenderse como débil si se tiene a la vista la normativa de la Constitución francesa de 1795 que en su artículo 359 establecía que la visita al domicilio sólo podía tener lugar en virtud de una ley, por la persona y para el objeto señalado en el acto que ordenaba dicha visita, pero no si se atiende al artículo 76 de la Constitución de 1799, Constitución que consagraba el consulado de Napoleón.

8.e. Libertad personal y seguridad individual en la relación de los individuos con el poder judicial. Respecto del proceso penal el articulado dispone lo siguiente:

Artículo CXX: *Ninguna persona residente en el territorio de España y de Indias podrá ser presa, como no sea en fragante delito, sino en virtud de una orden legal y escrita.*

*Artículo CXXVIII: Para que el acto en que se manda la prisión pueda ejecutarse, será necesario: 1°. Que explique formalmente el motivo de la prisión y la ley en virtud de que se manda. 2°. Que dimanar de un empleado a quien la ley haya dado formalmente esta facultad. 3°. Que se notifique a la persona a la que se va a prender, y se le deje copia.*

*Artículo CXXIX: Un alcaide o carcelero no podrá recibir o detener a ninguna persona sino después de haber copiado en un registro el acto en que se manda la Prisión. Este acto debe ser un mandamiento dado en los términos prescritos en el artículo antecedente, o un mandato de asegurar la persona, o un decreto de acusación, o una sentencia.*

*Artículo CXXX: Todo alcaide o carcelero estará obligado sin que pueda ser dispensado, por orden alguna, a presentar la persona que estuviera presa al magistrado encargado de la policía de la cárcel, siempre que por el (sic) sea requerido.*

*Artículo CXXI: No podrá negarse que vean al preso sus parientes y amigos que se presenten con una orden de dicho magistrado y éste estará obligado a darla, a no ser que el alcaide o carcelero manifieste orden del juez para tener al preso sin comunicación.*

*El artículo CXXXII estableció la figura penal del delito de detención arbitraria: Todos aquellos que, no habiendo recibido de la lei facultad de hacer prender, manden, firmen y executen la prisión de qualquiera persona; todos aquellos, que aun en*

*el caso de una prisión autorizada por lei reciban o detengan al preso en un lugar que no esté pública y legalmente destinado a prisión; y todos los alcaides y carceleros que contravengan a las disposiciones de los 3 artículos precedentes, incurrirán en el crimen de detención arbitraria.*

La regulación establece el principio de reserva legal en relación con el establecimiento de la facultad para detener.

La figura penal de la prisión arbitraria contempla varias hipótesis: 1. Que una persona no habilitada legalmente mande, firme y ejecute la prisión de cualquiera persona. 2.- Que una persona ejecute una prisión ordenada legalmente en un sitio diferente al que está pública y legalmente destinado a este objeto. 3. Que un alcaide o carcelero deje de cumplir con los requisitos contemplados para el ingreso de una persona a la cárcel, o no presente al detenido al magistrado encargado de la policía de la cárcel cuando éste se lo requiera; o no permita a los parientes o amigos del preso que le visiten y no obstante que se cuenta con la autorización del magistrado para la visita.

El artículo CXXXIV dispone: *El tormento queda abolido: todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión, o en la detención y ejecución, y no esté expresamente autorizado por la lei, es un delito.*

La abolición del tormento o tortura constituye un significativo paso en lo relativo a la valoración de la dignidad humana desde una perspectiva estrictamente laica.

Napoleón no sólo reitera en este artículo la disposición que sancionaba el uso de fuerza innecesaria y que se contenía en las constituciones francesas de 1791, 1793, 1795 y 1799, sino que termina definitivamente con la tortura.

8.f. Derecho a optar a cargos públicos. El artículo CXL ya visto establece indirectamente el derecho a optar cargos públicos sin otro requisito que *servicios y talentos*.

8.g. Libertad de imprenta. La Carta otorgada contempla la institución de la Junta Senatoria de la libertad de imprenta. Este derecho no es de ejecución inmediata. Dispone el artículo CXLV: *Dos años después de haberse executado enteramente esta constitución se establecerá la libertad de imprenta. Para organizarla se Publicará una lei hecha en cortes.*

9. Consagra un derecho constitucional de excepción. La circunstancia de que se consagren derechos individuales en la Carta no es obstáculo para que se dote al Estado de una serie de facultades para disponer de la libertad y la seguridad individual.

Podemos afirmar que las garantías del proceso penal se supeditan a la actividad de la Administración Pública. Los artículos CXXXIV y XL facultan al *Ministerio de Policía General* para que ante noticias de que se trama una conspiración contra el Estado despache mandamientos de comparecencia y prisión en contra de los que aparezcan como autores y cómplices. Para ejercer esta facultad no se requiere que se declare que el Estado se encuentra en una situación de excepcionalidad.

El artículo XXXVIII dispone: *En caso de sublevación a mano armada, o de inquietudes que amenacen la seguridad del estado, el senado a propuesta del Rei podrá suspender el imperio de la constitución por tiempo y en lugares determinados.*

*Podrá asimismo en casos de urgencia, y a propuesta del Rei, tomar las demás medidas extraordinarias que exija la conservación de la seguridad pública.*

La normativa consagra un monarca omnipotente, una frágil declaración de derechos y sin embargo, también, el grado máximo de excepcionalidad: la suspensión de la vigencia de la Constitución.

Pienso que el propósito de la suspensión de la vigencia del texto constitucional no es el de derribar los obstáculos que podrían derivarse de la vigencia de los derechos individuales para la acción del Estado. Los derechos involucrados directamente, libertad individual, seguridad individual y libertad de imprenta están insuficientemente protegidos en el ordenamiento jurídico. La suspensión persigue alterar la relación Rey aparato institucional en términos de desligarlo de los lazos que podrían obligarle con el Senado, las Cortes, etc.

A pesar de la existencia de este derecho constitucional de excepción José I no recurrió a él sino a la figura del *Comisario Regio*, institución del Antiguo Régimen, y a la instalación de una Junta Criminal Extraordinaria para enfrentar la resistencia armada que opusieron los españoles a su Gobierno.



Para los efectos de la construcción de la historia del derecho constitucional de excepción esta normativa nos pone frente a un caso en que el supuesto fáctico del estado de excepción no es la existencia de una situación extraordinaria. Por el contrario basta que existan *inquietudes que amenacen la seguridad del Estado* para que se suspenda el imperio de la Constitución. Además contempla la facultad del Senado para que, a proposición del Monarca, adopte las medidas *extraordinarias* que demande la conservación de la seguridad pública. La fórmula de excepción contempla, por lo tanto, la suspensión así como la facultad de adoptar medidas extraordinarias.

En el texto de Bayona los derechos individuales y el andamiaje político institucional ceden total y absolutamente frente a la invocación de la razón de Estado. El principio *salus populi suprema lex esto* es llevado en la normativa a sus límites extremos y en perjuicio de los derechos individuales.

El peculiar constitucionalismo napoleónico que reclama para un texto jurídico el nombre de Constitución y para el ordenamiento que consagra el calificativo de constitucional, constituye un caso peculiar de transacción del ideario de cierta burguesía, la francesa, con una nobleza y una incipiente burguesía, la española (los *afrancesados*), en virtud de la cual se limita la participación política, se fortalece excesivamente el ejecutivo, se dispone de la libertad individual sin perder de vista la protección del derecho de propiedad y las libertades económicas.

### 1.3.2 La Constitución Española de 1812

Cuando Fernando VII partió hacia Bayona nombró una Junta Suprema de Gobierno para que ejerciera el poder en su nombre mientras él estaba en Francia. El problema es que, a pesar de esta designación, la Junta no ganó legitimidad ante los ojos del pueblo español debido a su colaboración con el general francés Murat que controlaba Madrid y que reprimió con su beneplácito, y el del Consejo de Castilla, al pueblo sublevado, amotinado contra los franceses

Ante la ilegitimidad de la Junta se produjo un vacío de poder. El pueblo respondió a la ausencia del monarca formando juntas locales y juntas provinciales llamadas a ejercer la soberanía a nombre del monarca.

Ciertos historiadores del Derecho, entre ellos Alfonso García Gallo, sostienen que las juntas consideraron nula la abdicación de Fernando VII porque no contó con la participación del pueblo, con la autorización de las Cortes, autorización que se requería en virtud a la *doctrina pactista (del contrato callado o tácito)*. Según ésta, entre el rey y el reino había un pacto por el que la comunidad acepta al rey y éste se obliga a respetar sus derechos. Si falta el rey, el poder vuelve al seno de la Comunidad.

García Gallo rechaza la teoría que apunta a justificar a las juntas con los ideales de libertad y constitucionalismo, sostiene que estas ideas son foráneas. La respuesta de la población descansa en su propia historia.

La pluralidad de juntas locales y provinciales entorpeció el manejo de la guerra por la inexistencia de un poder único que fijara un plan militar general para enfrentar a Napoleón. Entonces, el 25 de septiembre de 1808 decidieron las juntas formar una Junta Central Suprema que actuará como poder unitario.

Esta Junta Central tomó un conjunto de decisiones, de las cuales para efectos de nuestro curso resultan relevantes las siguientes: 1°. En enero de 1809 invitó a los americanos a formar sus propias juntas, esto de manera indirecta, porque en realidad lo que pide a América es que envíe representantes a la Junta Central. 2°. Por decreto de 22 de mayo de 1809 convocó a Cortes generales y extraordinarias. Se trataba de una reunión por estamentos. 3°. Más tarde, por decreto de 29 de enero de 1810, frente a las dificultades que experimentaba para la conducción de la guerra y los asuntos públicos, nombró un Consejo de Regencia que asumió la totalidad del poder.

La iniciativa de la convocatoria a Cortes prosperó pero no se hizo según la forma tradicional, no se convocaron a los estamentos sino que a representantes, a diputados elegidos por cada 10.000 habitantes y en aquellos casos en que las provincias estaban en manos del enemigo, o por su distancia se retardaría en demasía su elección, se resolvió su elección por sorteo entre los habitantes de esas provincias presen-

tes en Cádiz. Votaron tratándose de diputados por las provincias los vecinos mayores de 25 años con casa abierta en el distrito electoral.

Las Cortes extraordinarias se instalaron según el nuevo sistema de representación el 24 de Septiembre del año 1810. Estaban conformadas por 97 eclesiásticos, 60 abogados, 55 funcionarios públicos, 37 militares, 16 catedráticos, 15 propietarios, nueve marinos, ocho títulos del reino, cinco comerciantes, cuatro escritores y dos médicos (Tomás y Valiente, 1992, pág. 438).

El mismo día de su instalación las Cortes dictaron un decreto por el cual sostuvieron que representaban legítimamente a la Nación. Al contrario de la constitución bonapartista los españoles van a invocar el Poder Constituyente, que está radicado en la Nación. El Congreso representante legítimo de la Nación preparó en su nombre un proyecto de constitución que posteriormente fue debatido y votado en el seno de las Cortes.

Existe una significativa diferencia entre la carta otorgada de Bayona y el texto gaditano. En Cádiz surgió un *código constitucional* como consecuencia del debate político que se originó en el seno de las Cortes así como entre la población gaditana. Los liberales obtuvieron por el poder de los votos y no por la fuerza militar que la Constitución respondiera de manera importante a sus intereses.

El hecho de que *liberales* y *serviles* tuvieran un enemigo común les obligó a negociar, y a recurrir a la opinión pública, para efectos de la consagración y protec-

ción de sus ideales en la Constitución. En este punto la prensa y la participación del pueblo en los debates resultaron claves. En Cádiz, al contrario que en Bayona, los debates se hicieron de cara a la Nación y para conocer el sentir de la misma respecto de lo que se discutía. Correspondió a los liberales el mérito de ganar para su causa al público.

En ejercicio de la soberanía nacional, cuya existencia implicaba la negación de la radicación de la soberanía en el monarca, las Cortes decretaron y sancionaron la *Constitución política de la monarquía española de 18 de marzo de 1812, para el buen gobierno y recta administración del estado*.

La Constitución de 1812 estuvo vigente en distintos períodos: del 19 de marzo de 1812 al 4 de mayo de 1814; del 10 de marzo de 1820 al 1 de octubre de 1823 y; desde el 13 de agosto de 1836 al 18 de junio de 1837.

La obra más importante de estas Cortes desde la perspectiva de nuestro curso es precisamente esta Constitución que presenta las siguientes características: 1.- Consagración de la soberanía nacional: El Artículo 1º establece que la Nación es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. El Artículo 3º dispone que la soberanía reside esencialmente en la nación y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales. En consecuencia, la monarquía no ostenta parte alguna de la misma y por lo mismo la Constitución es enteramente obli-

gatoria para el Rey. Desaparece el monarca absoluto y surge lo que los liberales de la época denominaron *Monarquía Moderada*.

En el juramento que el monarca debe prestar al momento de asumir el poder se expresan los ideales de la Revolución Francesa: la tarea del rey es *resguardar la Constitución y las leyes*, pues, éstas velan por los derechos individuales..

2.- Está consagrado en el texto constitucional la división de poderes. Los artículos 14, 15, 16 y 17 regulan esta materia. El poder legislativo representado por el congreso se entiende como independiente del poder ejecutivo que recae en el rey y del poder judicial que se ejerce por los Tribunales de justicia.

3.- Se declaran los derechos individuales: El Artículo 4º establece: *La Nación está obligada á conservar y á proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.*

En el seno de la Comisión de Constitución, en la que intervino el diputado chileno Fernández de Leyva, se acordó una enunciación de todos y cada uno de los derechos. Sin embargo, reclamos de los realistas (*serviles*) de que obrar de ese modo implicaba una imitación de los franceses, a quienes se combatía en suelo ibérico, hicieron modificar la primera redacción. La práctica político institucional posterior (Trienio liberal) privó de eficacia a la expresión *demás derechos legítimos* puesto que se exigió en el seno de las Cortes una legislación expresa para entender que un dere-

cho individual se encontraba amparado. El asunto fue particularmente relevante a propósito del derecho de asociación y de reunión.

Cabe recordar que el artículo 13 de la Constitución disponía: *El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen.*

En materia procesal-penal se establecían los siguientes derechos:

*Art. 287. Ningun español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.*

*Art. 292. En infraganti todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo á la presencia del juez, presentado ó puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes.*

*Art. 293. Si se resolviere que el arrestado se le ponga en la cárcel, ó que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide á ningun preso en calidad de tal, bajo la mas estrecha responsabilidad.*

*Art. 295. No será llevado a la cárcel el que de fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita fianza.*

*Art. 296. En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad dando fianza.*

*Art. 297. Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos.*

*Art. 299. El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes, serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal.*

*Art. 300. Dentro de las veinte y quatro horas se manifestara al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador, si lo hubiere.*

*Art. 306. No podrá ser allanada la casa de ningun español sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado.*

4.- El respeto al orden constitucional: Dicho respeto se expresa en el establecimiento del mecanismo de responsabilidad por infracción de Constitución consagrado en los Artículos 372 y 373 de la Constitución.

En relación con esta característica cabe señalar que en la última década se ha consolidado la idea según la cual la Constitución fue tratada como una verdadera norma jurídica y no como un mero programa político. La profesora Marta Lorente en su tesis doctoral sobre infracción a la constitución de 1812, demostró que el meca-



nismo para hacer efectiva la responsabilidad por violación de la constitución se empleó de modo recurrente (Lorente, 1988).

Las Cortes acogieron denuncias por infracción de la constitución, establecieron la inocencia o culpabilidad del implicado y, tratándose del culpable, lo pusieron a disposición de la justicia ordinaria para ser condenado. Además, está probado que los tribunales de justicia, específicamente la Real Chancillería de Valladolid, aplicaron entre los años de 1812-1814 sanciones a jueces que substanciaron causas criminales violando la Constitución, acogiendo los alegatos de los abogados defensores que invocaron la violación de las normas constitucionales relativas al proceso penal por el juzgador de la primera instancia (Palma, 2000).

El mecanismo de infracción de constitución fue empleado para sancionar a distintas autoridades que habían violados los artículos 287 y 290, y otros que garantizaban la libertad personal y la seguridad individual, derechos que son los más importantes para la difusión del ideario liberal gaditano, tanto o más que el derecho de propiedad. En la medida en que los derechos de libertad y seguridad pertenecen a todos los españoles, su protección fue particularmente relevante, como instrumentos de legitimación del nuevo orden (Palma, 2000).

Cabe considerar además la *Diputación Permanente* de las Cortes, ente que tenía por propósito *velar sobre la observancia de la Constitución y las leyes* cuando las Cortes se encontraban en receso.

Esto quiere decir que a principios del siglo XIX en España la Constitución fue considerada norma jurídica, y por lo tanto provista de eficacia para la regulación de las conductas de los poderes públicos y los particulares. Estamos hablando de una nueva fuente formal del derecho a la que se denomina ley fundamental, norma jurídica caracterizada por ser la de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico de la Monarquía.

5.- Regulación de un derecho constitucional de excepción: La Constitución Gacitana estableció la suspensión de garantías individuales como mecanismo de protección extraordinaria del Estado.

En situaciones de normalidad política el Gobierno, de acuerdo con el mandato del artículo 13, debe proteger la seguridad del Estado de tal modo que dicha protección sea compatible con la vigencia de los derechos de libertad y seguridad individual. No ocurre lo mismo tratándose de situaciones de excepcionalidad política, de circunstancias críticas y extraordinarias que afecten la seguridad del Estado, en este caso, el constituyente gaditano admitió la lesión de ciertos derechos individuales en aras de la protección del Estado. En todo caso el daño infringido a los derechos no se hace a favor del Gobierno, que no es un fin en si mismo en el orden jurídico liberal, sino a favor de la restauración del orden que permite la manifestación y eficacia de tales prerrogativas individuales.

Puesto que la sociedad es el medio en el que el individuo está llamado a desenvolverse, la existencia y fortaleza del Estado que garantiza dicho orden social interesa a todos los individuos. Su protección debe hacerse en todo caso de acuerdo con los mandatos de la propia Constitución, es decir, de acuerdo con el artículo 308, que establece: *Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del estado exigiese, en toda la Monarquía ó en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado.*

El derecho de excepción se manifiesta como suspensión de las formalidades prescritas para el arresto de los reputados como delincuentes. *La suspensión no constituye un acto de castigo para el delincuente, sino que configura una situación de indefensión para él...en virtud a -ella la autoridad judicial está facultada- única y exclusivamente: a) para arrestar sin información sumaria sobre un hecho delictivo que merezca pena corporal; b) para arrestar sin previo mandamiento por escrito; c) sin notificación del mismo en el acto inmediato del arresto.*

*La suspensión está referida, entonces, a tres formalidades. De acuerdo con el artículo 308, las Cortes pueden suspender “algunas de las formalidades”, por lo que podría ocurrir que resultara afectada sólo una o bien varias (Palma, 2000, pág. 214).*

El mecanismo de protección del Estado tiene carácter civil. *La Constitución da a las Cortes la facultad exclusiva de decretar la suspensión y deja en manos de tres*

*entes civiles (el Rey, el Secretario del Despacho y el Juez) la actuación política y jurídico-procesal destinada a sofocar en su génesis la conspiración contra el aparato gubernamental. No se contempla en modo alguno la actuación del Ejército en este instrumento (Palma, 2000, pág. 384).*

Se admite el daño de la seguridad individual por razones de investigación policial. *De lo que se trata es de facilitar la averiguación de las conspiraciones contra la seguridad del Estado y de impedir que al amparo de las garantías procesal-penales se planifiquen dichas actividades. La disposición no persigue, por lo mismo, la eliminación del posible conspirador, sino su temprana y oportuna identificación para impedir que consiga sus objetivos. Tiene fundamentalmente un carácter preventivo (Palma, 2000, pág. 215).* Es un mecanismo de control social más que de represión. Persigue eliminar la conspiración en su fase larvada, detener a los conspiradores en su nido y antes de que se transformen en un peligro socio-político concreto.

El supuesto fáctico que admite la aplicación del artículo es de naturaleza política. Se trata de hechos que atentan contra la seguridad del Estado. *La hipótesis o supuesto delictivo para que opere la norma del artículo 308 es la aparición de una sedición o conspiración, no de un mero delito de alteración del orden público: motín, alboroto. El delito de conspiración en medio de circunstancias extraordinarias, afecta a la seguridad del Estado...Una alteración del orden público constitutiva de qui-*

*meras o ruidos no tiene mérito suficiente para servir como causa que justifique la declaración de la suspensión* (Palma, 2000, pág. 229).

Cuando la suspensión es declarada a petición de las propias Cortes puede llegar a constituir un caso significativo de alteración del principio de división de poderes, pues, en este caso, el poder legislativo ejerce iniciativa respecto de la protección del orden público y la seguridad estatal, materia propia, casi esencial, del poder ejecutivo.

*La aplicación del artículo 308 no se hace a través de un Decreto propio de las Cortes sino a través de un Decreto de reforma de la Constitución, cuya tramitación es la de una ley, pero sin la intervención del Rey* (Palma, 2000, pág. 385).

6.- La constitución es un texto jurídico del tipo código. En el Discurso Preliminar así como en diversos decretos (Decretos CXXXVII, CCXXXIV) se califica a la constitución como *código político*. También se la llama *Código Constitucional*.

La Constitución de Cádiz es efectivamente un código pues reúne sus características. En el Discurso Preliminar se señala a este respecto: *..la Comisión no duda que el Congreso oirá con benignidad el proyecto de ley fundamental que presenta, y algunas de las principales razones que la han determinado a adoptar el plan y sistema con que está dispuesto...la razón más principal de la Comisión consiste en que la Constitución de la Monarquía española debe ser un sistema completo y bien ordenado, cuyas partes guarden entre sí el más perfecto enlace y armonía. Su textura, Señor, por decirlo así, ha de ser de una misma mano, su forma y colocación, ejecutada*

*por un mismo artífice. Ha sido diseñada, se señala, con un método que ordena y clasifica las materias de tal modo que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva, en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia las leyes fundamentales.*

*A mayor abundamiento se indica en el mismo texto: ...la falta de enlace y uniformidad de -la legislación que está hoy vigente-, demuestra hasta la evidencia la necesidad de establecer un sistema de legislación, , sin el cual son inútiles o ineficaces las mejores leyes civiles y criminales. Como toca a la Constitución determinar el carácter que ha de tener en una nación el código general de sus leyes positivas, deben establecerse en ella los principios que han de derivarse de aquellas y cualesquiera otras disposiciones, que bajo el nombre de ordenanzas o reglamentos hayan de dirigir las transacciones públicas y privadas de los individuos de una nación entre sí.*

Se atribuyó a la formulación de *reglas fijas, claras y sencillas* una relevante misión política, determinar con toda exactitud y precisión la autoridad que tienen las Cortes y el Rey.

Finalmente cabe consignar que se ordenó la publicidad, divulgación y la enseñanza del texto constitucional, cuestiones también típicas de la propuesta codificada.

7.- La Constitución consagra la religión católica como oficial del Estado: En el artículo 12 se dispuso: *La religión de la nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica y Romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra.*

A partir de este artículo se suprimió el Tribunal de la Santísima Inquisición. Se argumentó que su existencia atentaba contra la libertad civil y dado que las Cortes debían proteger la religión por leyes sabias y justas se entendió un deber su eliminación.

8. - La Rigidez Constitucional: la modificación de las normas constitucionales debe de hacerse con un sistema más complejo, más exigente en términos de quórum que la modificación de la ley común y corriente.

La consagración de derechos individuales, la soberanía nacional, la Monarquía Moderada, la división de poderes, la rigidez constitucional, así como la unidad jurisdiccional, conforman lo que Tomás y Valiente llama *Liberalismo auténtico o radical* (1992, pág., 439).

Sin embargo, por el hecho de consagrar la intolerancia religiosa así como por intentar justificar el contenido normativo de la Constitución a partir de la historia, dice Tomás y Valiente, se dejarán ciertas bases para la manifestación del llamado *liberalismo doctrinario o moderantismo español*.

En el Discurso Preliminar se intentó justificar los cambios introducidos a la organización del poder político ligándolos con la tradición histórico-jurídica española. Se llegó a sostener *disparates tales como que la soberanía nacional ya estaba reconocida y proclamada en el visigótico Liber Iudiciorum...En parte, por táctica. Los autores del proyecto intentaron no asustar a los indecisos y a los tíbiamente innovadores...Pero además de esta consciente voluntad de atenuar las novedades, hay en los autores de la Constitución una ingenua y al parecer sincera mitificación de nuestra historia medieval, que les lleva a creer en una Edad Media llena de libertades y garantías, sofocadas después por la Monarquía absoluta de los Austrias y, sobre todo, por el feroz absolutismo de los Borbones del XVIII. Estos últimos funestos siglos “causaron un olvido casi general de nuestra verdadera constitución histórica”* (1992, pág., 440).

La idea de liberalismo doctrinario es francesa. Se desarrolla en las primeras décadas del siglo XIX y se manifiesta en la vida política con ocasión del gobierno del monarca Luis Felipe de Orleáns que llegó al poder en julio de 1830. Su gobierno debió tomar una posición ante los absolutistas y los liberales radicales o auténticos y optó por una “*vía media*”. Desde el punto de vista de la práctica política el rey fue respaldado entre otros por Thiers, Périer y por Guizot, quien fue también el ideólogo del nuevo régimen político junto a Benjamín Constant (1767-1830) y Royer -Collard.



¿Qué característica presenta este liberalismo doctrinario francés?:

1°.- Establece límites concretos por medio de instituciones políticas a la soberanía nacional .

2°.- Considera a la monarquía como un cuarto poder, poder moderador.

3°.- El poder de la monarquía se presenta como un poder neutral.

4°.- Propone dividir al poder legislativo en dos cámaras, una enteramente representativa y la otra hereditario.

5°.- La Cámara representativa debía estar integrada por propietarios de bienes inmuebles de valor significativo.

Para Constant, afirma Tomás y Valiente, la riqueza es presunción de capacidad e interés por la cosa pública. Son los propietarios los más expuestos a los errores de la política y por lo tanto resulta apropiado que sólo ellos elijan y sean elegidos para integrar la Cámara.

Constant procuró el diseño de un régimen de Gobierno monárquico que compatibilizara la tradición y la modernidad. Sostuvo la tesis de la división de poderes pero reconoció cinco poderes de distinta naturaleza (García Pascual, 1997): el poder real; el poder ejecutivo; el poder representativo de la continuidad, el poder representativo de la opinión y el poder judicial. Asigna al monarca la calidad de árbitro entre el poder legislativo y ejecutivo por lo que lo considera un poder neutro. El rey es irresponsable políticamente no así los ministros.

En el Congreso concurren los poderes que representan la continuidad y la opinión, así, la cámara alta es de carácter hereditario y está reservada a la nobleza; y la baja es electiva.

*Los doctrinarios, de los cuatro soportes básicos de la ideología liberal (propiedad, seguridad, libertad, igualdad), defendieron con especial énfasis los dos primeros, redujeron las libertades políticas considerablemente y consagraron y justificaron la desigualdad de derechos políticos entre los individuos, entre las clases sociales (Tomás y Valiente, 1992, pág., 431)*

Como señalábamos, el liberalismo doctrinario, se expresará en España como *moderantismo*. *Hubo una firmísima adhesión a esta forma adulterada del liberalismo político, hecha a la medida de la burguesía conservadora... Es más, en España se acentuó en varios aspectos la tendencia conservadora del liberalismo doctrinario, y la vigencia temporal del mismo fue mucho más duradera que en Francia (Tomás y Valiente, 1992, pág., 431.*

Los principales exponentes del moderantismo español son Jovellanos, Martínez de la Rosa, Donoso Cortés y Canovas del Castillo. Caracterizando a este pensamiento el pensador español José María Jover, quien creó el concepto de moderantismo, señala que es *“el régimen político de una oligarquía que desea guardar las formas de un régimen representativo sin perjuicio de renunciar de*

*antemano a los resultados que implicaría una aplicación sincera del mismo”*  
(Tomás y Valiente, 1992, pág., 432).

Los moderados españoles excluyeron no sólo al campesinado y al proletariado de la participación política sino también a la pequeña burguesía.

### **1.3.3 Estado constitucional estamental y Estado Constitucional liberal católico**

La propuesta napoleónica de organización del poder no se ha valorado suficientemente por la doctrina española del Derecho constitucional, ni por la Historia constitucional, como una fórmula de organización del poder político. En ella es posible reconocer una discontinuidad con el Antiguo Régimen en la medida que se propone una nueva modalidad para la reunión de las Cortes, modalidad que implica asegurar la participación de la burguesía propiamente dicha, no de las ciudades, y de los reinos americanos, en el proceso de formación de las leyes.

Además se reconocen por primera vez los derechos individuales, particularmente los relativos a la libertad de industria, comercio, así como la libertad personal y la seguridad individual. Es cierto que no constituyen el núcleo del sistema normativo pero su consagración permite distinguir la propuesta política de Napoleón de la organización del poder en el Antiguo Régimen.

La Carta de Bayona expresa una primera fórmula de transacción, un primer intento de compatibilizar tradición y modernidad, cuestión en la que hasta ahora no se ha reparado.

El carácter de espurio del texto por no expresar la voluntad nacional no debe provocar el efecto de que ignoremos su modelo de organización, que aspira, dentro de los límites propios de la tarea de hacer compatible la sociedad estamental con las ideas liberales, a distribuir el poder político al modo constitucional. Es evidente que

dicho orden no es propiamente constitucional por no reconocer la soberanía de la nación española, pero, por otro lado, tampoco es la reiteración de la monarquía absoluta tal como se la entendía en el Antiguo Régimen.

No hay que perder de vista que el apoyo de los afrancesados al texto implicaba el apoyo de aquellos que creían en la reforma dentro del marco de la monarquía, que, por el hecho de darse una constitución, pasaba a ser una de carácter constitucional.

Por ahora propongo denominar a esta fórmula constitucionalismo estamental, con el fin de que no se confunda con aquella que establece el principio de la soberanía nacional. Su peculiaridad viene dada porque no obstante reconocer los derechos individuales no eleva a los mismos a la categoría de fundantes del sistema político. El poder político se reserva el derecho de suspenderlos en el evento de que su ejercicio se considere incompatible con los valores colectivos que defiende el régimen, y que no son sino los de la nobleza y de la burguesía, y a los que se presenta como seguridad del Estado y seguridad pública.

El marco constitucional está a disposición del poder público que puede prescindir de él en determinadas circunstancias, circunstancias que él mismo contribuye a calificar.

Estimo que la fórmula constitucional de Bayona tiene lazos evidentes con el liberalismo doctrinario y con el moderantismo español.

Lo relevante es que esta fórmula constitucional híbrida (mezcla elementos propiamente liberales con elementos estamentales) puede encontrarse en una variante

republicana en Chile. En efecto, la Constitución chilena de 1833 organizó el poder político en un marco constitucional que reconoció la soberanía nacional y los derechos individuales, sin embargo, estableció una democracia censitaria y puso a los derechos individuales a disposición del poder público.

El constitucionalismo chileno está emparentado con este constitucionalismo estatal, híbrido, con el liberalismo doctrinario francés y con el moderantismo español, dando lugar a una variante republicana, no monárquica, de esta fórmula constitucional de Gobierno.

Los americanos recibieron de España esta proposición de organización que rechazaron de modo unánime, por fidelidad a Fernando VII, sin embargo, alguna de sus propuestas no pasaron al olvido, como veremos.

La otra proposición, contenida en la Carta de 19 de marzo de 1812, configuraba un liberalismo de carácter católico que no constituía un reflejo cabal del ideario liberal tal como se había dado en Estados Unidos y en Francia, del que se alejaba por el hecho de consagrar una religión oficial.

Este constitucionalismo liberal católico, cuyas características más relevantes hemos señalado, inspiró a su tiempo a cierto sector del liberalismo chileno, que consagró en la Constitución Chilena de 1828 una posibilidad republicana para este tipo de liberalismo.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Lorente, Marta, **Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- García Pascual, Cristina, **Legitimidad democrática y Poder Judicial**, Edicions Alfons el Magnànim, Institució Valenciana d'estudis i investigació, Valencia, 1997.
- Martíre, Eduardo, **La Constitución de Bayona entre España y América**, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Palma, Eric Eduardo, *Reflexiones en torno a una concepción polifacética para una historia del Derecho de los siglos XIX y XX*, revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Talca, 1997; **El Derecho de excepción en el primer constitucionalismo español**, Secretariado de Publicaciones e intercambio editorial Universidad de Valladolid, Valladolid, España, 2000.
- Tomás y Valiente, Francisco, **Manual de Historia del Derecho Español**, editorial Tecnos, 4ª. Edición, 1983, 5ª. Reimpresión 1992, Madrid.