DERECHO ROMANO: AUTORES DE DERECHO*

Catalina Victoria Dorita León Larrachea
Universidad Católica de Temuco

En este artículo se tratará, de forma paralela, la relación entre el Derecho Romano con el Derecho actual tal como lo conocemos, el cual, de manera más que histórica, sino axiológica, dará las directrices de cómo el derecho es una ciencia exacta, completa, universal y específica a la vez, trascendiendo el paso del tiempo y entregándonos también las distintas visiones o interpretaciones filosóficas y prácticas que se le han dado al Derecho, ya sea en nuestro ordenamiento jurídico, como también en los distintos ordenamientos, valga la redundancia, que han seguido la línea del Derecho Romano, y su particular forma de concebir lo que es la Justicia.

Para dar inicio, me gustaría destacar desde ya, la enorme relevancia del Derecho Romano dentro de sus tres etapas, arcaica, clásica y postclásica, que permitieron sentar más que las bases del Derecho civil, y otras ramas del derecho, tal como lo conocemos en la actualidad, pero primero, ¿Qué es el Derecho Romano?, el Derecho Romano es historia, ¿Por qué es historia?, porque es todo aquello relacionado con la resolución de los conflictos jurídicos, lo que significa que a través de su uso se configura a sí mismo.

El real comienzo del Derecho en Roma se dio por la existencia de un sinfín de desigualdades sociales, para equilibrar diplomática y burocráticamente uno de los más relevantes, el papel de cada parte en el transcurso de un asunto jurídico. Comienza otorgándole al plebeyo una posición de "igualdad" de atribuciones y obligaciones a la hora de llevar a cabo el acto de, ahora sí, Derecho.

A modo de enumeración al contenido de mi ponencia quiero destacar los cuatro puntos que usualmente no son usados como una referencia al Derecho o parte de este, los cuales son:

I. Si bien como estudiantes de Derecho nos enseñan desde un comienzo el término fuentes de Derecho, al hablar netamente del Derecho Romano, no podemos referirnos a otra cosa sino precedentes de justicia.
II. Se determina lo justo mediante un acto decisional.
III. El Derecho no es la ley.
IV. El hablar de Derecho, es hablar de ciencia.

Aunque cada punto va aparte del anterior, una vez concluida mi ponencia se evidenciará cómo se entrelazan para formar un completo contenedor del Derecho.

Al comenzar a impartirse el Derecho en Roma, los juristas necesitaban comprender lo justo de acuerdo a los intereses de cada una de las partes, por lo que tratar de implantar una metodología a la resolución del universo de casos descubrieron y, sin ánimos de ser soberbia, es obvio, que era algo sumamente complicado de crear, además de redundante y, un detalle, inexistente. Así nace el vestigio de la idea del Derecho natural, la cual se desarrolla en la edad moderna, por lo que se considera que el Derecho es una virtud de discernimiento, otorgando

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

una relación sistemática lógica entre lo natural y lo jurídico. Aquí es donde nos encontramos en la bifurcación fuente o precedente. Si tomamos la opción fuente, implicamos conocimiento, algo estudiado, comprobado, una acción recurrente con una solución prácticamente idéntica, lo que convierte en inexistente esta correlación lógica con el Derecho. Por otra parte, si se usa el término precedente, si existe esta correlación.

Con el tiempo los precedentes han de convertirse en fuente, pero eso no existe al momento de traer a la vida por primera vez, segunda vez o centésima vez al Derecho.

Al hablar de la determinación de lo justo mediante un acto decisional, se hace referencia a que a través de la virtud del juez y en razón del derecho en acción, o también llamado caso, se determinará eventualmente, con posterioridad al análisis de lo expuesto por las partes, la cúspide y razón del derecho, LA IUSTITIA . El aunar este proceso en razón del fallo consiste en el acto decisional del jurista, cabe destacar que esta facultad de dirimir es otorgada por el Derecho y para el Derecho, de acuerdo a su característica más notable, la casuística, dándose su causa por el objeto, estando por tanto, hecha para resolver casos.

Para comprender el tercer punto es necesario comprender una cosa basal, y eso es que el Derecho en acción es mayor que el Derecho en potencia, lo que quiero decir con esto es que el Derecho en vida es mucho más grande, complejo y completo que la idea que se forma del momento en el que se necesite traer a la vida el Derecho.

Cuando se necesita de un jurista para dirimir un conflicto, se crea una acción, lo cual según el punto anterior va de la mano de un objeto en disputa. Este acto se determina como casuística.

Al necesitar de una acción para resolver el problema de interés jurídico existente, estamos reclamando algo, dando lugar a la aparición del término Derecho. Al reclamar algo que necesite de la acción casuística para resolverlo estamos hablando de cosas reclamables mediante acción, dicho de otro modo, todo aquello reclamable mediante acción es Derecho. El Derecho se define con la casuística, o sea, por la acción, aquello que los romanos llaman RES IPSA IUSTA.

Ya en claro el hecho de que el Derecho en acción es la cosa justa, es decir, las cosas reconocibles, verificables y constantes, es necesario pautar los espacios donde existe el Derecho en potencia, los cuales son los precedentes: jurisprudencia, veredicto y la ley. La jurisprudencia es el conjunto de fallos que ponen en marcha una suerte de línea punteada de ayuda para los fallos de los casos donde se traten las mismas cosas con el mismo fin de aquellos. El veredicto es la forma y fondo de fallar de cada jurista respecto la situación que se presenta ante él o ella. La ley es un conjunto de reglas emanadas de la autoridad del territorio donde se encuentren, destinadas a regular la conducta social del lugar donde son prescritas.

Aún con su importancia dentro del mundo del Derecho, sólo constituyen una parte pre y post ocurrido el iure, perteneciendo a la universalidad del Derecho. Ahora comienza la parte importante, donde se dibuja la línea de aquello que es Derecho, donde reside, y aquello que conforma el universo del Derecho, donde están las particularidades jurídicas reiteradas, las que existen como estudio que eventualmente pueden ser llevadas a acción. La acción no puede ser extraída de la idea de una acción futura o la enseñanza de una acción pasada que contribuye a determinar qué es lo justo, por lo que a pesar de ser la generalidad del Derecho, no es en sí misma Derecho esa universalidad, porque no existe en hecho, sino en idea.

Tal como sabemos, para que algo sea considerado ciencia, debe estar compuesto por una parte racional, una sistemática, otra exacta y otra verificable. Al hablar de Derecho, nos podemos referir a él de una forma filosófica, de forma histórica o incluso una forma humana, pero a veces se nos olvida su estado e importancia de ciencia exacta, en el tópico de racional, encontramos al Derecho compuesto por conceptos, juicios y raciocinio, enfocándose en hechos y no en razones subjetivas. En el tópico sistemático, el Derecho se conecta lógicamente entre sí, sin dejar vacíos que son utilizados por conjeturas poco prácticas, sino que dejando espacios que dan lugar a la generación de teorías fundamentadas que suplen los diversos posibles vacíos legales o lagunas del Derecho. En la forma exacta, se procura ser lo más claro y preciso, tanto en acción, como en universalidad, siendo exigible y realizable por cualquiera con capacidades básicas de comprensión. Por último, su carácter verificable, recae en que pueda ser comprobado empíricamente, cuando de su universalidad hablamos.

El Derecho como ciencia busca una verdad particular, determinando lo justo mediante un acto decisional y obteniendo su objetivo de otorgar a cada quién lo que le corresponda, tal como se indica en la premisa del Derecho Romano, por tanto, es una ciencia práctica, que se lleva a cabo en la acción o expresión del Derecho.

Para finalizar, me gustaría destacar la importancia del Derecho, además de su rol conciliador, su significancia y origen en sí mismo, el conocer qué es en realidad el Derecho, y agregar mis agradecimientos al gran profesor de Derecho Romano, Raúl Soto.

Bibliografía

Soto Villaflor, R. F. (2019). *Filosofía de la ciencia jurídica* (1st ed., Vol. 28). Marcial Pons-

Universidad Católica de Temuco. https://doi.org/10.5294/dica.2019.28.1.9

EL MODO DE CONCEBIR Y PRODUCIR EL DERECHO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA ETAPA TARDO MEDIEVAL, CON UNA MIRADA ENLA EDAD MODERNA*

Almendra N. Gonzalez Navarro
Universidad de Piura – Campus Lima
Profesora guía: Díaz Carrillo Lelia

Dedico este ensayo a todos los historiadores del Derecho, porque gracias a sus estudios podemos ampliar nuestro criterio jurídico y personal, al igual que nuestra cultura y podemos fortalecer nuestra visión al Derechovivido y actual.

INTRODUCCIÓN

El Derecho es una realidad histórica, concebida desde la Edad Antigua como ordenador de la historia humana, volviéndose inseparable de nuestras experiencias, dentro de los ámbitos sociales, políticos y económicos; y para alcanzar su concepción completa del mismo se hace necesario su exploración desde diferentes ángulos, proporcionándonos así una mejor visión del Derecho vivido, lo cual contribuye a determinar y marcar su evolución y comprensión de los procesos de este, que nos llevaron al Derecho actual. Y es justamente la Historia del Derecho, lo que nos dará acceso a diferentes interpretaciones del desarrollo jurídico, para así hacer más factible el conocimiento de la experiencia jurídica.

Especialmente porque de esta forma podremos comprender el pensamiento jurídico de diversas épocas, analizando cuestiones y textos jurídicos e interpretando lugares y doctrinas.

Nuestro objetivo es este ensayo es buscar pensamientos críticos, bajo un análisis de las experiencias, es decir, de la trama experimental. Aquella que nos llevará a un camino de mayor accesibilidad para un estudio más especializado y que traerá como consecuencia, una crítica más concisa que se evaluará tanto en los aspectos positivos como negativos.

Nos centraremos en el Derecho Medieval y en la determinación de cuál fue su contexto y qué cambios hubo a partir de los Códigos decimonónicos, para que de esta forma podamos, después de haber realizado un estudio conciso de estos, determinar cómo se llegó al Derecho actual (uno de los objetivos principales de la Historia del Derecho).

Así mismo, en primer lugar, debemos mencionar algunos de los antecedentes de las etapas mencionadas, para poder tener una mejor comprensión de estas. Partiendo de un Derecho antiguo, donde podremos comprender el Derecho sobre todo desde su origen y desde sus fuentes, como lo es el uso, que se basa en las manifestaciones jurídicas y las evoluciones de estas.

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

Y es que el Derecho surgió justamente porque la vida de los hombres en la sociedad estaba acogida entre una multitud de fricciones y/o vicios, de choques entre ellos, trayendo como consecuencia que, en su origen, el individuo siempre conduzca su vida a la defensiva, o, es más, cuando sus facultades eran vulneradas, atacando a su mismo defensor.

Aquellas conductas requerían ser estrictamente reguladas, por una serie de normas que se caracterizarían por estabilizar las acciones de los individuos en la convivencia social. Por lo que podemos decir que el Derecho nace con las relaciones entre los hombres, antes de que pudiesen formar las costumbres, ya que estos se conectaban mediante el uso de su propia razonabilidad (paraese entonces, aún no completamente madura), se relacionaban por vínculos de diversa naturaleza, lo cual se puede pensar como primera instancia, las conexiones de parentesco y consanguinidad, definidopor varios defensores de la familia como primera célula social.

Pero cabe señalar que aquellas normas no eran conceptuadas como jurídicas, tenían una percepción de moral junto a las ideas religiosas, lo cual, para ese entonces, era "normal" que exista una confusión entre estas y con el Derecho mismo. Pero aquellos instintos, como el de la conservación, no iban a durar por mucho tiempo, ya que los más débiles por diversas situaciones negativas se vieron en la necesidad de aliarse para defenderse de los más "grandes", por ejemplo, por sus discrepancias. (Young Bazo Jorge L., 1934)

Próximamente se van diferenciando las costumbres, las cuales se van convirtiendo en normas, ya que existía una conciencia propia del individuo de ese tiempo, en respetar aquellas acciones consuetudinarias, influenciada especialmente por la razonabilidad humana y sus tendencias, separándose de esta forma las normas religiosas de las morales, y las jurídicas. Aquello traerá la idea de Derecho, pero aquel proceso no fue de manera espontánea, al contrario, fue lento, perduró incluso por algunos siglos, generando que, de la costumbre, la cual todavía no entrará en la ciencia como lo explicaremos más adelante, nazca la ley escrita, el derecho positivo y próximamente diversas instituciones o componentes del Derecho que analizaremos en el presente ensayo.
Nuestro objetivo, no es entrar a analizar con mayor profundidad el origen del Derecho, pero para poder llegar al punto principal, debemos conocer bien sus antecedentes, para así, tener un mejor manejo en el estudio del Derecho medieval y moderno.

El Derecho en la Edad Antigua, se caracterizó por ciertas manifestaciones jurídicas de civilizaciones muy refinadas tanto a nivel cultural como a nivel intelectual, actualmente conocido como la civilización que reguló las actividades de los ciudadanos del Imperio romano, que desde su fundación fue un cuerpo legal vivo que se adaptó para cubrir las necesidades sociales, nos referimos al Derecho Romano.

El Derecho Romano se mostró muy complejo en todo aspecto, pero sobre todo siempre reflejó una imagen de eficacia y puntualidad en sus análisis, haciéndose conocido como unas de las civilizaciones jurídicas más influyentes de la historia occidental. Pero aquello no pudo haber sido posible, sin la gran labor de los denominados juristas, los cuales siempre se apoyaban en firmes y concisos fundamentos metodológicos, formando una cierta autonomía, es decir, fueron los que alentaron una actividad científica de altísimo nivel. Por ello es correcto decir, que el Derecho romano es obra de científicos, que se caracterizaban por tener a su vez una simplicidad (aquella que constituye uno de los principios básicos en el ordenamiento jurídico romano) en su manejo del estudio, ya que a los juristas no les preocupaba las construcciones brillantes, sino solo aquellas reglas claras, precisas y sencillas que

sirvenpara resolver los problemas de la vida.

Pero aquello no los limitó en crear una construcción sistemática, el cual explicaba en el plano jurídico la estabilidad y perpetuidad del dominio político romano, que tiene como evidente objetivo lograr el domino de su ambiente, bajo tres modos básicos: conquista, posesión y uso; para así poder acceder a sus recursos y preservarlo. (Arnoletto, 2014) Los juristas, debido a lo expuesto, debían tener un análisis estrictamente riguroso. Por ello su refinado aspecto argumental, su perfección formal y elegancia sistemática, serán una gran admiración, pero también imitadas, o siendo fuentes de estudio. La civilización romana se destacaba también por un deseo de pertenencia y de aportar un orden riguroso en el terreno de la propiedad y de los derechos reales (una de las figuras de las experiencias, las cuales colocan al individuo por encima de los objetos, otorgándoles una imagen de autonomía ante los demás, como si nos estuviésemos refiriendo a un esquema absolutista, ya que el poseer se reflejabacomo una expresión de libertad).

Habiendo expuesto lo anterior, ya podemos comenzar a sintetizar el objetivo de este ensayo: analizar en qué se valió el Derecho medieval, cómo y en qué se rigió, para poder efectuar una comparación de este con el Derecho después de los códigos decimonónicos; con esto podremos ampliar nuestro criterio y contribuirá a nuestra formación integral, proporcionándonos a su vez una mayor cultura y comprensión (objetivos propios de la Historias del Derecho) permitiéndonos acceder a las diversas clases de interpretaciones y comprensiones del desarrollo jurídico. (Kluger Viviana, 2003)

CONTEXTUALIZACIÓN DEL DERECHO EN LA EDAD MEDIA

El final de la Edad Antigua se ubica en los alrededores del año 476 a.C. con la caída del Imperio romano de Occidente, el cual se vio derrotado por las tribus bárbaras, desmembrando su antiguo territorio en un número diverso de reinos que emergerían durante la Edad Media. (Raffino María Estela, 2018) Dando paso diversas organizaciones pequeñas, denominados feudos, que marcaron el inicio de la nueva etapa de la humanidad: La Edad Media.

Pese a ser conscientes de las trágicas consecuencias que trajo consigo la caída del Imperio Romano de Occidente: Sepultar el Derecho, ignorándolo y siendo despreciado; para que volviera a seguir tuvo que ser en primer lugar fuente de atención de los burgueses, ya que fue su propia ideología burguesa la que tuvo como objetivo mostrarles a los individuos con una cierta razonabilidad un poco más madura, su propia unilateralidad; podemos conceptuar este acontecimiento radical en la historia de la humanidady del Derecho, como un impulso para desprenderse de lentes deformadoras y de obtener un enriquecimiento a nuestro conocimiento histórico – jurídico. Y así fue como lo vieron los juristas (del siglo XX), que fueron impulsados por una intención de liberación, entrar en contacto con el Derecho medieval y poder así construir un edificio jurídico nuevo.

Y es que el Derecho de la Edad Media, tiene su origen en dos sucesos que marcan el quiebre: Como el vacío estatal subsiguiente al desplome del edificio político romano y a su vez por la desaparición de la cultura jurídica como se mencionó anteriormente. (Paolo Grossi, 2006)

El nuevo Derecho encontró en el brotar de las costumbres su más vital manifestación y consolidación; fue por la recuperación del derecho romano y su aplicación al mundo medieval lo que implicó necesaria una redefinición de la costumbre, ya que antes no tenía relación con el mundo jurídico: Eltérmino aparecía en el Corpus Iuris, sin embargo, hasta el

fin de la época clásica los juristas romanos no habían considerado a la costumbre como fuente del derecho. Es más cuando los jurisconsultos dela talla de Gayo o Papiano utilizaban el término *consuetudo* lo hacían para oponerlo al de *jus*. Los juristas construyeron la categoría de ius consuetudinarium, concepto que no existía en el Corpus recuperado, que no solo incorporaba definitivamente la costumbre al ámbito del derecho, sino que también resolvía en el proceso de su definición el conjunto de las imprecisiones que se presentaban en el derecho romano. Así pues, fueron los juristas medievales quienes enfrentados a estas dificultades elaboraron la teoría de la costumbre. Pero ante una primera relación entre ley y costumbre; la confrontación se presentó con posterioridad cuando los juristas medievales comenzaron a operar con el término costumbre heredado del derecho romano y cuando se vieron ante la necesidad de combinar un sistema jurídico que era esencialmente universal con ordenanzas privadas, normas locales, estatutos municipales, etc., que tenían claras consecuencias políticas para la constitución del poder del príncipe. El trabajo de los romanistas, por tanto, debe entenderse dentro del proceso más general de constitución de la potestad normativa del príncipe. (Miceli, Paola (UNGS / UNICEN)., 2007)

Pero justamente refiriéndonos a un contexto de anterioridad o de posterioridad, debemos entrar a contextualizar el Derecho en dos etapas de la Edad Media: La Alta Edad Media, y la Baja Edad Media: Cuando nos referíamos a una Alta Edad Media (s. V – IX) nos situamos en un Derecho que, particularizado debido a una carencia de control central firme, se convirtió en la voz fidedigna de la sociedad, la cual protegía al individuo, permitiendo y alentando su supervivencia, junto a un impulso de querer tener un ordenamiento socio – política – económica. Mostrándose como experiencia jurídica factual porque descansa sobre hechos primordiales. (Paolo Grossi, 2006) En la Alta Edad Media existe una fragmentación política y jurídica; los Reyes carecen de poder efectivo y surge un fortalecimiento en la nobleza (señores feudales); surge una diversificación o particularismo jurídico, lo cual mencionaremos más adelante; priman los estatutos y las costumbres (derecho consuetudinario).

Por otro lado, el Derecho en la Baja Edad Media (s. XI – XV), se contextualizó siguiendo el destino del primer medioevo, dando lugar a un nuevo florecimiento de la dimensión cultural, pero se mantiene la ausencia estatal, teniendo como consecuencia la necesidad de nuevas categorías generales para ordenar la nueva complejidad: como empezaron a primar los estatutos y sobre todo, la costumbre, la interpretación del tejido consuetudinario pasó a responsabilidad de los individuos de la ciencia que enseñaban recientemente en las universidades; naciendo el término de ciencia jurídica, lo que en mi opinión es razón a su objeto de conocimiento (análisis del derecho del pasado) y a su método de investigación (técnica jurídica). Donde se pudo realizar recuperaciones de los textos jurídicos romanos, por parte de los glosadores y comentaristas.

El estudio por parte de las universidades, otorgó autoridad mediante la asunción de las fuentes romanas, aquellas que conceptuó como las más admiradas y consistentes en la historia jurídica, porque a comparación con los textos jurídicos actuales, los romanos sí tenían la intención de una protección total de individuo, lamentablemente hoy en día se ve una diferencia de clases en la práctica de las normas, que a comparación de las romanas existe una devaluación en el respeto y exigencias de estas, poniendo más difícil la formalización en los objetivos de las normas o leyes.

Esta posesión del estudio del Derecho, permitió darles a las fuentes romanas principios y reglas quela Iglesia romana había elaborado a través de un trabajo refinado y que defendió. De esta forma los estatutos y las costumbres locales siguieron conviviendo con un

Derecho científico universal quepermitía una mayor y mejor interpretación, pero sobre todo una integración de la insuficiencia de los Derechos particulares.

Fue justamente el pluralismo jurídico de la Edad Media, el que permitió la convivencia expuesta, uno integrado por los demonimados *iura propia* (referido al Derecho de las autonomías locales), y por el *ius commune,* aquella que se inicia con los glosadores y que es continuada por los comentaristas, el Derecho común se identifica en primera instancia con el "mos italicus" y también con el "bartolismo", pero es el Derecho romano el núcleo fundamental del *ius commune,* a la que incorpora otras corrientes menores; de ahí que con demasiada frecuencia cuando se habla de "Derecho Común" se piense sólo en el Derecho Romano. Para la elaboración del "*Ius commune*" se utilizaron todas las partes de la obra justinianea, aunque el peso principal radicó en el Digesto y en el Código.

En resumen, el Derecho Común fue elaborado sobre las bases del Corpus Iuris Civiles y el Corpus Cononici; con el propósito de la búsqueda de soluciones a realidades más complejas en los ámbitos políticos (en la regulación del poder) y en el económico (regulación comercial). Pero considero quegenera una cierta dependencia para su estudio y aplicación creando un "estamento de los juristas". Mas cabe señalar, que no es una continuación del derecho romano, ya que se integró de todo el conjunto de elementos medievales que le rodearon, porque en realidad el *ius commune* fue un "gran hecho de civilización medieval". (Cruz Barney Oscar)

Este Derecho medieval se trataba de un Derecho científico, construido por una ciencia jurídica quese apoyó en el derecho romano y en el canónico, sobre este último opino que no influyó en la misma magnitud que el Derecho romano, pero es en este también en el que se apoya el Derecho común. Pues justamente ese apoyo y esa confianza que depósito el Derecho de la Edad Media, hizo que quiera autocalificarse como una *compañía* de intérpretes de las fuentes romanas.
Tuvo como fundamental herramienta a una perspectiva de equidad – aquella que estrictamente considero que hace falta en mayor magnitud en nuestros días, por diversas dimensiones que coloca los intereses particulares por encima de los comunes, bajo un proceso formado por vicios y actitudes que van en contra a lo establecido, anhelo que se pueda mejorar en esto y cumplir con el objetivo dela equidad y todos tengamos una visión de esta al igual que el Derecho medieval, donde podamosbasarnos en darle a cada uno lo que le corresponde, sin la "necesidad" de favorecer a particulares, perjudicando a otros. Por lo que considero, que las normas sí son adecuadas, lo que vendría a mejorar sería el proceso, pasar paulatinamente de un proceso engorroso a uno más factible – la cual tuvo comoobjetivo conseguir que le Derecho fuera un ordenamiento provechoso adecuado y no de coacción.

El Derecho científico (que destacó más en la Baja Edad Media), inspiró a los científicos a poder establecer sus propias conclusiones y no limitarse en solo el entendimiento y explicación, sino que ya pueden ampliar su criterio de análisis y de propuestas. Aquello lo relaciono directamente con los comentaristas o posglosadores, debido a que sus comentarios no se limitaron a la glosa de los textos romanos, sino que integraron los derechos locales y todo aquello que por contraposición al derecho común era de carácter popular o propio. (Cruz Barney Oscar)

CONTEXTUALIZACIÓN DEL DERECHO EN LA EDAD MODERNA

Las profundas discrepancias y desarreglos estructurales que acontece Europa durante los siglos XIV y XV darán lugar a un conjunto de cambios en los aspecto social, económico,

político y cultural que caracterizarán la llamada Edad Moderna, un periodo en el que se produce el proceso de transición al capitalismo y que supone la superación paulatina de las constricciones de todo orden vigente en tiempos medievales. (Pérez Celada Julio A.)

En el presente ensayo no nos centraremos en explicar cuál fue el quiebre entre la Edad Media y Edad Moderna, nuestra meta es dar una visión más clara de cómo se desarrolló el Derecho en estos tiempos. Y es que el anagrama por el que destaca la Edad Moderna en su aspecto jurídico es dar un cambio o tomar otro rumbo con respecto al Derecho ya construido en el medioevo; es decir, aparecerá un sujeto político firme con vocación totalizadora: El Estado.

Aquel Estado que considero que se define como un Estado Legal de Derecho, donde la ley se convierte en la primera fuente de la juridicidad; dentro de un sistema jurídico, donde se reconoce laexistencia de la Constitución a la par que la ley. Donde su pudo reconocer a la Constitución comonorma, pero solo en la parte referida de la comunidad política y de los Poderes Públicos, y en la parte que regula la producción de las demás normas. De este modo, se creó un Estado, que abarca una Constitución como norma que regula la producción de las demás, por ello opino que a la Constitución se le conceptuaba como norma. Pero yendo por el aspecto de los derechos humanos, no se le podría considerar como tal, porque aquellos no eran tomados como normativos, sino como una aspiración política, porque no tenían naturaleza jurídica, pero sí política.

Aquello meritó que suceda un cambio de identidad hacia el príncipe, el que se concibe ahora como un sujeto que detenta un poder absoluto, la soberanía, y es que el príncipe medieval se identificaba con funciones de alta justicia, se definía como el gran justiciero de su pueblo, dejando al ordenamiento jurídico de la sociedad en la praxis y la ciencia, en cambio, el príncipe moderno ya intuye el valor fundamental de Derecho, es más consciente de su importancia y su uso.
Siendo el Estado un sujeto jurídico donde sobresale la preeminencia del príncipe, en la que estriba la soberanía, y que aparece como aquella institución que ostenta la exclusiva legitimidad del poder público, rechazando cualquier superioridad ajena al largo del Antiguo Régimen. Al Estado le corresponde gobernar con justicia y que el derecho sea respetado, por lo que el mismo monarca asegura acatar las leyes, velando por la paz de la comunidad.

Debido a lo expuesto, se le puede llegar a definir al príncipe como un legislador, y como consecuenciaal Derecho como legislativo.

CODIFICACIÓN DEL DERECHO

La codificación se convirtió en una condición necesaria para el fortalecimiento del derecho y de lasprácticas jurídicas, haciendo de los códigos una vía de afianzamiento de un sistema burocrático. El Derecho codificado llegó a ser visto como una extensión de la dominación estatal y como una prolongación de las tendencias hacia el monopolio por parte del Estado. Aquella necesidad de codificación se pudo interpretar también como una expresión de la burocratización. Pero el instaurar una burocracia facilita la lucha del Estado moderno con las formas "tradicionales" de dominación, es decir, con las centradas en la trasmisión de costumbres. Por lo que la codificación no solo tuvo como problema la dispersión de normas, sino aquellas que contradicen a la dominación estatal independientemente si tienen un carácter formal o informal.

Lo que generó graves consecuencias, porque como se mencionó, el Derecho se estatalizó, pero a su vez, se particularizó por su visión y proyección geográfica que se limitaba a la del

Estado particular. Y fue el príncipe que, dentro de su intención de controlar el Derecho, terminó siendo perjudicado, ya que iba perdiendo constantemente sus viejas connotaciones pluralistas, porque ya estamos abarcando a un monismo, que se refiere a que debe haber un solo sistema jurídico jerarquizado y centralizado en cada Estado.

Pero fue la codificación del Derecho lo que se convertiría en el acontecimiento más significativo de la Historia jurídica continental, al que lo puedo definir como un fenómeno histórico, cultural y espiritual de Occidente, que nace en el siglo XVII, en plena época moderna; donde siempre se presentaba una intención de unificar el Derecho en cuerpos únicos, con un método distinto al medieval. Fue una obra grandiosa, pero sobre todo admirable, que pretendió (pese a que no lo logró plenamente) ser la norma exclusiva de un Estado y presentarse a sí mismo como el más completo símbolo de la dimensión jurídica de este. No obstante, su modelo más perfecto o más acabado fue el Código Civil de Francia de 1804, donde los juristas de Napoleón lograron formular lo que había sido la aspiración secular del siglo XVI en adelante: construir un nuevo cuerpo de derecho. Pero para llegar al mejor resultado, siempre habrán intentos previos, y esta no fue la excepción porque en Prusia de 1794, se promulgó el código de *Allgemeines Landrecht* por el Rey Federico, pero este no logró escapar de la mentalidad y de la perspectiva medievalista; de la misma forma en Baviera en 1756 (GUZMAN), el monarca logró formular un código que del mismo modo estaba relacionado con una mentalidad antigua y que humildemente considero que no hubiese aportado en gran magnitud porque con el tiempo o ya para ese entonces la mentalidad y perspectiva del individuo estará más desarrollado, al igual que tendrá una razonabilidad más concisa y madura, la cual es justamente la que considerará impensable una situación de arbitrariedad en la administración pública y con respecto a los ciudadanos considerados así mismo como poderosos a nivel social y económico; y fueron aquellas características de los demás o anteriores códigos mencionados los que a su vez desde mi perspectiva incentivó más a una mayor admiración al Código Civil francés, debido a las características que los diferenciaban de este.

Pero esta no fue la única faceta resaltante de la Edad Moderna, porque como ya se expuso, también se manifiesta la estatalización del Derecho, considerando al Estado como el único sujeto que está en condiciones de transformar en jurídica una vaga regla social, en que el Derecho se expresa solamente a través de la voz del Estado, de manera en que se cancela radicalmente el pluralismo jurídico.

Y fue justamente este cambio radical de Derecho que especialmente se refiere a las codificaciones, porque al unificar el Derecho se permitió tener una mayor acceso a este, trayendo como consecuencia una nueva perspectiva jurídica y personal por parte del individuo ya más maduro o modernizado intelectualmente, que en conjunto se conceptúa como una civilización moderna, la cual ya lucha por sus intereses y por el bien común, ya que habían sido reprimidas e ignoradas pero sobre todo obligadas a estar bajo una subordinación ante las clases autodenominadas poderosas o "superiores".

Pero detrás de un nuevo sistema de Derecho abarcado por los códigos, en los que se reflejaba muy bien la más genuina conciencia jurídica burguesa, es el Estado por el que atravesará a pesar que en primera posición se vea un cambio positivo para el bien común, una notoria incapacidad de ordenar aquel crecimiento en los instrumentos legislativos, sin embargo, también tuvo grandes complicaciones que aumentaron la magnitud de su crisis, con respecto a la multiplicación y superposición de diferentes estratos de la legalidad, lo cual se vio aún más perjudicado en el plano intraestatal como transestatal, porque en el primero apareció una nueva fuente, la Constitución y en el segundo surgieron normas emanadas de las estructuras comunitarias internacionales. (Paolo Grossi, 2006).

Pero para profundizar en este último punto de la Constitución debemos entender en primer lugar su concepción, por lo que señalaremos la definición realizada por el jurista alemán Carl Schmitt queentiende a la carta magna en 3 referencias:

- Organización de las fuerzas que dominan la sociedad y establecen un orden.
- Sistema normativo, que puede entenderse como el alma del Estado.
- Devenir dinámico de la unidad política, la transformación de esa organización de fuerzas y ese sistema de normas y sus necesidades para adaptarse a las nuevas circunstancias y fuerzas sociales y a las demandas que representan, refiriéndose a la necesidad de cambio que las Constituciones van experimentando y al cambio de las sociedades reguladas por estas.

(Paoli Bolio, 1927)

Pero la Constitución del siglo XX, no fue un conjunto de principios filosóficos y políticos, sino un conjunto orgánico normativo que vincula a los ciudadanos y también a los mismos órganos del Estado, el cual emana del pueblo ya denominado constituyente y que se hacen poseedores de los valores que circulan en la sociedad. La Constitución es la imagen de la sociedad implicando su primacía sobre el Estado.

Estado que necesitaba una visión geográfica plena, sobre en el que erradicaría el nuevo rumbo que en el Derecho se ha establecido, para que de este modo se pueda proyectar y a su vez ejercitar su dominación definida como soberanía, aquella que consiste en que ninguna autoridad puede imponer su voluntad a un Estado, sin embargo, bajo la concepción del Derecho fue reconocida como el respeto debido al territorio (relacionándolo justamente a lo mencionado); pero este término aparece en sentido jurídico exacto, como un acto de defensa que se produce al terminar la Edad Media para comenzar el Renacimiento, buscando por parte de los legistas reivindicar la supremacía que se vio perjudicada por los motivos ya expuestos de sus príncipes, pero considero que esta nunca llegó a ser como un esquema absolutista, al contrario, lo considero como uno relativo y si es que se llega a conceptuar como absoluto, sería un sinónimo que la libertad rechazaría plenamente, porque esta permite a cada unodecidir, siendo un medio para el servicio al bien común.

Para concluir con este punto, mencionaré la definición por la que Kelsen optaba para el Estado, el cual lo consideraba como la comunidad políticamente organizada constituida por un ordenamiento coercitivo, que es el derecho, Kelsen consideraba que todas las manifestaciones del Estado podrían ser interpretadas como dentro de un mismo sistema normativo, donde menciona al territorio como el ámbito de validez de las leyes y al pueblo como la esfera humana de las misma (refiriéndose especialmente al Estado moderno). (Fernandez Manzano)

De la misma forma citaré la definición un jurista alemán sobre el Estado:

> *"De acuerdo con el uso actual del término, el Estado es el status político de unpueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales" (Carl Schmitt)*

Empero, opino que todo esto se rige bajo un factor muy importante del Estado, sobre un espacio inmaterial denominado "sociedad", la cual se organiza prescindiendo de una proyección necesariamente geográfica, pero este pasa a segundo plano porque es en la sociedad donde el Estado podrá regir su dominación, no obstante, subordinado a su

necesidad de las relaciones entre los individuos.
El concepto de derecho se liga directamente con el término de sociedad porque se relaciona en lossentido de reciprocidad y complementariedad, ya que lo que no transciende de la esfera individual y no supera la vida del individuo concreta en cuanto tal no es derecho; asimismo cabe señalar, que noes propio mencionar o definir el término de sociedad sin conectarlo como ser un fenómeno jurídico, por lo tanto, esta debe entenderse no como una simple relación que se da entre los individuos, ya que siempre tiene que estar presente una relación con lo jurídico, por lo que no cabe señalar el ejemplo de sociedad como una relación de amistad entre dos individuos.

Hasta ahora, todo lo expuesto nos da a entender que su concepto debe estar compuesto (relacionándolo con lo anterior) por un orden social, excluyendo como se explicó cualquier situación de arbitrariedad, es decir, evitando toda fuerza desordenada no propio de la sociedad, porque esteorden social no es el que viene determinado por las normas en las relaciones sociales, sin excluirlas porque más bien se sirve de ellas para posteriormente superarlas, convirtiéndose el derecho en una organización o estructura y posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y la que considera como unidad. (Romano)

CONCLUSIONES

Finalmente, el camino por el que nos llevó Grossi, habiendo analizado varios de sus aspectos en este presente ensayo, nos determina varias premisas importantes, los cuales a pesar de la complejidad de laestructura que el Derecho tiene en su medioevo, nos deja entrever que no es un análisis fijo o único,al contrario, queda con el objetivo de que los lectores puedan abrir su propio debate y entendimiento. Pero se entiende que la caída del imperio romano produce un gran vacío político, lo cual fue cubierto por el Derecho; aunque en la época tardía del imperio ya se empieza a dar una estructura medieval en las que se rompen los vínculos de una autoridad estatal totalizante. Por ello Grossi lo determina como un anagrama de la civilización jurídica, el cual no necesariamente está solo. Por consiguiente, el Derecho medieval, es auténticamente europeo, que porta en sí muchas manifestaciones autónomas, pero estas no le hacen perder su calidad.

Además, es importante mencionar, coincidiendo con Otto Gierke, historiador de derecho y políticoalemán, que la Edad Media es una pieza fundamental para poder comprender y estudiar nuestro derecho actual. Por ello, no se puede percibir el medioevo como una etapa ajena a nuestra actualidad y a nuestro proceso histórico, ya que a través de su propia descomposición, se fue creando paulatinamente los elementos para la edificación del Estado basado en los conceptos del DerechoNatural, el cual justamente está vinculado con los recurrentes problemas de la historia jurídica humanadonde encuentra el primer motivo para su gran vitalidad, discurriendo estrictamente con la desconfianza y estando íntimamente vinculado con el Derecho positivo, es decir, con el que está impuesto por una autoridad formalmente legítima para ejercer poderes en un territorio y que en la actualidad se considera bueno porque proviene de la autoridad soberana, pero que en lo personal discrepo por diversas coyunturas que actualmente estamos atravesando pero que no caben mencionar en el ensayo por obvias razones.

Igualmente concluimos que dentro de la Alta Edad Media hubo el régimen de organización social que la caracterizó después de la decadencia del imperio carolingio fueron los feudalismo , es decir, un poder local, donde los nobles gobiernan sobre territorios limitado y escalonado, donde existen pequeños estados, y en es en la Alta Edad Media donde no se pretendía inventar el derecho, sino simplemente descubrirlo; mientras que en la Baja Edad Media se empieza a constituir un poder estatal y global (o territorial), y es donde

hay una expansión del catolicismo el cual se impone frente a otras religiones con minoría de seguidores, así, pues, con las tensiones jurídicas de la Baja Edad que tienen el objetivo de eliminar toda posible situación de absolutismo, se encuentra la polaridad de la ley general y del privilegio, del derecho objetivo y del subjetivo; el primero, en general, aunque no absolutamente, mantenido por el rey y su círculo de juristas; el segundo, defendido generalmente por los estamentos privilegiados, que tienden a mantenerlo en la medida de lo posible frente al otro derecho

Por otro lado, tras haber abarcado y analizado el Derecho y su contextualización desde La Edad Media, habiendo señalado incluso sus antecedentes a este, hasta después de las codificaciones decimonónicos, hemos concluido que estos códigos a pesar de ampliar la perspectiva que el individuo para ese entonces poseía sobre sí mismo, y el Derecho, permitiendo así una unificación de este y a su vez un mayor acceso, ocasionando que el hombre de la Edad Moderna constituya sus derecho y su visión jurídica más desarrollada y plena, junto con una razonabilidad más madura, lo cual hace que quiera luchar por el bien común, especialmente excluyendo la arbitrariedad en todo aspecto y cualquier fuerza desordenada; trajo diversos problemas bajo ya un Derecho estatalizado, por ejemplo: la imagen perjudicada del príncipe, el cual tuve una crisis por parte de la preeminencia que proyectaba ante las personas y que a pesar de que sus legisladores trataron de reivindicarlo, no se pudo.

De igual forma ante este nuevo Derecho constituido tras las nuevas codificaciones, incluso el mismo Estado paso por una crisis, porque no supo manejar este crecimiento y sobre todo por no saber organizarlo, a pesar de que se aproximaba gracias a este nuevo rumbo del Derecho y nuevo esquema jurídico, cambios positivos para el bien común, pero este Estado no pudo con el manejo desde antes de que pase ya que a mí opinión como no fue este un proceso inmediato, se pudo optar por hacer prevenciones, asimismo como se explicó, lo que aumentó más la crisis del Estado fueron la multiplicación y superposición de estratos de la legalidad.

Sin embargo, como bien se ha señalado, se estaba próximo a cambios positivos, por ejemplo, el crecimiento y desarrollo del intelecto y de la razonabilidad del individuo tanto en el aspecto personal como jurídico.

A su vez, las codificaciones permitieron la renovación de los cimientos jurídicos, ya que se aprovecha cualquier coyuntura histórica para analizar y estudiar antiguas disciplinas de las instituciones jurídicas (propio de la Historia del Derecho) para relacionarla con las posteriores o presentes, junto con un nuevo sentido, gracias a los aportes de diversas doctrinas.

Pero una de sus consecuencias más destacadas y como hemos venido explicando, es que lograron una contribución a la estabilidad del Derecho, porque las leyes "desordenadas" o no unificadas no podrían aportar mucho, incluso considero que hacia una imagen de soberanía o de respeto, por el contrario, en un código hay un mayor acceso a esto, y es más difícil su sustitución debido a que su obra legislativa es lenta, compleja, que requiere una ardua labor de comisiones, estudios, etc. También permitió una mayor facilidad en el conocimiento y aplicación de las normas, porque al ya estar ordenadas y unificadas, se daba una visión de ellas en menor cantidad de manera eficaz.

Permitiendo elaborar los principios generales que han de servir de base para adaptar el Derecho a la vida, pues al estar estos bien establecidos de manera clara y concisa, se puede desarticular alguna pieza sustituyéndola por otra.

Por último, brindo mi agradecimiento a la motivación que me proporciona la Historia del Derecho para poder analizar y querer estudiarlo e igualmente a la presente oportunidad de pertenecer al Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano, impulsándome así a esforzarme más cada día para ofrecer mi mejor desempeño en cada aspecto, siendo consiente que aún me falta mucho por aprender y por ello es mi compromiso de una fidedigna responsabilidad hacia el curso y a mi carrera o facultad de Derecho. Sobre todo, porque este trabajono se hubiese podido llevar a cabo sin la óptima enseñanza de los docentes y por las fuentes que nos ofrecen para concluir un trabajo merecedor del curso. E igualmente les propongo a los lectores que continúen ampliando su conocimiento estudiando nuestra historia en todo aspecto, para poder entender y mejorar nuestra actualidad y futuro, alcanzando el bien común y ser partícipes del gozo en una sociedad estable que opte por la equidad y donde no se acepte la arbitrariedad, pero siendo conscientes que para que ello suceda, también debemos mejorar nosotros, por nuestro propio bien yel de los demás.

Gracias.

Referencias

Arnoletto, E. J. (2014, 9 de mayo). Dominio Politico. *Plataforma Digital De Economía, DerechoY Otras Ciencias Sociales Y Humanas*. https://leyderecho.org/dominio-politico/

Carl Schmitt. Orígenes y primeras defensas del Estado moderno. https://eprints.ucm.es/id/eprint/37495/1/Ori%CC%81genes%20y%20primeras%20defensas% 20del%20Estado%20moderno.pdf

Cruz Barney Oscar. Historia del derecho en México: Los glosadores, los posglosadores y elhumanismo jurídico racionalista, 24–28.

Fernandez Manzano, J. A. Orígenes y primeras defensas del Estado

moderno, 11.GUZMAN, A. LA CODIFICACION DEL DERECHO.

Kluger Viviana (2003). Conceptos: Historia del Derecho: ¿Para qué? https://uv.udep.edu.pe/pluginfile.php?file=%2F523818%2Fmod_resource%2Fcontent%2F1% 2FViviana%20Kluger-%20Historia-del-Derecho.-Para-qu%C3%A9.pdf

Miceli, Paola (UNGS / UNICEN). (2007). El derecho consuetudinario en la Edad Media: entrepráctica y norma. Un abordaje historiográfico. https://cdsa.aacademica.org/000-108/811.pdf

Paoli Bolio, F. J. (1927). El Constitucionalismo en la Edad Moderna, 4. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4426/8.pdf

Paolo Grossi (2006). La primera lección del derecho parte I.

Pérez Celada Julio A. LA TRANSICIÓN DE LA EDAD MEDIA A LA EDAD MODERNA: Una perspectiva estructural.

Raffino María Estela (2018, 30 de agosto). Edad Antigua. *Concepto*. https://concepto.de/edad-antigua/

Romano, S. El concepto de ordenamiento jurídico parte I (1).

Young Bazo Jorge L. (1934). ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO.

SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO ENLAS UNIVERSIDADES DE COLOMBIA*

[*On the importance of the teaching of Roman Law with a gender perspective in the universities of Colombia*]

María Alejandra Caicedo González
Universidad Externado de Colombia

Resumen/Abstract

Esta investigación tiene como propósito demostrar porqué la enseñanza del Derecho Romano sin perspectiva de género, supone un problema y un obstáculo para la formación de profesionales integrales, pues la metodología de enseñanza frecuentemente perpetúa el machismo y la misoginia, omitiendo la crítica necesaria a la violencia contra la mujer como un fenómeno que caracterizó, entre otras cosas, a la Roma Antigua. Para ello, el texto expone al Derecho Romano como un sistema esencialmente patriarcal, y la necesaria influencia -en su mayoría perjudicial- que eso conlleva en la enseñanza de este. Luego será pertinente analizar la importancia y los efectos de aplicar la perspectiva de género en el estudio de esta asignatura, concluyendo con el planteamiento de algunas estrategias pedagógicas y académicas para que los docentes y estudiantes involucrados en la enseñanza y aprendizaje del Derecho Romano en el pregrado de Derecho, podamos percibir y asimilar la experiencia histórica y jurídica de la sociedad de la antigua Roma con un enfoque de género, que a su vez nos proporcione herramientas para identificarla como uno de los posibles orígenes de la discriminación contra la mujer y cómo se justificaba para esta civilización su condición jurídica con relación a los hombres. En el mismo sentido, la investigación busca también proponer la inclusión de los textos académicos escritos por mujeres juristas y/o historiadoras en torno a los temas que se enseñen bajo esta materia, en la bibliografía usada y recomendada para las clases con el fin de fomentar y visibilizar la labor y la participación de las mujeres en este campo.

Palabras clave

Derecho Romano - enseñanza del Derecho Romano - perspectiva de género – mujer romana – historia de la Roma Antigua -

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

I. EL DERECHO ROMANO ES EN ESENCIA UN SISTEMA PATRIARCAL

El patriarcado es un concepto antiguo que ha sido relacionado por muchos autores a lo largo de la historia y utilizado mayormente por el feminismo para construir sus teorías. Alda Facio refiere que es un sistema que justifica la dominación de lo masculino sobre lo femenino,de los hombres sobre las mujeres, sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de estas últimas[1]. El termino patriarcado no solo es útil para caracterizar civilizaciones antiguas, sino también para reflexionar en torno a los impactos de ese sistema en la sociedad actual. La misoginia, el machismo y la violencia contra la mujer son unas de las tantas formas de expresión o materialización de un sistema patriarcal.

El Derecho Romano es un sistema que, entre otras cosas, revela a nivel jurídico la experiencia de la sociedad romana con estructura patriarcal -respecto de la condición de la mujer- que heredó de otras civilizaciones antiguas como la griega. Esto tiene sustento no solo en la forma de organización de la sociedad romana, sino también por las diferentes instituciones incluso de rango jurídico que evidenciaban el *status* de la mujer siempre inferior al hombre, como lo reconoció Papiniano en *Cuestiones libro XXXI* "En muchos artículos de nuestro derecho es peor la condición de las hembras que la de los varones"[2].

Si el sustento de este sistema se centra en la organización de la familia, se hace evidente el carácter patriarcal de la civilización romana antigua, más aún cuando la misma surge con la figura del *pater* encabezando las *gens* fundadoras que se asentaron en el lacio cerca del 753 a.c. Nadia Rosso respecto del patriarcado:

> El origen del término remite a una forma de organización familiar en la que el patriarca, el padre de familia, se erigía como líder, dueño y poseedor de todas las personas de su familia, pero esta forma de organización se desdobla abarcando mucho más que únicamente la familia nuclear.[3]

Aun cuando el papel de la mujer en relación con los demás individuos que conformaban esta civilización atiende al contexto histórico y las dinámicas sociales de la época, no por ello deja de ser uno de los escenarios origen de la discriminación contra la mujer con base en el género, y un sustento de la violencia ejercida contra las mismas, que permeó la historia de la humanidad y que permanece viva al presente.

Como lo relatamos precedentemente desde la estructura de la sociedad romana, y con énfasis en instituciones como la familia, se puede evidenciar la materialización del sistema

---

1 FACIO, A. & FRIES, L. *Feminismo, género y patriarcado*.

2 PAPINIANO, *Cuestiones libro XXX1*. D. 1,5,9.

3 ROSSO, N. *El sistema patriarcal: sus fundamentos y funcionamiento*. (2016). [visible en internet:https://www.academia.edu/]

patriarcal, pues era el *pater* quien encabezaba la familia y además tenía bajo su potestad a los *alieni iuris*, que bien podrían ser sus hijos o hijas, y/o su esposa y nueras si el matrimonio había sidocelebrado *cum manu,* es decir, si la mujer había ingresado a la potestad del marido.

En ese sentido, el papel de la mujer libre y aún de la mujer esclava siempre ha estado marcado por la domesticidad e inferioridad frente al hombre libre y al hombre esclavo. A la primera se le exigía seguir el estereotipo de *mater*, o matrona, dedicada a la crianza de sus hijos ehijas en contraposición al *pater* encargado de los negocios y el ejercicio de la ciudadanía, o la esclava, que principalmente se encargaba de las labores domésticas[4] en contraposición al esclavo considerado un instrumento patrimonial del pater. Si fijamos la mirada incluso en el papel de la hija mujer frente al hijo hombre, también encontramos que el derecho se encargó de tratarlos diferentes con basa al género[5].

No solo en la esfera privada sino también dentro de las instituciones políticas se evidencia la supremacía de lo masculino frente a lo femenino. Bastará decir que ninguna mujer podía ostentar cargos públicos como las magistraturas en época republicana, ni mucho menos imaginar que pudiera tener el título de *prínceps* para la época imperial. Cid López menciona que la mujer romana siempre se visualiza en función del hombre y se delimitan sus características en oposición a lo que se reputa de un varón:

> Inmersas en un modelo patriarcal, en los discursos masculinos ellas son representadas como las otras frente a los varones; es decir, está muy presente el concepto de alteridad, de modo que la mujer se imagina diferente y por oposición a los rasgos que definen al aner griego, o el vir romano. Esta oposición implica una relación desigual, ya que el discurso masculino es hegemónico y define a la vez el papel social de las mujeres, siempre en desventaja en privilegios, derechos y deberes. En este sentido, en las sociedades antiguas, no sólo la grecorromana, como en otras posteriores en el tiempo, las mujeres, como protagonistas de los hechos históricos, son auténticos sujetos subalternos en las representaciones culturales y en la realidad cotidiana.[6]

Quizá en todas las civilizaciones de orden patriarcal podemos ver expresiones de la misoginia, le machismo y la violencia contra la mujer, en la antigüedad y en la actualidad. Sin embargo, el distintivo que exponemos sobre la Roma antigua comprende además dos fenómenos evidentes y problemáticos: la historia de esta sociedad la podemos leer únicamente a partir de fuentes epigráficas y fuentes literarias que pretenden relatar los acontecimientos de la época

---

[4] Estas labores domésticas que realizaban las esclavas no se apreciaban patrimonialmente, pues no representabanun valor monetario ni eran compensadas económicamente.

[5] TORT-MARTORELL, C. *Reflexiones sobre la perspectiva de género en la docencia del derecho romano. La docencia del derecho conperspectiva de género.* (2018).

[6] CID LÓPEZ, R. M. *Imágenes del poder femenino en la Roma antigua. Entre Livia y Agripina*, en *Asparkía: investigaciónfeminista*. (2014). (25), p. 179-201.

siempre a partir de la voz masculina, y no de cualquier voz masculina; y además, es el mismo sistema jurídico -el derecho romano- el que respaldada mediante sus instituciones, sus fuentes y sus prácticas la inferioridad de la mujer frente al hombre.

De ahí que, hoy en día encontremos narrativas de las vidas de muchas mujeres del Imperio Romano, que aun cargando con el peso del patriarcado sobre sus hombros, aun estando condenadas por el mismo derecho al que le correspondía liberarlas, aun con la tajante imposibilidad de elevar su voz y tener voto, y sin poder poder ocupar el "mismo lugar" de los hombres, quedaron en la memoria de la historia y jugaron un papel clave, y no en clave masculina, como motor de la sociedad y del Imperio Romano.

II. ¿CÓMO SE ENSEÑA EL DERECHO ROMANO EN EL PREGRADO DEDERECHO EN LAS UNIVERSIDADES DE COLOMBIA?

La enseñanza de esta materia en la carrera de derecho en su mayoría constituye un requisito para obtener el título de abogado o abogada, y se incluye en el plan de estudios comouna asignatura independiente o en ocasiones ligada a alguna que retome la historia del derecho.[7] En todo caso, la enseñanza de la historia del Derecho Romano, y/o de las instituciones jurídicas propias de la Roma antigua, necesariamente transmite las manifestaciones de este sistema patriarcal, no solo porque las mismas fuentes de las cuales obtenemos la historia, lo ponen depresente, sino porque también tenemos acercamiento a las fuentes jurídicas que de primera mano demuestran la realidad de los contextos de la época.

El programa de Derecho Romano se centra en dos grandes ítems, principalmente: la historia del Derecho Romano y el régimen de obligaciones[8]. Sin embargo, en algunas universidades la enseñanza se extiende a otros aspectos relevantes, tales como: el procedimiento civil, el derecho civil de las personas, bienes y sucesiones. Esto conlleva a que no solo se analicela historia constitucional desde el punto de vista político y bélico, sino también a poner de presente la situación jurídica de los sujetos de la sociedad, instituciones como la esclavitud, la religión, la familia, el matrimonio, la maternidad, los delitos, las herencias, entre otras.

En ese sentido se hace especial énfasis en el Derecho Romano como la base del derecho privado, muchas veces apreciándolo sólo bajo el régimen de las obligaciones y los contratos, convirtiéndose así en una asignatura necesaria antes de ofrecer a los estudiantes el estudio de ramas del derecho contemporáneo. Sin embargo, esto no obsta para ignorar que en cada una de estas instituciones del derecho privado, se pueden apreciar las estructuras patriarcales y sus perjudiciales expresiones, verbigracia, basta recordar que en las fuentes del *Digesto* jamás se

[7] CELLURALE, M. *Estudio y enseñanza del Derecho Romano en Bogotá, en Revista De Derecho Privado*, (2007). (12-13), 5-51. [visible en internet:https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/558]

[8] CELLURALE, M. *Estudio y enseñanza del Derecho Romano en Bogotá, en Revista De Derecho Privado*, (2007). (12-13), 5-51. [visible en internet:https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/558]

concibe a la mujer como un sujeto del derecho de los contratos, o se rechaza la *vis* que pretende viciar el consentimiento de un contratante, pero no se hace mención alguna a la violencia que sufrieron las mujeres bajo una civilización tan violenta como la romana.

1. *Metodología de la enseñanza a partir de fuentes directas.*

El estudio y la enseñanza del Derecho Romano se hace, en gran parte, a partir de la lectura y análisis de las fuentes jurídicas y literarias directas de la experiencia de la antigua Roma, todas ellas elaboradas por hombres situados en un contexto determinado. Frecuentemente se apunta al uso de pasajes del *Corpus* que permitan acercar al estudiante a las opiniones de los juristas o a las constituciones de los emperadores y así comprender las dinámicas y las instituciones del derecho. Aun cuando no se haga un análisis profundo de la fuente, su mención es casi permanente en el desarrollo de las explicaciones académicas.

Entre esas fuentes que se usan mayoritariamente para la explicación de los diversos tópicos en la asignatura, tenemos como fuentes directas jurídicas: *Corpus Iuris Civilis*. Obra pensada por un hombre y elaborada por hombres, que a su vez está compuesto por los cuatro libros, i) *Instituta*, el manual de Derecho Romano elaborado por el emperador Justiniano, ii) *Digesta*, que reúne las opiniones de la mayoría de juristas hombres, iii) *Codex*, donde se encuentran recopiladas las constituciones imperiales desde Adriano, todas proferidas por hombres, y iv) *Novellae*. También se hace uso frecuente de *Gai Institutiones*. Manual del jurista del siglo II d.c, aquien posteriormente debían citar en virtud de la Ley de Citas. *Codex Theodosianus,* propuesto y promulgado por hombres.

Se acude también a estas fuentes literarias directas: (i) Tito Livio. *Ab urbe condita*[9] (ii) Dión Casio. *Historia Romana* (iii) *Sátiras* de Juvenal. (iv) Marcial *Epigramas* (v) Ovidio[10]. *Arte de amar*[11]
(vi) Plutarco. *Catón el viejo.* (vii) Tácito. *Diálogos*. (viii) Valerio Máximo[12] *Hechos y dichos memorables.*
(ix) Suetonio. *Sobre la vida de los doce Césares,* entre otros.

Del lado de la voz femenina, es evidente que no encontraremos ninguna obra por leer ni estudiar, a menos que nos aferremos a la idea de creer que aquellos poemas contenidos en el *Corpus Tibullianum* corresponden genuinamente a la poeta Sulpicia del siglo I a.c, y que no fue errónea pero sí conscientemente atribuido a un hombre[13]. De esto último la historia nos pone más ejemplos, solo por mencionar la cantidad de textos firmados como anónimo, que se presume fueron escritos por mujeres.

[9] Obra que narra la historia de Roma desde su fundación, y dentro de ella muchos sucesos protagonizados por mujeres.

[10] Autor particularmente criticado incluso para su época, por Christine de Pizan. (Vargas, 2009).

[11] Obra que, como las *Sátiras* de Juvenal, evidencia en gran medida la misoginia y los estereotipos de género entorno a las relaciones afectivas.

[12] Dentro de su obra se encuentran relatos en torno a las revueltas de las matronas frente al senado, lo que podría identificarse como un alzar de voz de las mujeres para la época.

[13] Pese a que sigue viva la discusión en torno a un texto que posiblemente fue escrito por una poeta llamada Sulpicia en la antigua Roma, no tenemos rastros y certeza del mismo. LÓPEZ GÜETO, A. Derecho Romano en femenino singular. Historia de mujeres. (2018, Editorial Tecnos.)

Puede parecer reiterativo, en principio, recalcar que han sido todos hombres los autores detrás de estos textos, pero es la única forma de acudir a una pregunta ¿qué implicaciones tiene que todas las fuentes de las cuales se deriva el estudio del Derecho Romano provengan de voces masculinas? La respuesta es más compleja de lo que aparenta, porque este fenómeno no solo representó una problemática normalizada para esa civilización, sino porque los docentes y estudiantes que posteriormente enfrentamos el estudio de esta asignatura, no tenemos la oportunidad de apreciar narrativas de la época en voz femenina, lo que necesariamente conlleva una invisibilización del sentir y del pensar de las mujeres de la antigua Roma.

Sin embargo, el problema alcanza mayor gravedad en tanto que, se da por hecho que nos bastan las voces masculinas para comprender el Derecho Romano, omitiendo la importancia de comprender el sistema desde todas las aristas y desde todos los sujetos. Aun cuando nos resulta imposible retar a la historia y pretender leer lo que algún día pudieron expresar las mujeres de la época, nos queda la herramienta de la perspectiva de género, para llamar la atención sobre este fenómeno y comprender que no hay fundamento para ignorarlo en las aulas, para leer las fuentes advirtiendo que jamás podremos apreciar una jurista dando su opinión sobre el mutuo, o una emperadora emitiendo un rescripto, ni mucho menos leeremos la vida de Livia escrita por Julia Domna.

1. *Uso de manuales de historia del Derecho Romano y propiamente del Derecho Romano elaborados por autores hombres.*

Dentro de la academia, son una gran mayoría los autores (juristas y/o historiadores) con producciones textuales en torno al Derecho Romano, entre artículos de investigación y manuales, lo cual implica directamente que sean textos de dichos autores los utilizados y recomendados como bibliografía por parte de los y las docentes que enseñan la materia.

Así, los estudiantes que se enfrentan al aprendizaje del Derecho Romano no tienen en la mayoría de los casos[14] un verdadero acercamiento a bibliografía escrita por autoras mujeres (juristas y/o historiadoras) a causa de su falta de visibilidad en la academia y su falta de inclusión en las bibliografías recomendadas por los docentes que imparten esta materia en la carrera de Derecho en las universidades colombianas.

Lo anterior se aprecia como problemático en la medida en que, se están perpetuando estereotipos sexistas, porque no incluir textos de mujeres en la bibliografía implica consciente o inconscientemente asumir que las mujeres no son lo suficientemente capaces para elaborar obras sobre estos temas, o que las obras no están lo suficientemente calificadas para incluirse. Lo cierto es que, aun cuando no medien los estereotipos, pensar que las bibliotecas están llenas de obras escritas por hombres sólo porque las mujeres no han decidido escribir sobre Derecho Romano,

[14] Actualmente los estudiantes de Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia han recibido -por parte de los y las docentes- varias lecturas de autoras mujeres, para estudiar y profundizar la materia.

es desconocer los obstáculos históricos que han sufrido las mujeres para acceder a la academia y posicionarse a la par del hombre.

Independientemente de cuál sea la razón, es imperativo que la o el estudiante que se enfrenta al estudio de esta asignatura, pueda hacerlo acudiendo a textos tanto de mujeres como de hombres, y esto implica un esfuerzo del o la docente de sugerir obras de autoras en sus aulas, de mencionarlas para referenciar un tema en la clase y de incluir esos textos en su bibliografía recomendada.

III. LA IMPORTANCIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

La perspectiva de género como herramienta conceptual, permite comprender que las discriminaciones con base al género se han edificado a partir de las construcciones históricas y sociales, y a lo que culturalmente se les ha exigido a hombres y mujeres. Puede evaluarse, pensarse y analizarse desde muchos campos y puntos de vista dentro y fuera de la educación. Sin embargo, en este caso nos concentraremos en postularla como una herramienta pedagógica cardinal en la educación superior.

Particularmente, la perspectiva de género en un pregrado en Derecho, se convierte enuna pieza fundamental para garantizar una formación integral de los futuros abogados, más aún con la intención de garantizar que dichos estudiantes puedan aplicarla después en su desempeño profesional, no solo en el litigio sino también dentro de la academia, que como ya hemos visto, es un escenario más donde se materializa la discriminación de género contra las mujeres y seperpetúan los estereotipos de género.

Con mayor razón será fundamental en aquellos y aquellas que quieran dedicarse a la docencia, pues continuarán con la implementación de la perspectiva de género que tan ausente ha estado en nuestras casas de estudio.

Por otro lado, Buquet Corleto menciona:

> La incorporación de los estudios de género en los currículos es considerada como un factor que favorece el proceso de institucionalización de la perspectiva de género en las instituciones de educación superior.[15]

Reafirmando así un propósito adicional de esta herramienta pedagógica, de igual manera manifiesta que,

15 BUQUET CORLETO, A. G. *Transversalización de la perspectiva de género en la educación superior: Problemas conceptuales yprácticos*, en *Perfiles educativos*. (2011). 33(SPE), 211-225

> Impacta de manera directa en la preparación académica de las y los jóvenes en proceso de formación al proporcionarles nuevos elementos teóricos y metodológicos para la comprensión de la realidad social.[16]

Quizá la perspectiva de género es más sencilla de incluir en la enseñanza de asignaturas del derecho contemporáneo, que dentro de sus fundamentos hallamos la necesidad y utilidad de aplicar esta herramienta pedagógica, tales como el derecho de familia, el derecho penal, el derecho laboral, entre otros. Pero hablar de perspectiva de género en Derecho Romano pareceno tener, en principio, ninguna relación ni afinidad; incluso, sugerir aplicarla en la enseñanza del mismo puede resultar una propuesta osada e inviable.

Contrario a ello, empezar por reconocer la importancia de la herencia jurídica que nosdejó la civilización romana, y estudiarla con perspectiva de género, es valorar la historia y utilizarla no sólo para comprender y mantener las instituciones de esa época que le son útiles al derecho contemporáneo, sino también para identificar y desaprender esas otras prácticas propias de dicha sociedad que lastimosamente perpetúan el sistema patriarcal y sus manifestaciones discriminatorias.

Si luego de identificar a la civilización romana como una sociedad con estructura profundamente patriarcal y el *status* jurídico de la mujer romana como un antecedente de la discriminación hacia la mujer y la validación de la violencia contra ella, nos abstenemos de proponer una relectura del sistema, sería inútil incluso su estudio en las facultades de derecho,pues la historia no puede enseñarse sin un enfoque crítico.

Bien se ha manifestado que el cómo se enseña el Derecho Romano, las metodologías y herramientas pedagógicas que se usan, refuerzan el sistema jurídico patriarcal en su enseñanza. Pero son también las mismas que, modificándose a partir de la perspectiva de género, pueden lograr grandes procesos de aprendizaje en los estudiantes.

IV. PLANTEAMIENTO Y ANÁLISIS DE UNA PROPUESTA DE ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Una vez evaluada la problemática, es menester plantear una propuesta en torno a la inclusión de la perspectiva de género como herramienta pedagógica fundamental para la enseñanza del Derecho Romano en las universidades de Colombia. La propuesta que se presenta a continuación comprende cuatro puntos que es necesario poner en práctica en conjunto para lograr grandes avances.

16 BUQUET CORLETO, A. G. cit. p. 211-225.

La propuesta abarca entonces tres aristas: mediante (i) una lectura crítica con perspectiva de género de las fuentes usadas para enseñar y estudiar la asignatura, (ii) una constante investigación y profundización en torno a la condición jurídica de la mujer en la antigua Roma y
(iii) una visibilización y utilización de la bibliografía escrita por mujeres juristas e historiadoras sobre la materia, se logre reconocer y transmitir a los estudiantes la importancia del papel de la mujer en la antigua Roma, de estudiar el porqué de su *status* jurídico, luego de evidenciar la estructura profundamente patriarcal de esta sociedad.

Sobre la necesidad de estudiar el papel de la mujer, Tort-Martorell refiere:

> Hay que introducir a la mujer como actora social y jurídica en una sociedad culturalmentepatriarcal como la romana y hacerlo de manera explícita y coherente, evitando que la mención a la situación jurídica de la mujer sea un breve comentario inicial desligado del contexto.[17]

Mediante estas estrategias se lograría cumplir con el propósito expuesto por la autora,pues se dejaría de lado el estudio de la mujer romana desde la otredad, desde lo contrario al hombre y nos acercaríamos a un estudio integral de las instituciones de derecho civil y derecho público, que sientan unas bases fundamentales para que los y las estudiantes continúen profundizando en el derecho contemporáneo.

1. *Propuestas en torno a la metodología en las aulas.*

En este punto se propone una lectura crítica y con perspectiva de género de las fuentes tradicionales y anteriormente citadas, no solo de las fuentes jurídicas sino también de las literarias. La mayoría de las fuentes ponen de presente la discriminación y la violencia contra la mujer y a grandes rasgos, la misoginia y el machismo. La propuesta permitiría continuar con el estudio de estas fuentes, pero identificando las expresiones del sistema patriarcal que yacen en ellas, comprendiendo el fenómeno y preguntarnos si hoy en día sigue presente. Reconocer yentender al autor antes y durante su lectura, permite una comprensión de la fuente y una contextualización de la época en la que fue escrita. Todo eso ayuda a construir y a llenar de elementos importantes la historia del Derecho Romano.

Por un lado, la utilización de las fuentes jurídicas es indispensable para un aprendizaje profundo de las instituciones más relevantes del derecho civil y del derecho público. En particular, el estudio de opiniones de los juristas, contenidas en el Digesto de Justiniano, a la quetanta referencia se hace en las aulas, merecen una lectura crítica, no para cuestionar lo que hace siglos expresaron, sino para relacionar y comprender el *status* jurídico de la mujer a partir de la jurisprudencia, y cómo no, preguntarnos si esa misma concepción aún permanece latente en nuestro ordenamiento jurídico.

No es lo mismo leer sin mayor detenimiento la fuente de Papiniano relacionada anteriormente, en la que se hace tan importante manifestación sobre la condición jurídica inferior

[17] TORT-MARTORELL, C. *Reflexiones sobre la perspectiva de género en la docencia del derecho romano.* Ladocencia del derecho con perspectiva de género. (2018).

de la mujer, o simplemente jamás mencionarla, a que por el contario se haga especial mención en torno a la razón por la cual un jurista hace esa afirmación en una obra que es considerada fuente de derecho, y a las implicaciones prácticas que tuvo en las dinámicas sociales.

En el mismo sentido, acudir a las constituciones imperiales contenidas en el Código y las Novelas de Justiniano, con el propósito de identificar qué emperadores reforzaron la condición de la mujer como inferior al hombre, o destacar a otros que por el contrario intentaron introducir al derecho una concepción diferente sobre la mujer, "mejorando" su *status* jurídico.

Así lo manifiesta Buquet Corleto, 2011:

> Por otro lado, la importancia de la discusión en clase de los temas con perspectiva de género —que incluyen el análisis de las diferencias y diversidad de identidades, el cuestionamiento de los estereotipos sexistas, el papel de las mujeres en la historia, así como desaprender la violencia y la discriminación hacia las mujeres—, aporta a la formación de las y los jóvenes universitarios elementos para la deconstrucción de las diversas formas de discriminación imperantes en nuestras sociedades y les transmite valores de equidad y respeto a las diferencias.

Ahora bien, sobre las fuentes literarias, también es necesario hacer una lectura comprensiva del contexto de cada autor. Si leyendo *El arte de amar,* no comprendemos las circunstancias que rodeaban a Ovidio al momento de escribir su obra, si al leer los apartados en los que aconseja a hombres y mujeres sobre cómo encontrar el amor, sobre cómo seducir, no distinguimos que posiblemente hacen parte de las primeras manifestaciones de los estereotipos sexistas, de la misoginia y de la violencia contra a mujer, la lectura deja de ser provechosa. La perspectiva de género es indispensable incluso para cuestionarnos si amerita que siglos después y tras muchos cambios y reflexiones en la humanidad, sigamos manteniendo esos estereotipos y normalizando actos violentos contra las mujeres.

2. La investigación y profundización en torno a la condición jurídica de la mujer en la antigua Roma.

La investigación y profundización de la condición jurídica de la mujer en la antigua Roma, nos permite (i) identificar cuál era la condición de la mujer romana para cada época en concreto, (ii) derivar las consecuencias jurídicas y sociales que acarreaba para las mujeres y para los demás sujetos de la sociedad, (iii) comprender la influencia de la misma en el desarrollo del poder político a lo largo de cada etapa del Derecho Romano, (iv) resaltar los escenarios en los que la mujer romana se destacó (más allá de la familia y el matrimonio), y con ello (v) desfijar la mirada de los escenarios que históricamente fueron designados para el protagonismo de las mujeres, o si se va a reforzar el estudio en estos ámbitos, lo ideal sería hacerlo rescatando momentos que no se han estudiado o personajes femeninos que aún no se han comentado.

Con todo, se lograría una comprensión crítica y profunda de uno de los posibles orígenes de la discriminación contra la mujer, para hacer de inmediato un análisis de si continúan presentes

en la actualidad y si la respuesta es afirmativa, estudiar por qué aún se manifiestan de manera expresa y, en el mismo sentido, buscar la forma de derribarlos.

Es justamente por lo llamativo de su opinión dentro de la academia que vale la pena mencionar un comentario del profesor Antonio Fernández de Buján, hecho apropósito de un texto magistral de autoría de la Dra Rosalía Rodríguez sobre la violencia contra las mujeres en la Antigua Roma, citado también posteriormente. Así manifiesta:

Analizar el papel de la mujer en la historia no solo se justifica por la necesidad de avanzar en el progreso del conocimiento científico, sino también por la finalidad de contribuir a potenciar en todos los campos el lado femenino de las cosas, las políticas que conduzcan a la desaparición de las discriminaciones todavía existentes que afectan a las mujeres, y el logro de la igualdad real de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres.[18]

En el mismo texto, la autora

3. Resaltar la importancia de determinados eventos históricos que posiblemente contribuyeron o plantearon un presunto escenario de reivindicación de la condición jurídica de la mujer en la antigua Roma.

La importancia de este elemento de la propuesta radica en evaluar momentos históricos que han sido desconocidos, obviados o simplemente no mencionados dentro de la enseñanza del Derecho Romano, y que su estudio podría propender a releer la condición jurídica de la mujer en la Roma antigua, sobre todo si se analizan como posibles manifestaciones de la reivindicación de la misma, o signos de emancipación.

Simplemente a modo de plantear unos posibles escenarios merecedores de estudio, se enunciarán los siguientes:

a) El escenario de la violencia contra la mujer y las posibles reacciones del puebloromano.
b) Las revueltas de las matronas ante el Senado, una expresión de descontento ante leyesque las perjudicaban.

Análisis de las reacciones de las mujeres en contra de la Lex Oppia y cómo lograron su derogación. Contexto socio jurídico de la época de promulgación y derogación de la Lex Oppia. Los discursos de Catón y Valerio. Interpretación del momento histórico desde el punto de vista de las manifestaciones de las mujeres a favor de la derogación de la ley, como una posible toma de conciencia de la necesidad de reivindicación a partir de la ocupación de espacios públicos.

Análisis de las reacciones de las mujeres a partir de la revuelta de las matronas en el 42 a.c en contra de la imposición de un impuesto especial a un grupo de mujeres, aquellas que tenían

18 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Reseña de: Rodríguez López, R. La violencia contra las mujeres en la Antigua Roma*, Madrid (Dykinson), (2019). 436 PP, en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. (2018)

más de cien mil denarios en su patrimonio (se exigía la tasación de su patrimonio y elevados aportes a la guerra).

Vale la pena citar un apartado del discurso de Catón el viejo, recogido en Livio, 34, 3, donde el cónsul, a raíz de la revuelta de las matronas, refiriéndose a las mujeres dice que "desde el momento en el que comiencen a ser iguales, serán superiores"[19]. Pensamiento erróneo y misógino, que se ha reforzado a lo largo de la historia, suponiendo que la lucha de las mujeres por sus derechos y reconocimiento tiene como único fin el superar al género masculino.

c) El escenario de los oficios. El ejercicio de la abogacía por algunas mujeres de la Roma antigua.

Afrania, Mesia y Hortensia, mujeres que ejercieron la abogacía según los relatos de Valerio Máximo[20].

d) El escenario político en la época del principado.

El verdadero poder político detrás del emperador y delante del pueblo romano: las mujeres aristócratas de la época imperial. La imagen de la emperatriz romana en el espacio público.

e) El ejercicio de la prostitución. La meretrix en la Roma antigua.

¿Puede decirse que las meretrices con el ejercicio de la prostitución contribuyeron a la emancipación de la mujer? La prostitución como posible mecanismo de liberación femenina en el espacio público.

4. La inclusión de los textos académicos escritos por mujeres juristas y/o historiadoras en torno a los temas que se enseñen en esta asignatura en la bibliografía usada y recomendada para las clases.

Vimos cómo en la mayoría de las universidades no se incluye dentro de la bibliografía recomendada por los y las docentes a los estudiantes, textos y artículos escritos por mujeres juristas e historiadoras. Así, como lo evidenció la investigación ya citada de la profesora Cellurale, en el catálogo de bibliografía que recomiendan y utilizan en las universidades de Bogotá para la enseñanza del Derecho Romano, aparecen apenas tres o cuatro referencias a textos escritos por mujeres.[21]

El hecho de que los y las estudiantes no encontremos textos escritos por mujeres dentro de la bibliografía que nuestros docentes usan para el desarrollo de la asignatura, ni en la bibliografía sugerida dentro de los programas de trabajo, nos refuerza inconscientemente que no

[19] LIVIO, 34,3

[20] MÁXIMO, V. *Hechos y dichos memorables.* 8,3. (Traducción castellana de SCHNIEBS A. Editorial de la facultadde filosofía y letras de la Universidad de Buenos Aires, 2014)

[21] CELLURALE, M. *Estudio y enseñanza del Derecho Romano en Bogotá, en Revista De Derecho Privado*, (2007). (12-13), 5-51. [visible en internet:https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/558]

existen mujeres capaces de escribir sobre un derecho antiguo e importante como el Derecho Romano, o que los textos que han escrito no tienen la suficiente calidad y claridad como paraser utilizados en las aulas. Es posible que esa no sea una idea conscientemente asumida por toda la comunidad estudiantil, pero influye perjudicialmente en el combate de los estereotipos sexistasen la academia.

Son de destacar las investigaciones que han hecho las mujeres juristas e historiadoras alrededor del mundo, merecen reconocimiento nuestras maestras que aun con el peso de la historia encima, de las dificultades para sobresalir en un medio tan machista, se han ocupado de estudiar a la Roma antigua y a su derecho. Máxime cuando dentro de sus obras hacen alusión expresa al papel de la mujer en la antigüedad y narran biografías de grandes rostros femeninosque dejaron huella en esta civilización.

La propuesta es incluir esas obras en la bibliografía usada en desarrollo de la asignatura, no solo en torno al régimen de las obligaciones y los contratos, sino haciendo énfasis en el estudio de la historia constitucional romana y temas de derecho civil como personas, bienes ysucesiones. A continuación se sugieren algunos textos que son fruto de una investigación que,vale decirlo, no fue tan sencilla justamente por lo invisibilizados que están en la academia. Por supuesto es apenas una lista que menciona unos de los tantos que se han producido por grandes historiadoras y juristas en los últimos 40 años, y que en particular, hacen referencia expresa a la mujer en la antigüedad[22]:

Beard, M. (2018). Mujeres y poder. Barcelona. Ed: Planeta.

Cantarella, E. (2010). L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana (Vol. 2158). Feltrinelli Editore.

Cantarella, E. (1985). Tacita Muta: La donna nella città antica. Editori riuniti. Cantarella, E.

(1985). Le donne e la città: per una storia della condizione femminile. Edizioni New Press.

Cantarella, E. (1996). Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia. Feltrinelli Editore.

Cid López, R. M. (2011). La matrona y las mujeres de la Roma antigua: un estereotipo femenino a través de las imágenes religiosas y las normas legales, 55-70.

Cid López, R. M. (2014). Imágenes del poder femenino en la Roma antigua. Entre Livia y Agripina. Asparkía: investigación feminista, (25), 179-201 «Imágenes del poder femenino en laRoma antigua. Entre Livia y Agripina».

Cid López, R. M. (2015). El género y los estudios históricos sobre las mujeres de la Antigüedad. Reflexiones sobre los usos y evolución de un concepto. Revista de historiografía

[22] Dentro de esta lista no se incluyen los textos y manuales enfocados en aspectos del derecho de lasobligaciones y los contratos.

(RevHisto), 25-49 «El género y los estudios históricos sobre las mujeres de la Antigüedad. Reflexiones sobre los usos y evolución de un concepto»

Hidalgo de la Vega, M. J. (1998). Mujeres, familia y sucesión dinástica: Julia, Livia y Agripina. En IX Congreso Español de Estudios Clásicos: Madrid, 27 al 30 de septiembre de 1995 (pp. 131-140). Ediciones Clásicas.

Hidalgo De La Vega, M. J. (2003). Esposas, hijas y madres imperiales: el poder de la legitimidad dinastica. Latomus, 62(Fasc. 1), 47-72

Hidalgo de la Vega, M. J. (2007). La imagen de "la mala" emperatriz en el Alto Imperio: Mesalina, meretrix Augusta. Gerión. Revista de Historia Antigua, 395-409.

Hidalgo de la Vega, M. J. (2009). Maternidad y poder político: las princesas julio-claudias. En Madres y maternidades: construcciones culturales en la civilización clásica (pp. 185-214).

Hidalgo de la Vega, M. J. (2012). Las emperatrices romanas: sueños de púrpura y poder oculto (Vol. 151). Ediciones Universidad de Salamanca.

Freisenbruch, A. (2012). Le donne di Roma. Potere, sesso e politica in età imperiale. Pearson Italia Spa.

López, R. R., & Bosch, M. J. B. (2016). Mujeres en tiempos de Augusto: realidad social e imposición legal. Tirant Humanidades

López Güeto, A. (2018). Derecho Romano en femenino singular. Historia de mujeres. Edtitorial Tecnos.

López Güeto, A. (1994). No sólo hilaron lana: escritoras romanas en prosa y verso. Ediciones Clásicas.

López Güeto, A. (2018). Mujer, poder y derecho en Roma. Revista Jurídica Piélagus, 17(1).

Rodríguez López, R. (2018). La violencia contra las mujeres en la Antigua Roma. Dykinson.

Conclusiones

- El Derecho Romano es en esencia un sistema patriarcal, que, a través de su historia y sus instituciones jurídicas, pone de presente uno de los posibles orígenes de los estereotipos de género, de la discriminación contra la mujer, y en alguna medida, la misoginia.

- En consecuencia de lo anterior, la enseñanza del Derecho Romano suele transmitir, sobre todo, los mismos valores y reproduce el sistema jurídico patriarcal que, claramente sigue presente en nuestras instituciones jurídicas contemporáneas.

- La perspectiva de género es una herramienta pedagógica fundamental en la educación superior, y cumple un papel cardinal en enseñanza del derecho en todas sus vertientes, pues aproxima a los estudiantes a la comprensión de las problemáticas actuales en torno a la discriminación de la mujer, a partir del estudio de la historia y la evolución el asinstituciones del derecho.

- En el mismo sentido, la enseñanza del Derecho Romano con perspectiva de género es una oportunidad para releer las fuentes antiguas y lograr extraer de ellas los elementos necesarios para la comprensión de la condición jurídica de la mujer en la antigua Roma, lo que necesariamente llevará a un análisis crítico de la misma en la actualidad.

- Si bien nuestro sistema jurídico colombiano es heredero del Derecho Romano, y prueba de ello son las innumerables instituciones y figuras jurídicas que se mantienen presentes en nuestras legislaciones, también es menester reconocer que le hemos dado continuidad a los estereotipos de género que se empezaban a visualizar en la antigua sociedad romana, y en el mismo sentido hemos reproducido los patrones de discriminación y violencia. Para ello, la enseñanza del Derecho Romano con perspectiva de género en las universidades de Colombia, permite replantearse la historia y reconstruir el legado que nos ha dejado tan importante sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

BUQUET CORLETO, A. G. Transversalización de la perspectiva de género en la educación superior: Problemas conceptuales y prácticos. Perfiles educativos. ((2011, 33(SPE), 211-225)

CELLURALE, M. Estudio y enseñanza del Derecho Romano en Bogotá. Revista De Derecho Privado, (2007). (12-13), 5-51. Recuperado a partir de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/558

CID LÓPEZ, R. M. Imágenes del poder femenino en la Roma antigua. Entre Livia y Agripina. Asparkía: investigación feminista, (2014). (25), 179-201 «Imágenes del poder femenino en la Roma antigua. Entre Livia y Agripina».

CID LÓPEZ, R. M. El género y los estudios históricos sobre las mujeres de la Antigüedad. Reflexiones sobre los usos y evolución de un concepto. Revista de historiografía (Revista Historia, 2015, 25-49) «El género y los estudios históricos sobre las mujeres de la Antigüedad. Reflexiones sobre los usos y evolución de un concepto»

DUBY, G & PERROT, M. Historia de mujeres. La Antigüedad. ((2008) Disponible en https://www.academia.edu/38290894/1_Georges_Duby_and_Michelle_Perrot_Historia_de_las_mujeres_La_Antig%C3%BCedad_pdf

FACIO, A. & FRIES, L. Feminismo, género y patriarcado. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires. (2005). [visible en internet http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Reseña de: Rodríguez López, R. La violencia contra las mujeres en la Antigua Roma, Madrid (Dykinson), (2019, p. 436) Revista de Derecho Público: Teoría y Método. (2018)

KENNEDY, D. La educación legal como preparación para la jerarquía. (2000). [visible en internet https://www.academia.edu/]

LÓPEZ GÜETO, A. Derecho Romano en femenino singular. Historia de mujeres. (2018, Editorial Tecnos).

ROSSO, N. El sistema patriarcal: sus fundamentos y funcionamiento. (2016). [visible en internet https://www.academia.edu/]

RONCONI, L., & RAMALLO, M. (2020) La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización. (2020, Universidad de Buenos Aires. Vol VII).

TORT-MARTORELL, C. Reflexiones sobre la perspectiva de género en la docencia del derecho romano. La docencia del derecho con perspectiva de género. (2018).

LA EVOLUCIÓN DE LA TUTELA DE LA MUJER EN DERECHO ROMANO PRIVADO*

Teresita Granic De Iruarrizaga
Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor guía: Mario Correa Bascuñán

Resumen:

En el presente trabajo se analiza la evolución de la institución romana de la tutela, específicamente la tutela *mulieris* o de la mujer. Para el derecho romano la capacidad se determinaba a partir de la libertad, ciudadanía y familia. A quien faltara una de estas no era plenamente capaz y, por tanto, debía subsanarse dicha falta mediante la intervención de un tutor. Solo así podría esa persona actuar válidamente para el derecho romano. Este tutor asumía su rol desde distintas fuentes como el testamento, el parentesco por agnación y la designación efectuada por el pretor. Dentro de los diversos tipos, la tutela *mulieris* era aquella a la que se sujetaba la mujer, y que en sus orígenes era perpetua. Sin embargo, no conservó dicha calidad con el avanzar del tiempo, pues ya desde fines del período republicano una serie de leyes y prácticas llevaron a que la tutela perpetua de la mujer se viera disminuida a una mera formalidad, llegando a derogarse finalmente cerca del siglo IV a.C. Esta evolución demuestra cómo la mujer romana adquirió con el tiempo mayor libertad y capacidad en la vida jurídica.

Palabras clave: Derecho romano, capacidad, mujer, tutela *mulieris*, tutela perpetua.

Abstract:

This paper analyzes de evolution of de Roman institution of guardianship, specifically the *tutela mulieris* or guardship of women. For Roman law, capacity was determined on the basis of freedom, citizenship and family. Whoever lacked one of these was not fully capable and, therefore, this lack had to be remedied through the intervention of a guardian. Only in this way could that person act validly under Roman law. This guardian assumed his role from different sources such as the will, the kinship by agnation and the designation made by de praetor. Among the various types, the *tutela mulieris* was the one to which the woman was subject, and which in its origins was perpetual. However, it did not retain this quality as time went on, since by the end of the Republican period a series of laws and practices led to the perpetual guardianship of women being reduced to a mere formality, and was finally abolished around de fourth century b.C. this evolution demonstrates how roman women acquired greater freedom and capacity in legal life over time.

Keywords: Roman law, capacity, women, *tutela mulieris*, perpetual guardianship

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

I. INTRODUCCIÓN.

Para el Derecho romano la palabra persona expresa no al sujeto de derecho, como se pensaría en la actualidad, sino a todo ser humano con independencia de su capacidad. En el Derecho moderno se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Mientras la primera refiere a la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones (sujeto de derecho), la segunda trata de la posibilidad de realizar actos jurídicos con efecto vinculante.[1]

Hoy por el solo hecho de nacer se es persona, es decir, se tiene capacidad jurídica. Así, son jurídicamente capaces en la actualidad todas las personas naturales, además de ciertas formas de organización que han sido reconocidas por el Derecho como personas (personas jurídicas).[2] Sin embargo, en el Derecho romano no se concibe la capacidad jurídica de la misma manera, y no encontramos en él términos técnicos para referirse a capacidad jurídica y de obrar. Tanto el hombre libre como el esclavo son personas, pero no son ambos sujetos de derecho. La capacidad para los romanos viene determinada en relación a tres *status* o situaciones jurídicas: *libertatis*, *civitatis* y *familiae*.[3] Al hablar entonces de capacidad de aquí en adelante se comprenderán ambos tipos: jurídica y de obrar.

En relación a estos tres *status* es que una persona es o no plenamente capaz para adquirir derechos y obligaciones, y para celebrar personalmente negocios jurídicos válidos y vinculantes. En principio, quienes tienen plena capacidad son las cabezas de familia, pues no están sometidas a ninguna potestad, y no dependen más que de ellas mismas.[4] Estos sujetos son llamados *sui iuris*. Por otro lado, no son sujetos plenos de derecho quienes están sometidos a la potestad de un *paterfamilias*, o sea, los *alieni iuris*.

Ahora bien, no todos los *sui iuris* son capaces, pues por distintas causas se puede caer en la incapacidad, y el Derecho organiza para ellos una protección, dándoles un tutor o un curador. Entre estas situaciones distinguimos principalmente cuatro: la falta de edad, la prodigalidad, la enfermedad mental, y el sexo.[5] Esta última es la que interesa especialmente en este trabajo.

Respecto al sexo, es importante conocer primero la situación de la mujer ante el Derecho romano para luego poder adentrarse en su tutela.

II. LA MUJER ANTE EL DERECHO ROMANO PRIVADO.

Para precisar sobre la tutela, es necesario comprender la situación de la mujer en el derecho romano. Esto debido a que, si bien en un principio su capacidad era bastante limitada, con el tiempo esta vivió un progresivo aumento. Fueron diversos los ámbitos que lo demuestran, pero como exceden el objeto de este trabajo, solamente se dará una idea general en torno a la situación jurídica de la mujer romana. Para ello el punto de partida es la familia y el *status familiae* ya mencionado.

La palabra familia tiene varios significados, pero aquí se citará la definición que en cierta ocasión nos ha dado D'Ors; es "el conjunto de personas que integran la casa (*domus*) y que se hallan bajo la potestad de un cabeza de familia (*paterfamilias*)". Específicamente, la familia

---

[1] MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano* (Madrid, Ediciones Jurídicas S.A., 1992), p. 51.

[2] KASER, Max, *Derecho romano privado* (2ª edición, traducción castellana de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Instituto Editorial REUS, S.A., 1982), p. 69-70

[3] MIQUEL, Joan, cit. (nº1), p. 52

[4] PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano* (9ª edición, traducción castellana de José Ferrández González, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 1999), p. 143

[5] MIQUEL, Joan, cit. (nº1), p. 55-57

agnaticia o civil refiere a la que está fundada en la potestad del *paterfamilias* o patria potestad, y, para efectos sucesorios, son agnados las personas que estarían bajo una misma patria potestad de no haber muerto el ascendiente común.[6] Las mujeres, en principio, no forman parte de este parentesco, salvo las casadas *cum manus*, que entraban en la familia de su marido.

Quien no está sometido a la potestad de otro es *paterfamilias* y sujeto pleno de derecho (*sui iuris*), sin que sea necesario ser progenitor o alcanzar cierta edad. Lo determinante es ser varón, libre, ciudadano romano y no encontrarse sometido a la patria potestad de otro. En cuanto a la mujer, la situación cambia, pues siempre hay alguien que ejerce una potestad sobre ella, sea el *paterfamilias* o el marido si ha contraído matrimonio *cum manus*.[7] A la potestad de este último llamamos *manus*, y, en principio, le pertenece al mismo marido, aunque si este es *alieni iuris* la ejercerá el jefe de su familia.[8]

Lo anterior podría llevar a la conclusión de que la mujer romana es siempre *alieni iuris*. Sin embargo, esto no es correcto. Puede suceder que no siga bajo la potestad de su padre ni se haya casado *cum manus*, y en ese caso es *sui iuris*.[9] Ahora, no obstante tener dicha calidad, su capacidad se ve limitada en el Derecho romano en razón de su sexo. Por ello entra en uno de los supuestos en que el Derecho otorga tutela para su protección.

Las mujeres en Roma se hayan privadas de todo poder familiar; solo un hombre puede ser *paterfamilias*. Por ello es que, hasta antes de Valentiniano II, si la madre es soltera, sus hijos serán *sui iuris* desde que nacen y, mientras son impúberes, se les nombra un tutor.

La mujer libre, cuando es sui iuris, es decir, cuando no está sometida a patria potestad ni *manus*, sea o no púber, está sujeta al tutor *mulieris*. Necesita, como se explicará más adelante, de la *auctoritas tutoris* para celebrar cualquier negocio jurídico, contraer obligaciones, y para disponer de una *res mancipi*.[10] Entre las razones de ello, distintos textos señalan que se debe a la "ligereza del carácter de la mujer, y su inexperiencia de los negocios".[11]

Esta clase de tutela, que por cierto es distinta a la del impúber, evolucionó a medida que avanzó la historia de Roma. Y dicha evolución no es más que una demostración de cómo la mujer fue adquiriendo mayor capacidad y libertad en la vida jurídica.

III. LA TUTELA.

La institución de la tutela nació para remediar la incapacidad del pupilo y es, según la definió Servio Sulpicio, "la fuerza y la potestad sobre una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger a aquel que por su edad no puede defenderse".[12] Esta definición resulta restringida si se considera que la tutela también procedía en razón del sexo y no solamente por la edad, pues una mujer *sui iuris* sí necesitaba, en un principio, de un tutor para llevar a cabo sus negocios. Además, como lo que busca esta institución es subsanar la falta de capacidad de ciertas

---

[6] D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano* (10ª edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2004), p. 287.
[7] MIQUEL, Joan, cit. (nº1), p. 69
[8] PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 140.
[9] D'ORS, Álvaro, cit. (nº6), p. 290.
[10] KASER, Max, cti. (nº2), p. 72-75.
[11] PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 160. (Ulp, XI, 1): *"tutores constituuntur… feminis autem tam impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam"*.
[12] Paulo, D. 26, 1, 1.

personas, existían otras fuentes de tutela como la discapacidad mental y la tendencia a la dilapidación.[13]

Los romanos conocieron distintas formas de clasificar la tutela, pero probablemente la más utilizada fue la que se remontaba a Servio Sulpicio, y que distinguía -según su fuente- la tutela legítima, debida los familiares según el ius civile, la testamentaria, cuando el tutor era designado en el testamento del *paterfamilias*, y la dativa, cuando el tutor era "dado" por el magistrado.[14]

En su origen, tanto la tutela *impuberum* como la tutela *mulieris* se conferían, a falta de designación testamentaria, por ley al más próximo agnado, es decir, al varón heredero más próximo del pupilo.[15] Luego, la tutela dativa fue introducida por la *Lex Atilia* ya a finales del siglo III a.C.,[16] y se estableció así que en caso de no tener tutor de ninguna especie, nombrara uno el tutor urbano en Roma y la mayoría de los tribunos de la plebe, y en las provincias los presidentes en virtud de la ley Julia y Ticia.[17]

En cuanto a su función, el tutor se ocupaba del patrimonio y los negocios del pupilo, mas no de su cuidado y educación,[18] es decir, vino a completar su capacidad y administrar su patrimonio. Sin embargo, el tutor del impúber no actuaba de la misma manera que lo hacía el de la mujer, especialmente en cuanto a sus actos de *auctoritas* y de *gestio*.

El acto de *auctoritas* se ha definido como la cooperación del tutor en un acto realizado por el pupilo, de manera que el primero completa con su presencia la personalidad del segundo.[19] De esta manera, la *auctoritatis interpositio* era el asentimiento que prestaba el tutor al pupilo que ha salido ya de la infancia para actuar y llevar a cabo sus negocios.[20]

La *gestio*, por su parte, consistía en la administración del patrimonio del pupilo infante o ausente como si fuese propio. Su efecto era distinto al de la *auctoritas*, pues el tutor que administraba obraba como una especie de mandatario y, en consecuencia, como en derecho romano no se reconocía la representación, sus efectos recaían en el tutor. Este era obligado a rendirle cuentas al final de la tutela como consecuencia de la *gestio*. Pero el sistema tenía grandes inconvenientes, pues exponía a cada parte a la insolvencia. Por ello, con el tiempo se modificó permitiendo que los efectos de los actos de *gestio* recayeran en el pupilo por intervención del tutor.[21]

En el caso de la mujer púbera, como se verá más adelante, su tutor solo daba su *auctoritas* en ciertos actos, y no administraba, por lo que no debía rendir cuentas al terminar la tutela. Otra diferencia radicaba en que el tutor legítimo tenía, además, derecho a ceder la tutela a un tercero. Este último se llamaba tutor *cessicius*, y sus poderes se extinguían con los del primero. Dicha facultad no la tenía el tutor legítimo del impúber.[22]

Asimismo, la tutela de la mujer solo terminaba por la muerte, la *capiti deminutio* máxima, media o mínima, la adrogación, o por la caída *in manu*.[23] Por su parte, la tutela del impúber

---

13 IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e Instituciones* (18ª edición, Sello Editorial, 2010), p. 377.
14 TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990), p. 158.
15 IGLESIAS, Juan, cit. (nº13), p 378.
16 D'ORS, Álvaro, cit. (nº6), p. 381.
17 Gai, I, 185: *"Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a Praetore urbano et maiore parte Tribunorum plebis, qui Atilianus tutor uocatur; in prouinciis uero a Praesidibus pronunciarum ex lege Iulia et Titia"*.
18 D'ORS, Álvaro, cit. (nº6), p. 379.
19 PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 150.
20 IGLESIAS, Juan, cit. (nº13), p. 380.
21 PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 152.
22 PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 160.
23 PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 161.

terminaba, entre otras causas, por la llegada a la pubertad, mientras que la mujer -en derecho antiguo- se encontraba en tutela perpetua, por razón del sexo.[24]

IV. LA TUTELA DE LA MUJER EN EL DERECHO ARCAICO: TUTELA PERPETUA.

La tutela *mulieris* fue admitida como la de los impúberos, y correspondía en los mismos casos a tutores testamentarios, legítimos o nombrados por el magistrado. Sin embargo, en el derecho antiguo la mujer se encontraba sujeta a la tutela perpetua de su más próximo agnado, con la excepción de las vírgenes vestales.[25]

El tutor legítimo tenía un verdadero derecho que se le concedía aún cuando estaba ausente, impúber, loco o mudo. Como consecuencia, la mujer se veía imposibilitada de cumplir sus actos, pues el tutor en tales casos no podría dar su *auctoritas*. El tutor *mulieris* no administraba, y no tenía más cargo que dar su *auctoritas* para la celebración de actos que comprometían el patrimonio de la mujer en perjuicio de los herederos. Sin su *auctoritatis interpositio*, la mujer no podría llevar a cabo sus negocios en que era necesaria. Tales son la enajenación de *res mancipi*, testar, la aceptación de una herencia, contraer obligaciones y deudas, entre otras cosas. En esto se diferenciaba de la tutela del impúber, pues la mujer tenía una capacidad más grande que la del pupilo. Ella podía enajenar por su cuenta sus *res nec mancipi,* prestar dinero y hacer o recibir pagos.[26]

Siendo impúber menor de siete años y *sui iuris*, la mujer requería de un tutor para poder celebrar estos negocios. Así, durante el período de la infancia era normal que el tutor los administrase, y en ciertos casos, si podía hablar, hacerlo ella con *auctoritas* del tutor en actos personales como fue en el caso de la aceptación o repudiación de la herencia. Desde los siete y hasta los doce años, ya salida de la infancia, se hablaba de *major infantia*. Ahí podía actuar por sí misma, pero por no tener experiencia era necesario completar su personalidad con la *auctoritas* del tutor, específicamente en los negocios que no le fueran ventajosos como, por ejemplo, constituirse como deudora para transmitir una propiedad. Por el contrario, no necesitaba de dicha intervención si le eran beneficioso, como una donación, y tampoco era adecuada para actos como el matrimonio, pues estaba vetado para la impúber. [27]

Hasta este punto su tutela no varía respecto a la del varón impúber, sino que será con la llegada de la pubertad que la situación cambia, ya que la mujer se hallaba sujeta a un régimen de tutela perpetua. Cuando la mujer alcanzaba los doce años y era *sui iuris*, sea por haber fallecido su padre o por emancipación, debía estar bajo tutela hasta casarse *cum manus*. Pero si el matrimonio era *sine manus*, continuaba bajo tutela *mulieris*. Su marido no era su tutor legítimo ni era usual que se le nombrase como tutor de su mujer.[28]

Con todo, el *paterfamilias* podía nombrarle un tutor en su testamento, y por ello el marido *cum manus* podría hacerlo en su caso. Pero si no lo hacía, su más próximo agnado era un varón de la familia del marido. Además, existía la posibilidad de que el *paterfamilias* designara como

---

[24] PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 157.

[25] Gai, I, 145: *"Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem peruenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia uero nihilominus in tutela permanet: tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppea iure liberorum a tutela liberantur feminae. Ioquirum autem exceptis Virginibus Vestalibus, quas etiam ueteres in honorem sacerdotii liberas esse uoluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum est".*

[26] PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 160.

[27] PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 153.

[28] IGLESIAS, Juan, cit. (nº13), p. 384.

tutor en su testamento al marido, así como este último también se consideraba como posible tutor dativo, esto es, nombrado por el magistrado.[29] En fin, si la mujer estaba sujeta a potestad de su padre, este decidía si se casaba con o sin *manus*, si continuaba bajo su poder o pasaba a la tutela de otro, y en ese caso, quién sería su tutor.[30]

De esta manera, la mujer se sujetaba a una tutela sin importar la edad que tuviese o si estaba casada, soltera o viuda. Algunos autores dicen que al aceptar este tipo de tutela se había pensado más en salvar su fortuna en interés de sus agnados que en su protección. En este sentido, Eugène Petit cita a Gayo al referirse a la tutela legítima del patrono y de sus ascendientes, quien decía que su objeto era impedir que la mujer pudiera enajenar entre vivos o testar en perjuicio de sus herederos *ab intestato*. Así, a diferencia de la tutela de impúberos, esta no tiene su fuente en el derecho natural, sino en el *ius civile*.[31]

No obstante lo anterior, en derecho romano se afirmaba, para justificar la tutela perpetua de la mujer, que estas no estaban en grado de proveer para sí mismas debido su fragilidad física y a la "ligereza de su ánimo"[32] (*infirmitas sexum y levitas animi*).[33]

V. FINES DE LA REPÚBLICA E INICIOS DEL PRINCIPADO: DEBILITAMIENTO DE LA TUTELA PERPETUA.

Con el tiempo la tutela perpetua se fue debilitando, y hacia finales del período republicano sufrió varias modificaciones que provocaron su decaimiento. Entre ellas, las de mayor relevancia fueron las que se expresan a continuación.

Como explica Gayo, la práctica republicana permitió al marido, teniendo a su mujer in manu, dejarle elegido en su testamento un tutor *optivus* cuando quisiere evitar que la tutela caiga en ciertos parientes agnados. Esta es la llamada tutela *optiva*, en contraposición a la dativa, pues otorgaba el permiso a la mujer para escoger el tutor que quisiera. Se utilizaba para evitar la tutela por ciertos agnados, ya que, según la ley de las Doce Tablas, estos eran tutores de todos aquellos a quienes no se haya nombrado tutor en testamento, y se llamaban tutores legítimos.[34]

Más adelante, se ideó la *coemptio fiduciae causa* para que la mujer pudiese escapar de la tutela legítima de sus agnados y tener un tutor a su gusto.[35] Esta consistía en la venta de la mujer a

---

[29] GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Ius uxorium: el régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano* (Madrid, Delegación Superior de Investigaciones Científicas, Delegación en Roma, 1958), cuaderno nº9, pp. 141 ss.

[30] POMEROY, Sarah B., *Diosas, rameras, esposas y esclavas. Mujeres en la Antigüedad Clásica* (3ª edición, traducción de Ricardo Lezcano Escudero, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1999), p. 174.

[31] PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 160.

[32] Gai, I, 144: *"Permissum est itaque parentibus, liberis quos in testate sua habent, testament (tuto) res dare: masculine quidem sexus inpuberibus (duntaxat; femini autem tan inpuberibus), quam nubilibus. ueteres enim uolerunt, feminas etiam si perfectae aetatis sint, propter animi leuitatem in tutela esse".*

[33] POMEROY, Sarah B., cit. (nº30), p, 172.

[34] Gai, I, 150-155: *"150. Iu persona tatem uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem uelit ipsa, tutorem sibi optare; hoc modo: TITIAE VXORI MEAE TVTORIS OPTIONEM DO. Quo casu licet uxori uel in omnes res, uel in unam forte aut duas (optare). 151. Ceterum aut plena optio dautr aut augusta. 152. Plena ita dari solet, ut proxime ac supra diximus. augusta ita dari solet: TITIAE VXORI MEAE DVNTAXAT TVTORIS OPTIONEM SEMEL DO: aut DVNTAXAT BIS DO. 153. Quae optiones plurium inter se differunt. nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et saepius tutorem optaer. quae uero augustam haber optionem, sin duntaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest: si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet. 154. Vocantur autem hi, qui nominatim testament tutores dantur, datiui; qui ex optione sumuntur, optiui. 155. Quibus testamento quidem tutor datus non sit, lis ex lege XII agnati sunt tutores; qui uocantur legitimi".*

[35] Gai, I. 114 y 115: *"114. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo: aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae causa. quae enim cum marito suo facit coemptionem, (ut) aput eum filiae loco sit,*

quien hubiera elegido, que adquiría la *manus* o potestad sobre ella, para que luego la emancipara y se convirtiera en su tutor fiduciario.[36] Además, para eludir la tutela legítima, en la época clásica el pretor, a instancia de la mujer, obligaba en ocasiones al tutor a prestar su *auctoritas*.[37]

A inicios del Principado se atenuó aún más con la liberación que de dicha tutela Augusto concede a las mujeres mediante el *ius liberorum*.[38] Asimismo, existían disposiciones legislativas que permitían a la mujer, cuando el tutor legítimo era impúber, loco o ausente, nombrarse uno capaz para realizar ciertos actos importantes, tales como la aceptación de la herencia o la constitución de una dote para casarse.[39] Así, las leyes Julia y Papia Poppea dispensaban de la tutela a la mujer que tenía el *ius liberorum*, esto es, la ingenua que tuviese tres hijos, o cuatro, tratándose de la liberta.[40]

Finalmente, en el período de Claudio, una Lex Claudia abolió la tutela legítima sobre las mujeres.[41] De esta manera, a partir del siglo I d.C. no hay para las mujeres más tutela legítima que la del patrono y la del ascendiente emancipador, pero aún a estos podía el pretor obligar a prestar *auctoritas* por causa justificada para enajenar *res mancipi* y contraer obligaciones.[42] A esto se suma que los actos que requerían de la interposición de *auctoritas* eran antiguos negocios solemnes del *ius civile*, los que con el tiempo quedaron reducidos por la expansión del derecho pretorio y de gentes, cuyos negocios quedaron exceptuados de la *auctoritas* del tutor.[43]

Respecto a la posibilidad de que el marido fuese tutor de su mujer, en las fuentes no se excluye, pero tampoco hay claridad de que se hubiere aceptado. Gayo observó que esta práctica apareció en las provincias orientales,[44] en efecto, Constantino habría exigido en su oportunidad el consentimiento marital para que la mujer menor de edad enajenara bienes raíces. Sin embargo, esta ley fue abolida por Juliano.[45]

Finalmente, en la época posclásica se permitió a la mujer ser tutora de sus hijos y se le otorgó mayor libertad.[46] Sin embargo, subsistieron formas de protección como, por ejemplo, el senadoconsulto Veleyano del 46 d.C., que negó a las mujeres la *intercessio pro aliis*.[47] Esta disposición del Senado les prohibió asumir préstamos en beneficio de terceros, en efecto, se extendió a todo acto que pudiese entenderse como *intercessio*, impidiendo por tanto a la mujer constituir hipotecas, prendas, fianzas, etc.[48]

Hasta este punto se manifiesta entonces como ya en el derecho posclásico la tutela perpetua de la mujer quedó restringida, sobreviviendo como algo meramente formal.

---

*dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem: quae uero alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, uleut tutelae euitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. 115. Quod est tale: si qua uelit quos haber tutores reponere, ut alium nanciscatur ****** Coemptionem facit; deinde a coemptionare remancipata ei, cui ipsa uelit, et ab eo uindicta manumissa incipit eum habere tutorem, (a) quo manumissa est, qui tutor fiduciaries dicitu, sicut inferuius apparebit".*

36 PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 160.

37 KASER, Max, cit. (nº2), p. 74.

38 D'ORS, Álvaro, cit. (nº6), p. 383-384.

39 PETIT, Eugène, cit. (nº4), p.161.

40 Gai, I, 194: *"Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum, licet in legitima tutela sint: nam et ceterae, quae alterius generis tutores habent, uelut Atilianos, aut fiduciaries, trium liberorum iure liberantur".*

41 PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 161.

42 D'ORS, Álvaro, cit. (nº6), p. 384.

43 LÁZARO GUILLAMÓN, M.C., *La situación jurídica de las hijas de familia en el sistema sucesorio romano hasta el siglo I a.C.* en Actas del tercer y cuarto seminario de estudios sobre La mujer en la Antigüedad (Valencia, SEMA, 2002), p. 177.

44 Gai, I, 193: *"Aput peregrinos non similiter, ut aput nos, in tutela sunt feminae; set tamen plerumque quasi in tutela sunt: ut ecce lex Bithynoram, si quid mulier ***, maritum auctorem ese iubet, aut filium eius puberem".*

45 D'ORS, Álvaro, cit. (nº6), p. 384.

46 KASER, Max, cit. (nº2), p. 47.

47 D. 16. 1.2.1 (Ulpiano, 1, 29 ad ed.)

48 GARCÍA GARRIDO, Manuel, cit. (nº29), pp. 141 ss.

VI. SIGLO IV D.C.: SUPRESIÓN DE LA TUTELA PERPETUA.

La tutela *mulieris* subsistió disminuida a una mera formalidad. Así, los últimos textos que refieren a ella son una constitución de Diocleciano y Constantino del 294 d.C., y un papiro griego que relata un proceso bajo Constantino, cerca del año 350 d.C. Sin embargo, en el año 410 una constitución de Honorio y Teodosio terminó por completo con esta forma de tutela, y se les concedió a todas las mujeres el *ius liberorum*.[49]

En la siguiente cita Gayo ilustra lo que se ha señalado hasta ahora respecto de la limitación a la tutela de la mujer y la abolición de la tutela perpetua: "Pero no hallamos ninguna razón fundada para que estén en tutela las mujeres mayores de edad, porque la creencia vulgar de que es equitativo exigir que las mujeres se rijan por la autoridad de un tutor, por cuanto su fragilidad las expone a frecuentes engaños, parécenos una razón más especiosa que sólida. En efecto las mujeres cuando han entrado en la mayor edad tratan por sí mismas los negocios que les conciernen, y solo en ciertos casos interpone el tutor su autoridad por mera fórmula, y muchas veces contra su gusto, obligado a ello por el pretor".[50]

Según este jurista, la invocación a la supuesta *levitas animi* que solía hacerse de la mujer, se fundaba más bien en lo aparente que en la realidad, ya que las mujeres mayores de edad llevan por sí mismas sus negocios, y la interposición de la autoridad del tutor era en muchos casos nada más que una fórmula. No se puede, señala, imputar a las mujeres una ligereza de espíritu que las lleve a ser objeto de engaño.

Con el tiempo, las mujeres habían alcanzado una independencia económica importante en comparación a su posición originaria y con otras mujeres en la antigüedad, y ello se demuestra en la evolución del régimen de tutela *mulieris*.[51]

VII. CONCLUSIÓN.

Ante la división entre personas capaces e incapaces, en derecho romano se dotó a las segundas de un tutor que les colaborara en sus negocios y, en ciertos casos, los administrase como propios. Las principales diferencias entre la tutela del impúber y de la mujer radicaban en el carácter de perpetua que caracterizaba a esta última. Como muestran las fuentes, desde el derecho arcaico la mujer se encontró sometida, a diferencia del varón impúber, a la tutela perpetua de su más próximo agnado. Sujeción que, sin embargo, no se mantuvo como tal al avanzar la historia de Roma. Diversos textos legales y ardides de la práctica llevaron a que dicha institución se viera transformada en una mera formalidad. La tutela optativa, el *ius liberorum*, las leyes Julia, Pappia Poppea y Claudia, y otras constituciones y prácticas terminaron acabar con la tutela perpetua de manera definitiva.

Con la tutela perpetua abolida, la mujer gozó de una capacidad ciertamente más amplia de la que poseía en derecho antiguo, aunque no por ello dejaron de subsistir formas de protección y limitación a la actuación de las mujeres. No puede hablarse de una igualdad en capacidad entre

---

[49] PETIT, Eugène, cit. (nº4), p. 161.

[50] Gai, I, 189: *"Sed impúberes quidem in tutela ese, ómnium civitatium iure contingit; quia id naturali rationi conueniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Nec fere ulla civitas est, in qua non leceat parentibus, liberis suis inpuberibus testament tutorem dare: quamuis, ut supra diximus, soli ciues Romani uideantur tantum liberos in potestate habere".*

[51] CANTARELLA, Eva, La mujer romana. (Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1991), p. 40.

hombres y mujeres en la Roma Antigua, pues no la había, pero tampoco puede negarse el hecho de que con el tiempo fue adquiriendo mayor libertad.

BIBLIOGRAFÍA.

CANTARELLA, Eva, (Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1991).

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano* (10ª edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2004).

GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Ius uxorium: el régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano* (Madrid, Delegación Superior de Investigaciones Científicas, Delegación en Roma, 1958), cuaderno nº9.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e Instituciones* (18ª edición, Sello Editorial, 2010).

KASER, Max, *Derecho romano privado* (2ª edición, traducción castellana de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Instituto Editorial REUS, S.A., 1982).

LÁZARO GUILLAMÓN, M.C., *La situación jurídica de las hijas de familia en el sistema sucesorio romano hasta el siglo I a.C.* en Actas del tercer y cuarto seminario de estudios sobre La mujer en la Antigüedad (Valencia, SEMA, 2002).

MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano* (Madrid, Ediciones Jurídicas S.A., 1992).

PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano* (9ª edición, traducción castellana de José Ferrández González, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 1999).

POMEROY, Sarah B., *Diosas, rameras, esposas y esclavas. Mujeres en la Antigüedad Clásica* (3ª edición, traducción de Ricardo Lezcano Escudero, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1999).

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990).

Instituta de Gayo.

Digesto de Justiniano.

LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES FEMENINAS*

Marina Martín Moro

Universidad de Salamanca (USAL)

Resumen:
El objetivo principal de este artículo es poner de manifiesto las desigualdades femeninas y cómo las mujeres comenzar a hacer valer sus derechos en la época romana. El método empleado ha sido la consulta de las fuentes legislativas y jurisprudencia de la época romana para poder explicar la motivación de esas primeras manifestaciones femeninas. Finalmente, se puede admitir que este artículo pone de manifiesto aspectos de la historia romana en relación con la desigualdad y lucha de sexos.

Palabras claves: *Lex Oppia Sumptuaria, Lex Voconia, el discurso de Hortensia.*

Abstract:
The aim of this article is to show up the gender inequality in the Roman era, and how women started to assert themselves in this period. The methodology was based on the consultation of legislative and jurisprudential sources from the Roman period in an attempt to explain the motivation of these first feminine reinvindications. The article brings out aspects of the Roman history related to the fight against gender inequality.

Keywords: *Lex Oppia Sumptuaria, Lex Voconia, Hortensia's speech*

I. LA PRIMERA MANIFESTACIÓN FEMENINA[1] [2] [3] [4] [5]

Las manifestaciones feministas no son de reciente aparición, hace ya más de 2000 años, las mujeres romanas salieron a la calle a protestar contra los abusos de poder por parte de los varones. En concreto, la primera manifestación feminista tuvo lugar en torno al año 450 a.C.,

---

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[1] CASTRESANA, Amelia. *Las primeras manifestaciones feministas, en La Gaceta de Salamanca* (18 de marzo de 2018)
[2] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Pedro; LOMAS SALMONTE (Francisco Javier. Historia de Roma. Madrid: Akal, 2004)
[3] Guillermo. 2019. Lope de Vega Clásico: La inmolación de Virginia
[visible en internet: http://lopedevegaclasico.blogspot.com/2019/10/la-inmolacion-de-virginia.html]
[4] Historia de Virginia | artehistoria.com
[visible en internet: https://www.artehistoria.com/es/obra/historia-de-virginia]
[5] Vaquero, Carlos Pérez. 2013. Anécdotas y curiosidades jurídicas | iustopía: la muerte de Virginia
[visible en internet: http://archivodeinalbis.blogspot.com/2013/09/la-muerte-de-virginia.html]

tras la muerte de Virginia, una hermosa joven plebeya, a manos de su padre para evitar que Appio Claudio Craso[6] abusara sexualmente de su hija.

Tito Livio nos relata esta terrible historia en el libro III de *Ab Urbe condita*: Apio Claudio pierde el juicio al encapricharse del cuerpo de la joven Virginia, la cual estaba prometida a Lucio Icilio, por esa razón rechazó a Appio Claudio en numerosas ocasiones. No estando conforme con el rechazo, Apio Claudio ordenó a Marco Claudio que la comprase como esclava, con la intención de que la llevase a su casa y así poder abusar sexualmente de ella todas las veces que quisiera, ya que pasaría a ser de su propiedad.

Marco Claudio secuestró a Virginia mientras iba de camino al *Forum*, donde la multitud se opuso a esta acción, ya que reivindicaban que Virginia era una mujer libre de nacimiento, pero Marco Claudio afirmaba que era su esclava, creándose aquí el dilema, ya que los esclavos no eran más que un *instumentum uocale*, llevando el caso hasta los decenviros, los cuales estaban encabezados por el propio Apio Claudio, el cual dictaminó favorablemente a favor de Marco Claudio, afirmando que era su esclava. Antes de que se la llevaran, el padre de Virginia, Lucio Virginio, no pudo soportar lo que le iba a suceder a su hija, por lo que pidió verse personalmente con ella, en esa reunión optó por coger un cuchillo y dar muerte a su propia hija para evitar que la joven cayese en manos de Claudio, en aras de poder mantener su libertad, evitando que cayese en la esclavitud.

Tras estos hechos trágicos la movilización femenina no se hizo esperar, las mujeres salieron de sus casas para manifestarse en contra de ese vergonzoso poder masculino que representaba Apio Claudio, pero, no estaban solas, ya que recibieron el apoyo de numerosos hombres que reivindicaban la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos de la republica. Con esta manifestación consiguieron que numerosos miembros del gobierno tuvieran que renunciar a su cargo, siendo desterrados, mientras que Apio Claudio fue encarcelado, derrocando así a los decenviros.

Pero esta no es la única reivindicación romana, ya que en el año 195 a.C. las matronas se manifestaron durante varios días contra una ley machista y discriminatoria, en concreto, se manifestaron contra la *Lex Oppia Sumptuaria,* por lo que nos remontaremos al período republicano, en concreto entre el 215 a.C. y 195 a.C.

II. *LEX OPPIA SUMPTUARIA* [7] [8]

En el período republicano, en concreto, entre el 215 a.C. y el 195 a.C., durante el consulado de Quinto Fabio Máximo y Tiberio Sempronio Graco, el tribuno de la plebe, Caius Oppius, propone una ley que tiene como objeto gravar el lujo y la ostentación del que gozaban las

[6] Fue un político que ocupó las más altas magistraturas del Estado romano. En concreto presidía la comisión legislativa y formaba parte del gobierno de la República, donde encabezó el colegio de decenviros.
[7] RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía. *Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano*. s.l. Ed. Dykinson. 2014. Pág, 37 a 52.
[8] CASTRESANA, Amelia. *Las primeras manifestaciones feministas, en La Gaceta de Salamanca* (18 de marzo de 2018)

mujeres romanas de los sectores privilegiados por considerarlo excesivo, ya que afirmaban que ponía en riesgo grave esa castidad exigible a las mujeres, promulgando así la *Lex Oppia Sumptuaria.*

Tito Livio en su obra *Ab Urbe condita,* nos describe los hechos acontecidos desde su fundación. Lo que se menciona en ese texto no fueron los momentos en torno a la propuesta y aprobación de la ley, sino de su abrogación, aunque, realizando un análisis detenido vamos a encontrar la información suficiente que nos permite recrear el contexto y el contenido de esta ley durante el veintenio de su vigencia. Esta *lex* podría resumirse en un puñado de prohibiciones varias, relacionadas con gastos suntuarios o formas de ostentación, que recaían sobre el sector femenino.

Dicha ley se promulgó en el 250 a.C., período en el que la ciudad sufría una grave crisis económica tras la segunda guerra púnica que afectaba especialmente a la plebe, clase social que apenas disponía de recursos para poder sobrevivir. Ante las amenazas de que se reivindicasen por medios de huelga, como iban amenazando en los últimos días, el Senado aprobó la ley propuesta por Caius Oppius. Es una ley que limitaba esa ostentación pública de riqueza, aunque únicamente les afectó a las mujeres.

¿Es una ley justa? Si nos paramos a pensar en ello unos minutos, podemos admitir que fue una ley absolutamente discriminatoria, ya que solo prohibía a las matronas lucir joyas de más de media onza de oro y cubrirse el cuerpo con vestidos de colores llamativos; pero, si el motivo era no mostrar la ostentación de riqueza, *¿por qué los hombres si que podían hacerlo?* Como aludíamos anteriormente, es una ley que tiene como objeto gravar el lujo y la ostentación del que gozaban las mujeres romanas ya que afirmaban que ponía en riesgo grave esa castidad exigible a las mujeres, de ahí que solo les afectase a las mujeres poderosas económicamente, matronas y mujeres de condición libre pertenecientes a una clase social elevada de la población romana, imponiendo un comportamiento austero, característica imprescindible según la sociedad romana sobre las cualidades que debe tener una mujer virtuosa.

Plauto, en su obra *Aulularia*, alude a las prohibiciones impuestas por la *lex Oppia* y al mejoramiento de las costumbres que esa ley trae consigo. Se pretende recuperar la austeridad y se insta volver al recato femenino, no sólo en cuanto al desenvolvimiento de la vida doméstica de las mujeres, sino también en relación con la negativa costumbre que éstas estaban adquiriendo de utilizar los signos masculinos del poder, como puede ser la utilización de la púrpura y el oro, para dar señales públicas de sus riquezas y posición social.

Por ello, una de las limitaciones de esta lex era el uso de vestidos coloristas confeccionados con tejidos teñidos, en especial, de color púrpura, semejante indumentaria quedó como símbolo masculino de poder que debían vestir en exclusiva los varones, y, en particular, aquellos que ocupaban determinados cargos, por lo que, si el género femenino vestía de dicho color era automáticamente sancionada.

Por último, la prohibición recaía también sobre la utilización de carruajes para el desplazamiento de las mujeres en Roma o en otras ciudades, y sobre las mujeres que se

alejaban a una distancia superior a mil pasos de la propia ciudad, excepto en ocasión de una ceremonia religiosa.[9]

El dinero y los bienes de aquellas mujeres que se atrevían a incumplir las normas de la *Lex Oppia Sumptuaria* serían confiscados, lo cual facilitaba a recaudar y llenar las arcas del erario público que la guerra púnica anteriormente acontecida había vaciado. Por lo que podemos afirmar que se pretendía de este modo, implementar un sistema de ahorro forzado, consiguiendo así retornar las tradiciones que se remontan a los orígenes de Roma, imponiendo reducciones drásticas a los gastos superfluos de las mujeres.

Tras la derrota a los cartagineses, los generales romanos regresaron a casa con las alforjas repletas de dinero, afectando así a la caja pública, fue en este momento en el que se planteó la posible derogación de la *Lex Oppia sumptuaria.*

Esa ley estuvo vigente hasta el año 195 a.C., cuando se llevó a cabo un debate entre dos magistrados: Marco Porcio Catón, conocido como el Censor, que defendía la conveniencia de que subsistiera esta ley ya que aludía que era la única garantía para hacer cumplir a las mujeres con los valores tradicionales, además, insinuó que las mujeres podían reaccionar y podría acontecer lo que sucedió en la leyenda en la isla griega de Lemnos[10], proponiendo que el movimiento femenino no era inocente en cuanto a sus motivaciones sino que estaba cargado de significado político; y Lucio Valerio Tapo, que defendía el abandono de la misma, reprochaba a Catón que sus argumentos no eran sobre el contenido de la ley, sino que simplemente hacía una crítica a las matronas. Con ello hace un análisis de la ley, argumentando que una lex no puede ser aprobada ni derogada solamente porque va en contra de los intereses de algunos, y de un modo particular, no estaría en los principios constitucionales que la razón de una ley sea el fin de poner freno al lujo femenino, donde debate por qué dicha ley va exclusivamente dirigido a las mujeres. Finalmente, predominó la posición de este último, y la *Lex Oppia sumptuaria* fue abrogada, lo que no dejó satisfecho a todos los varones.

Lo destacable durante este debate fue la reacción del género femenino, las mujeres recorrieron las calles de la ciudad y rodearon las casas de los Bruto (Marco Junio Bruto y Publio Junio Bruto), dos machistas que pensaban utilizar su derecho a veto en el Senado para impedir la posible derogación de dicha ley. Esta movilización femenina impidió su acceso al *Forum* y al Senado, haciendo valer en público su compromiso con la libertad e igualdad entre sexos, uniendo fuerzas para dar voz a las discriminaciones e injusticias que conllevaba la ley.

Después de lo anteriormente expuesto, *¿cuál fue el motivo real de la Lex Oppia sumptuaria?* Respecto a este interrogante existen diversas doctrinas, ya que algunos autores sostienen que

[9] Texto de Tibio Livio establecido por Weissenborn, W.-Müller,H.J.. Liv. 34.1.3: Tulerat eam C. Oppius tribunus plebis Q. Fabio Ti. Sempronio consulibus, in medio ardore Punici belli, ne qua mulier plus semunciam auri haberet neu vestimento versicolori uteretur neu iuncto vehiculo in urbe oppidove aut propius inde mille passus nisi sacrorum publicorum causa veheretur.

[10] En dicha leyenda tuvo lugar una "conjura femenina" (*coniuratio muliebris*) que exterminó a todos los hombres. Donde sostiene que puede constituir un gran peligro que al género femenino se le permita reunirse en asamblea, tener conciliábulos o formar proyectos secretos.

la finalidad perseguida puede ser la recaudación de bienes por los estragos que habían conllevado la segunda guerra púnica; mientras que otros afirman que el móvil fue la creación de disposiciones que impusieran limitación y sanción a manifestaciones femeninas de riqueza y ostentación. En mi opinión, el verdadero motivo es la segunda ya mencionada, porque si realmente hubiera sido el primer motivo hubieran limitado a ambos géneros y no a uno solo. Al final la historia de Roma es la historia de una época patriarcal en la que hay una clara desigualdad de género, pero, si realmente hubiera sido el motivo de la guerra y la situación de la plebe, *¿por qué no hacerlo con ambos géneros?* Considero que simplemente fue una excusa en la que vieron posible limitar y sancionar para exigir volver a un valor tradicional de la mujer, la austeridad de la matrona.

La *Lex Oppia* no fue la única ley discriminatoria, es necesario hacer mención a otra ley, *la lex Voconia*, del año 169 a.C., que impedía que las mujeres pertenecientes a la primera clase del censo fueran instituidas como herederas testamentarias.

III. LEX VOCONIA DE HEREDITATIBUS MULIERUM[11] [12] [13] [14] [15]

La *lex Voconia* aparece en el año 169 a.C. aprobada por los *concilia plebis tributa*[16] apoyado y promovido por Marco Porcio Catón[17] *,* con el fundamento de recuperar los valores (*los mores maiorum*) exigibles a las mujeres en la sociedad romana, con una especial atención a aquellas mujeres de alto rango, pertenecientes a la aristocracia y a los grupos dirigentes, como sucede con la *lex Oppia.* Respecto a esta *lex*, Catón argumenta el peligro que conlleva la autonomía económica de la mujer tanto en su relación con su marido como en el orden social.

En concreto esta ley prohibió heredar por testamento a las mujeres de la primera clase del censo[18] *(centenarii);* pero a título de legado permitió que les fuera asignada hasta la mitad del patrimonio, y, en general, según lo estipulado en la ley, nadie podía adquirir por legado más de lo que adquiere el heredero, todo ello con el fin de refrenar la riqueza y el lujo de las mujeres. No excluye por tanto la capacidad para recibir (*capere potest*), sino que la limita en relación con los varones, a los legados y a las donaciones *mortis causa.*

---

[11] RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía. *Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano*. s.l. Ed. Dykinson. 2014.
[12] Internacional, 2014. Testamento per aes et libram.
[visible en internet: https://leyderecho.org/testamento-per-aes-et-libram/]
[13] ORTUÑO PÉREZ, María, et al. *Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la Lex Voconia.* 2014.
[14] DEL CASTILLO Álvarez, A., *El sistema familiar romano de época clásica*, cit., p. 201; Lázaro Guillamón, C., *La situación jurídica de las hijas de familia*, cit., p. 187.
[15] CASTRESANA, Amelia. *La "imbecilidad" del sexo femenino : una historia de silencios y desigualdades* . 1ª Edición, noviembre 2019. Salamanca: Paso Honroso Editorial, 2019. Print. Página 64 a 71.
[16] Se trata de un plebiscito, presentado y aprobado en la asamblea de la plebe, la cual goza de las facultades legislativas a pesar de estar compuesta solo por los plebeyos. Se trata de una *lex publica* aprobada en los comicios teniendo eficacia vinculante con carácter general.
[17] Las palabras y argumentos utilizados por Catón para apoyar la promulgación de la Lex Voconia fueron recogidos por A. Gellio en su obra *Noctes Atticae. 17, 6,1*.
[18] Siendo las personas cuyo patrimonio supera los 100.000 sestercios.

La finalidad de la promulgación de esta *lex* era limitar la capacidad sucesora de la mujer, en un momento histórico de progresiva emancipación de la misma, frenando así su autonomía, pretendiendo mantener con ello la integridad de las familias más pudientes[19]. Así mismo, tuvo como objetivo preservar la eficacia de la institución de heredero, y, por consiguiente, del testamento, limitando a su vez las disposiciones en concepto de legado.

La influencia helénico-oriental se dejó sentir en todos los ámbitos, donde las ideas filosóficas, religiosas, políticas, económicas y culturales hicieron mella en la sociedad aristocrática romana más avanzada.

Como se acaba de mencionar, es importante tener en cuenta el contexto histórico de ese momento, ya que hablamos de una época en que se estaban dando cambios en las costumbres y en la psicología social con la pérdida o "relajación" de principios y costumbres romanas; nuevas formas de vida particularmente en el ámbito familiar. En concreto, se estaba debilitando el poder del *pater familiae* a causa de los logros que progresivamente trataban de conseguir las mujeres y se observa una clara progresiva emancipación femenina, que pretendían conseguir la libre disposición de sus bienes[20]. De hecho, anteriormente en Roma, el padre sí que podía instituir en el testamento heredera universal a su hija.

La emancipación progresiva ya mencionada fue favorecida en el S. I a.C. cuando los varones estaban lejos, en la guerra, ejerciendo cargos en provincias e incluso algunos en el exilio, lo que propició la valoración de la mujer romana, que asumió la administración y gestión del patrimonio familiar, demostrando que también podían ser demandadas por la gestión de negocios, como aludió Ulpiano.[21]

Un ejemplo de ello fue lo que denotó Cicerón en su libro *Pro Caecina*, donde relata como la mujer romana realizaba actos jurídicos varios: 'comprar fundos, arrendarlos, disponer de un usufructo, gestionar la fortuna de sus hijos, recibir legados, administrar sus bienes, y llevar un registro de sus transacciones, casarse y confeccionar su testamento´. Además, las mujeres podían dar juramento, prestar testimonio, actuar en juicio… aunque seguían siendo excluidas de toda labor civil y pública (*officia virilia*) no pudiendo ejercer como jueces ni como magistradas, aunque si que actuaban indirectamente en la política y en las instituciones por medio de los varones.

Como indica Gallego Franco, otro de los factores de la mayor independencia de la mujer romana del Imperio con respecto a otras civilizaciones fue la *tutela mulierum*, su incapacidad para poseer y administrar su propio dinero.[22]

---

[19] Gellio, A, Noctes Atticae 7,13

[20] Tiempo en el que aparecen los matrimonios ficticios para obtener una efectiva emancipación femenina, permitiéndoles concentrar grandes fortunas con ello, gozar de una gran autonomía que no estuvo bien vista por todos los sectores de la sociedad.

[21] Ulpiano, D. 3,5,3,1

[22] ALLEGO FRANCO, M.H., "*La mujer hispanorromana y la actividad socioeconómica: las profesiones"*, Minerva: Revista de Filología clásica 7 (1993) p. 111

Respecto al contexto jurídico de la mujer *sui iuris* de ese momento es destacable aludir que comenzaban a gozar del reconocimiento progresivo sobre el carácter potestativo a la tutela de la mujer; el reconcomiendo de su capacidad testamentaria; la aparición del *testamentum per aes et libram*[23] cuya estructura y función facilitaba la participación de la mujer; y finalmente, la capacidad *testamenti factio* que tenía la mujer para poder ser instituida heredera, es decir, otorgarle la capacidad para poder recibir los bienes en herencia de una sucesión testamentaria.

Al poder ser instituida heredera la mujer pudo hacerse con grandes fortunas, consiguiendo ahí una mayor libertad e independencia; y con ello llegó inevitablemente el riesgo para los hombres, ya que éstos no tendrían el mismo poder sobre su esposa.

Ante dichos cambios, la reacción del sector más conservador de la aristocracia romana fue la adopción de medidas en diferentes ámbitos, como la promulgación de las *leyes suntuarias*[24] para poder preservar la austeridad propia de las costumbres romanas, intentando mantener los valores tradicionales de la mujer. Un ejemplo de ello nos lo alude Plauto en su obra *Aulularia*, que explica la conveniencia del decoro de la mujer que portaba una dote al matrimonio (*la uxor dotata*), el cual explica muy bien tanto la finalidad de la *lex Oppia* como la de la *lex Voconia.* Un ejemplo de ello es el fragmento en el que los dos protagonistas, Megadoro y Euclión, abordan el tema de la insolencia de las mujeres ricas en contraposición al de las mujeres apegadas a la tradición, alabando a estas últimas. Los sectores más tradicionales de la sociedad se aferran a las *mores*[25], siendo Cornelia el ideal de matrona romana que querían mantener.

Tras la promulgación de la lex Voconia, con el fin de burlar su aplicación se utilizaron diferentes vías de fraude que permitían al padre hacer llegar a su hija sus bienes sin instituirla como heredera. Algunas de estas vías fueron el fideicomiso, por el cual un testador deja su herencia o parte de ella encomendada a una persona para que, en un caso y tiempo determinados, la transmita a otra del modo que se le indica; o una declaración errónea de sus bienes, es decir, falseaban su situación económica, reduciendo considerablemente el número de bienes y su dinero con el objetivo de que esa parte de los bienes pudieran llegar a su hija. Desde mi punto de vista, fue una reacción ingeniosa por parte de esos *pater familiae* que

---

[23] En el *testamentum per aes et libram* el testador confiaba su voluntad a la fides del familiae emptor produciendo en ese momento efectos jurídicos. En concreto, el familiae emptor no es el que adquiere la herencia, sino el que cumple la voluntad del testador, dándole la herencia al que éste ha designado.

[24] "*Las leges sumptuariae fueron: Lex Metilia de Fullonibus (año 217 aC) que combatía el lujo de los trajes; Lex Oppia Sumptuaria (año 215 a.C) por la que se reprimía el lujo excesivo en las mujeres, tanto en su vestimenta como en sus medios de transporte, además de prohibir que la mujer poseyera más de una media onza de oro; Lex Valeria Fundaria de lege Oppia abroganda (año 195 aC), que deroga la anterior; Lex Orchia de Coenis (año 181 aC) por la que se limitaban los lujos y gastos suntuarios en los banquetes, y el número de invitados; Lex Fannia Sumptuaria (año 161 aC) que también combatió el lujo y los gastos ostentosos en las comidas; Lex Didia Sumptuaria (año 143 aC) que extendió a toda Italia el ámbito de aplicación de la Lex anterior e impuso las sanciones por incumplimiento a los invitados; y, por último, la Lex Aemilia de Sumptibus et libertinorum suffragiis (año 115 a.C.) por la que, entre otros extremos relativos al derecho de sufragio de los libertos, se limitaron los gastos en vestidos . Cfr. : GUTIERREZ ALVIZ,F., op.cit. , pP. 362, 363, 380, 364, 346, 344 y 325, respectivamente."* RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía. *Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano*. s.l. Ed. Dykinson. 2014.

[25] Para Catón, los cambios en el modus vivendi de las mujeres es un peligro, pues "*en cuanto tengan la igualdad se impondrán a nosotros*" (LIV. 34,3,2).

lucharon silenciosamente por la igualdad de la mujer a causa del amor que tenían por sus hijas, intentando evitar esa discriminación hereditaria, aunque a mi modo de ver no es muy ortodoxo que para ello utilizasen el fraude de ley. Considero que podrían haber buscado otras vías legales para luchar por la igualdad de ambos sexos.

¿En qué momento se deja de aplicar dicha ley? Ni las fuentes literarias ni la doctrina actual determinan exactamente cuándo y por qué dejó de aplicarse dicha ley. Algunos autores sostienen que antes de la caída del régimen de la República, pero, la mayor parte de la doctrina siguen a Aulo Gellio que considera que dejo de aplicarse en el Principado. Es necesario también destacar respecto a los legados la *Lex Falcidia*, que zanjó la cuestión, al reservar a favor del heredero la cuarta parte de la herencia (*la cuarta falcidia*), quedando el resto, a la libre disposición del causante, dando como consecuencia que las limitaciones concretas de la capacidad patrimonial de la mujer establecidas en la ley desaparecieron con la misma.

Por lo que podemos admitir que la *lex Voconia* fue perdiendo peso como consecuencia del desuso del censo y de la costumbre de legar mediante el *fideicommissum*, logrando que la mujer tuviese todas las facultades para heredar todas las riquezas de otra persona, sin limitaciones y sin importar lo grandes que fuesen las herencias.[26]

IV. EL DISCURSO DE HORTENSIA[27] [28]

Hortensia, hija del orador Quinto Hortensio Hórtalo, se convirtió en portavoz de las demandas de las matronas romanas, en concreto, en su discurso sobre el abusivo impuesto sobre las mujeres que impusieron los triunviros.

Nos remontamos al año 42 a.C., año en el que los triunviros se enfrentaban con un déficit de doscientos millones de sestercios para cubrir las necesidades de la guerra, al efecto promulgaron un edicto por el que se requería una contribución extraordinaria a mil cuatrocientas mujeres, las más pudientes de Roma. Apiano nos informa de que Marco Antonio, Lépido y Octaviano habían fijado penas para las que ocultaran una parte de sus bienes o hicieran una estimación falsa de los mismos, estableciendo recompensas para quienes delataran estos hechos[29]. Ante dicha injusticia, las afectadas intentaron una negociación con los triunviros, valiéndose de las mujeres de sus familias; la hermana de Octaviano, Octavia, y la madre de Marco Antonio, Julia, mostraron su solidaridad con este grupo de mujeres, pero, en cambio, Fulvia, esposa del triunviro Marco Antonio, las rechazo , no consiguiendo las matronas finalmente nada. Ante este rechazo, se abrieron paso hasta el *forum*, llegando a la tribuna de los triunviros, donde Hortensia pronunció un discurso en nombre de todas ellas.

---

[26] DEL CASTILLO ÁLVAREZ, A., "*El sistema familiar romano de é poca clá sica...*", cit., p. 201; y en LÁZARO GUILLAMÓN, C., "*La situació n jurí dica de las hijas de familia...*", cit., p. 187.

[27] LO PEZ, Aurora, *Hortensia, primera oradora romana*, en *Florentia Iliberritana: revista de estudios de Antigüedad Clá sica* 3, (1992), p. 317- 332.

[28] Maribel, El discurso de Hortensia ante el foro, *Gladiatrix en la arena* 2017. [visible en internet: https://gladiatrixenlaarena.blogspot.com/2017/03/el-discurso-de-hortensia-ante-el-foro.html]

[29] Apiano, *B. Civ.*, IV, 32.

La versión española del discurso de Hortensia es realizada por Antonio Sancho Royo[30] y dice así:

"*En aquello que correspondía a unas mujeres de nuestro rango solicitar de vosotros, recurrimos a vuestras mujeres, pero en lo que no estaba acorde, el ser ultrajadas por Fulvia, nos hemos visto empujadas a acudir, todas juntas, al foro, por su causa. Vosotros nos habéis arrebatado a nuestros padres, hijos, maridos y hermanos acusándolos de que habíais sufrido agravio por ellos; pero si, además, nos priváis también de nuestras propiedades, nos vais a reducir a una situación indigna de nuestro linaje, de nuestras costumbres y de nuestra condición femenina. Si afirmáis que habéis sufrido agravio de nosotras, igual que de nuestros esposos, proscribidnos también a nosotras como a aquéllos. Pero si las mujeres no os declaramos enemigos públicos a ninguno de vosotros, ni destruimos vuestras casas, ni aniquilamos vuestros ejércitos o condujimos otros contra vosotros o impedimos que obtuvierais magistraturas y honores, ¿por qué participaremos de los castigos, nosotras que no participamos en las ofensas? ¿Por qué hemos de pagar tributos nosotras que no tenemos participación en magistraturas, honores, generalatos, ni, en absoluto, en el gobierno de la cosa pública, por las cuales razones os enzarzáis en luchas personales que abocan en calamidades tan grandes? ¿Porque decís que estamos en guerra? ¿Y cuándo no hubo guerras? ¿Cuándo las mujeres han contribuido con tributos? A éstas su propia condición natural las exime de ello en toda la humanidad, y nuestras madres, por encima de su propio ser de mujeres, aportaron su tributo en cierta ocasión y por una sola vez, cuando estabais en peligro de perder todo el imperio e, incluso, la misma ciudad, bajo el acoso cataginés. Pero entonces realizaron una contribución voluntaria, y no a costa de sus tierras o campos, o dotes, o casas, sin las cuales cosas resulta imposible la vida para las mujeres libres, sino sólo con sus joyas personales, sin que éstas estuvieran sometidas a una tasación, ni bajo el miedo de delatores o acusadores, ni bajo coacción o violencia, y tan sólo lo que quisieron dar ellas mismas. Y, además, ¿qué miedo tenéis ahora por el imperio o por la patria? Venga, ciertamente, la guerra contra los galos o los partos y no seremos inferiores a nuestras madres en contribuir a su salvación, pero para luchas civiles no aportaríamos jamás nada ni os ayudaríamos a unos contra otros. Pues tampoco lo hicimos en época de César o Pompeyo, ni nos obligaron a ello Mario ni Cina, ni siquiera Sila, el que ejerció el poder absoluto sobre la patria, y vosotros afirmáis que estáis consolidando la República*".

Como se puede observar, Hortensia, presenta la defensa de sus intereses como un problema de desigualdad entre los varones y las mujeres, siendo estas sometidas a su poder, manifiesta que estarían dispuestas a sacrificar parte de sus bienes si se tratase de una guerra contra pueblos extranjeros, pero no en una guerra civil. Además, alude a cómo ellas mismas a pesar de no poseer ningún derecho político, derecho que sí disfrutaban los hombres, voluntariamente lo harían por su sentimiento patriótico, sin tener que ser necesaria una tasación y mucho menos una imposición de la misma.

Asimismo, es destacable el concepto de "*naturaleza femenina*" que alude Hortensia, dando lugar que la mujer sea equiparable al pertenecer a una *gens* importante o a la *rectitud de mores*, lo cual exime a las mujeres de toda humanidad y de todo tipo de tributo obligatorio, dejando a su discreción el colaborar en las empresas militares sólo cuando y cómo lo estimen oportuno ellas, poniendo como ejemplo la guerra contra Cartago y cómo las matronas

[30] APIANO, B. *Historia romana. Guerras civiles (libros I-II)* (Traducción de Antonio Sancho Royo, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 1985) Vol. II, p. 133-135

donaron parte de sus riquezas, en concreto joyas personales, pero no sus tierras, campos, dotes o sus propias casas, siendo estos últimos los gravados en el impuesto, lo que lo hace más abusivo al ser considerados elementos indispensables para la vida de las mujeres libres.

Hortensia admite como cosa natural que las mujeres, incluso las más pudientes y pertenecientes al rango superior de las matronas, no tengan derecho a participar ni en las magistraturas, ni en los honores, ni en los generalatos, ni en el gobierno; ahora bien, *¿si no tienen derecho, por qué ellas tienen que pagar por ello?* En contraposición a esa afirmación, reivindica la exención de impuestos, que deben recaer sobre quienes sí tienen acceso a tales instrumentos de poder, es decir, sobre los hombres, ya que ellas no disfrutan de ese privilegio. Desde mi punto de vista, es reseñable cómo reivindica la igualdad y cómo argumentó basándose en la desigualdad de género que venían sufriendo hasta el momento, cómo era no tener derecho a poder ostentar una magistratura o un puesto de poder, consiguiendo darle la vuelta, para que ese impuesto recayese sobre los que sí que disfrutaban de ese poder, es decir, los hombres.

Ante estas declaraciones, Apiano[31] nos relata cómo ordenaron a los lictores que las expulsaran del tribunal, lo que dio lugar a un clamor entre la multitud del exterior del recinto, ante el cual los lictores desistieron de la labor y los triunviros anunciaron que el asunto se posponía para el día siguiente, asumiendo que debían rectificar. En ese día confeccionaron una lista pública de cuatrocientas mujeres, en vez de las mil cuatrocientas, que debían presentarles una evaluación de sus bienes, y decretaron asimismo que cualquier hombre que tuviese más de cien mil dracmas, ciudadano o extranjero, libre o sacerdote y de cualquier nacionalidad, sin exclusión de nadie, debería prestar de inmediato una cincuenteava parte de su patrimonio y aportar para la guerra la renta de un año con igual temor a los castigos que a los delatores. Lo cual supuso, de facto, una victoria para el género femenino.

He querido traer a colación el discurso de Hortensia ya que fue una mujer que en su tiempo tuvo el valor de erigirse como portavoz de las matronas y ser capaz de reivindicar en el *forum* ante los triunviros una desigualdad que les acontecía a las mujeres de ese momento, siendo evidente que dicho discurso hizo rectificar la severa decisión que habían tomado los triunviros. Hortensia constituyó así un ejemplo a seguir en la lucha por los derechos de las mujeres, en la puesta de manifiesto de su desigualdad respecto a los varones y en la reivindicación de la igualdad; además de poder considerarla como la primera oradora romana.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALLEGO FRANCO, M.H., "*La mujer hispanorromana y la actividad socioeconómica: las profesiones"*, Minerva: Revista de Filología clásica 7 (1993).

APIANO, B. *Historia romana. Guerras civiles (libros I-II)* (Traducción de Antonio Sancho Royo, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 1985) Vol. II, p. 133-135

[31] Apiano, *B. Civ.*, IV, 34.

CASTRESANA, Amelia. *La "imbecilidad" del sexo femenino : una historia de silencios y desigualdades* . 1ª Edición, noviembre 2019. Salamanca: Paso Honroso Editorial, 2019. Print.

CASTRESANA, Amelia. *Las primeras manifestaciones feministas, en La Gaceta de Salamanca* (18 de marzo de 2018)

DEL CASTILLO Álvarez, A., *El sistema familiar romano de época clásica*, cit., p. 201; Lázaro Guillamón, C., *La situación jurídica de las hijas de familia*, cit., p. 187.

Gellio, A, *Noctes Atticae* 7,13

Guillermo. 2019. Lope de Vega Clásico: La inmolación de Virginia
[visible en internet: http://lopedevegaclasico.blogspot.com/2019/10/la-inmolacion-de-virginia.html]

Historia de Virginia | artehistoria.com
[visible en internet: https://www.artehistoria.com/es/obra/historia-de-virginia]

Internacional, 2014. Testamento per aes et libram.
[visible en internet: https://leyderecho.org/testamento-per-aes-et-libram/]

LO□PEZ, Aurora, *Hortensia, primera oradora romana*, en *Florentia Iliberritana: revista de estudios de Antigüedad Cla□sica* 3, (1992).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Pedro; LOMAS SALMONTE (Francisco Javier. Historia de Roma. Madrid: Akal, 2004)

Maribel, El discurso de Hortensia ante el foro, *Gladiatrix en la arena* 2017. [visible en internet: https://gladiatrixenlaarena.blogspot.com/2017/03/el-discurso-de-hortensia-ante-el-foro.html]

ORTUÑO PÉREZ, María, et al. *Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la Lex Voconia*. 2014.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía. *Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano*. s.l. Ed. Dykinson. 2014.

Vaquero, Carlos Pérez. 2013. Anécdotas y curiosidades jurídicas | iustopía: la muerte de Virginia
[visible en internet: http://archivodeinalbis.blogspot.com/2013/09/la-muerte-de-virginia.html]

MANUMISIÓN: ¿FENÓMENO MARGINAL O DE APLICACIÓN GENERALIZADO?*

[*Manumission: marginal phenomenon or of general application?*]

Javiera Villanueva Aguirrezabal
Universidad de los Andes, Chile

Resumen
En el presente trabajo se analiza la institución de la manumisión en Roma y su aplicación a lo largo de la historia del pueblo romano. Se abarcan las restricciones a la institución de las leyes dictadas por el emperador Augusto durante el Principado, junto a otras imposiciones de la legislación romana, en contraposición a la masificación de su práctica en el Imperio.

Palabras claves: Manumisión – esclavitud – Augusto – ciudadanía romana – legislación

Abstract
This paper analyses the institution of manumission in Rome and its application throughout the history of the Roman people. It covers restrictions on the institution of laws enacted by Emperor Augustus during the Principality are included, along with other impositions of Roman law, as opposed to the widespread practice of such laws in the Empire.

Keywords: Manumission – slavery – Augustus – Roman citizenship – legislation

I. Manumisión como institución en Roma

La manumisión era un acto jurídico voluntario unilateral del *domunis* que podía ser solemne o no solemne y por decisión de la ley[1], en el cual le confiere libertad a su esclavo, convirtiéndose este en liberto. *Dominum* se llama al poder del *dominus,* o *domus*, que se ejercita sobre la casa misma y quienes viven en ella[2].

En Roma, la manumisión de esclavos se daba con mayor frecuencia que en Grecia[3], tanto en la República como en el imperio. No solamente personas como Lucius Cornelius Sulla Felix, dictador de la República Romana, o Sextus Pompeius Magnus Pius, militar romano, dieron libertad a numerosos esclavos, sino en las mismas ciudades, o por lo menos, en amplios sectores de esclavistas, se practicaba la manumisión.

En otras palabras, la manumisión no era para nada una situación excepcional de los grandes líderes o gobernantes de Roma, sino un acto comúnmente realizado por los ciudadanos, quienes disponían de su siervo o esclavo y le concedían la libertad.

---

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[1] ARGÜELLO, Luis, *Manual de derecho romano: historia e instituciones* (3° edición corregida, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfreso y Ricardo Depalma, 2004), p.154.
[2] *SAMPER, Franciso, Derecho Romano (*3° edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012) p.124.
[3] DUFF, A.M, *Freedmen in the Early Rman Empire* (Volume 18, Issue 1, November 1928 , Cambrige, 1958) p. 12 y ss).

Pese a que Roma era una sociedad principalmente esclavista, y que permitió la existencia y perpetuación de la institución a lo largo de su historia, les concedían una serie de atribuciones, derechos y exenciones al siervo, como era el caso de la manumisión.

Cicerón hablaba de la manumisión de los esclavos y su esperanza de obtenerlo como si fuera algo natural: *nisi forte hanc condicionem vobis esse vultis, quam servi, si libertatis spem propositam non haberent, ferre nullo modo possent*[4]. Y señala expresamente que, de hecho, los esclavos obtenían la libertad con mucha frecuencia: *Servos denique, quorum ius fortuna condicio infima est, bene de re publica meritos persaepe libertate id est civitate publice donari videmus*[5], resaltando incluso que los prisioneros de guerra podían contar con la manumisión luego de haber pasado un periodo de tiempo.

II. Causas de esclavitud

La principal fuente originaria de la esclavitud es la cautividad de guerra[6], donde la persona, sea militar o no, perteneciente a una comunidad con la cual el *populus Romanus* se encuentra en estado de guerra, es tomado como prisionero por los soldados romanos o por cualquier ciudadano en particular, se convierte en *servus* y pasa al dominio del *populus Romanus*[7].

En la época arcaica ni siquiera era necesario que existiera un real *bellum* o conflicto, sino que era suficiente que el individuo quien quedase prisionero perteneciera a comunidades con que Roma no tenía vínculos jurídicos, aunque en la práctica los romanos siempre establecían vínculos con los pueblos de alrededores[8].

La caída en servidumbre o esclavitud como consecuencia de un cautiverio bélico era considerada una institución del *Ius Gentium,* y por lo mismo, podía afectar incluso a un ciudadano romano apresado por el enemigo. En el *Ius Civile* también es reconocido, y produce una c*apitis deminutio*, en la cual se extinguen las relaciones e invalidan los actos jurídicos que no pueden prevalecer sin tener la condición de ciudadano[9]. Así, por ejemplo, se extingue la *patria potestas* y la *manus,* por lo que los hijos *in potestate* o la mujer *in manu* se hacen *sui iuirs.*

Sin embargo, y en virtud de la antigua institución de *ius postilinium*[10], el ciudadano romano que haya caído en esclavitud por cautiverio bélico, puede recobrar su antigua condición de libre, relaciones y condiciones jurídicas, por el solo hecho de regresar al territorio del *populus*, como si nunca hubiera caído en esclavitud, dando así un cierto tipo de ficción frente a la situación de captura. No obstante, las situaciones de hecho quedan extintas sin efecto retroactivo, como lo es el matrimonio, por lo que, si hubiese contraído matrimonio y tomado como esclavo por el enemigo, al regresar al *populus* la mujer sigue siendo *sui iuris.*

Además de la esclavitud por cautividad de guerra, el *Ius Civile* admite otras causas, como son en la época arcaica por ejemplo la venta de un ciudadano *trans tiberim* a los extranjeros como castigo por apartarse al reclutamiento militar[11] o censo[12] y por desertar de la milicia[13], o el deudor

[4] CICERO, Marcus, *Complete Works of Cicero* (Illustrated, vol. 1, Delphi Ancient Classics), 2014
[5] CICERO, Marcis, cit. (n. 4)
[6] D. 49. 15; CI. 8.50
[7] GUZMÁN, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (Tomo 1, primera edición, Editorial Jurídica de Chile), 2013, p. 299 y ss.
[8] GUZMÁN, Alejandro, cit. (n.7)
[9] GAIO. 1. 129
[10] D. 49. 15; Cfr. Guzmán, Alejandro, cit. (n.7)
[11] D. 49.16.4:10
[12] Liv., 1.44.1
[13] Liv., Ep. 33

atribuido al acreedor en la *manus iniecto,* que podía ser vendido *trans tiberium* a extranjeros, y se convertía en el esclavo del comprador[14]. No obstante, estas caen en desuso en el derecho clásico.

En una situación similar se encontraban[15]: (i) los niños abandonados y recogidos(*alumni*), que el amo (*nutritor*) normalmente manumitía al cumplir la mayoría de edad; (ii) los *addicti* en un trámite de ejecución personal, siendo liberados a través de la *solutio*; (iii) los hijos vendidos dentro de Roma - *in mancipio esse* – que deben ser manumitidos para recuperar su libertad. En esta situación se encuentran los hijos que, por haber cometido algún delito, han sido transferidos a la víctima *in noxa dati*, asi como los hombres que se alquilaban como gladiadores.

III. Capacidad jurídica del siervo

Desde el punto de vista jurídico, la libertad en Roma se entendía como atributo natural y de derecho, que permite al hombre actuar en todas sus aspiraciones políticas, civiles, en el ámbito familiar o patrimonial[16].

El estado de hombre libre está garantizado en el régimen romano mediante la institución de la *Causa Liberalis*, que es el juicio en que se resuelve la condición del hombre en los estratos sociales durante los períodos históricos del Reino, la República o el Imperio. Su degradación provocaba la extinción de la personalidad, puesto que se perdía la ciudadanía y derechos de familia. De algún modo equivalía a una muerte civil, que, al igual que la muerte natural, ponía fin a la existencia de la persona[17].

El siervo reúne en sí mismo una doble condición de persona y cosa (*res mancipi)*[18]. Estos, a diferencia de las personas libres, carecían del atributo natural de la personalidad, y estaban bajo el poder de otro hombre, quien era libre y gozaban de su plena libertad[19].

El siervo como cosa, estaba sometido a la potestad, o más propiamente, al dominio de su amo, quien tenía los poderes del *domunis* (dominicas potestas). De esta forma, podía disponer su vida, castigarlo, venderlo, hasta abandonarlo, sin que ello implicase la libertad del esclavo.

Sin embargo, la legislación romana no podía negar la naturaleza propia y humana del siervo, que fue evolucionando por sobre los años, rompiendo la rigurosidad que en principio presentaba. Así, por ejemplo, se reconoció un matrimonio especial entre esclavos, llamado *contubernium*, del cual derivaba el parentesco *cognatio servilis*, que tenía un cierto grado de valor jurídico en aspectos como matrimonial y de sucesión legítima sobre aquellos que hubieren alcanzado la pubertad. Además, tenían personalidad en el ámbito religioso, teniendo derecho a honrar funerarias y sepulturas, como cualquier hombre libre[20].

IV. Influencia cristiana

El cristianismo, y sobre todo luego del Edicto de Milán, influye de gran manera en Roma, profundizando en las ideas de la dignidad de la persona, solidaridad, caridad e igualdad entre los

---

[14] Tab. 3.5; Cell. 20.1.47

[15] D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano* (8° edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A) 1991, p. 274 y ss.

[16] HASNICH, Hugo, *Concepto de la libertad en el Derecho Romano* en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16 (1990), pp. 11-19, s.l.

[17] ARGÜELLO, Luis, cit. (n.1) p. 149

[18] GUZMÁN, Alejandro, cit. (n.7) p. 512 y ss.

[19] FLORENTINO en el digesto decía "la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley" (D. 1.5.4)

[20] ARGÜELLO, Luis, cit. (n.1) p. 151

hombres. A pesar de sus convicciones, no podía negar la realidad del *ius Gentium*, como la esclavitud, por lo que la Iglesia no tuvo como objetivo abolirla, sino que contribuyó con la humanización del trato hacia los esclavos, y buscó también favorecer la institución de la manumisión[21].

Algunos pensadores como Séneca o Plinio el Joven, abogaron por un tratamiento más igualitario y, en definitiva, más humano. Séneca creía que la esclavitud era necesaria en Roma, como debió ser el consenso general de la época, pero eso no debería constituir un impedimento para que se mostrase mayor comprensión y sensibilidad hacia los esclavos en su trato, y en varias discusiones deja lecciones y consejos al respecto.

Así, por ejemplo, en la carta XVLII dirigida a Lucilio, hace referencia al trato, piedad en los castigos y familiaridad del esclavo,[22] y señala: *sic cum inferiore vivas, quemadmodum tecum superiorem velis vivere*[23].

V. Leyes de Augusto: *Lex Fufia Caninia, Lex Aelia Sentia, y la Lex lulia de adulteriis.*

Bajo el gobierno de Augusto, la manumisión creció exponencialmente, como así también el número de libertos en el pueblo, lo que comenzó a ser un peligro para el Estado, tanto política como socialmente. Esto porque, a través de las manumisiones, numerosas personas obtenían el derecho a la ciudadanía romana, a lo que la política romana no se encontraba preparada[24].

En la época del principado aparecen nuevas causas de esclavitud, ligadas a ilícitos que se den en el *populus Romanus*, como son[25]: (i)la ciudadana que mantiene comercio sexual con un esclavo en contra de la voluntad y advertencias de su amo se hace esclava en virtud de un senadoconsulto *Claudianum* (54. d.C) [26]; (ii) la imposición de la pena de muerte, lucha con fieras y trabajos forzados en las minas llena consigo la pérdida de la libertad, y al condenado se lo toma como "siervo de la pena" o *servus poenae*[27]; (iii) el libre mayor de veinte años que se hace vender como esclavo por un tercero, con el objeto de defraudar al comprador una vez que se demuestre su libertad, repartiéndose el precio de la venta con dicho tercero, es sancionado con la denegación de la *vindicatio in libertatem* dirigida a probar dicha libertad contra el comprador que se encuentra de buena fe. Esto vendría a equivaler la condición de esclavo, al menos mientras esté en manos del comprador; (iv) los príncipes permitieron la imposición de esclavitud al liberto que haya sido desleal con su patrono en casos concretos, lo que se denomina *revocari in servitutem*[28]

La reacción frente al crecimiento de los libertos se dio sobretodo a través de leyes, como lo fueron a *Lex Fufia Caninia* (2. a.C), la *Lex Aelia Sentia* (4. d.C) y la *Lex lulia de adulteriis* (18 A. C)[29], las cuales tenían el objetivo de implantar el control y la restricción de las manumisiones, dificultando a los libertos la obtención de la ciudadanía.

La *Lex Fufia Caninia* limitó el número de los manumitidos por testamento a un número proporcional de acuerdo al número de esclavos del testador, limitando si libertad de testar. Por otro lado, la *Lex Aelia Sentia* exigió 20 años de edad a todo manumisor y 30 al manumitido, salvo

---

[21] GUZMÁN, Alejandro, cit. (n.7) p. 213
[22] MATILLA, E., *La esclavitud en Séneca* en *Estudios clásicos* 15 (1971), pp. 124, s.l. [= "sine loco"]
[23] Ad. Luc. XVLII 11
[24] ALFÖLDY, Géza, *La manumisión de los esclavos y la estructura de la esclavitud en el imperio romano* en *Papeles del Laboratorio de Arqueología de Valencia* 44 (1973) p. 100
[25] GUZMÁN, Alejandro, cit. (n.7) p. 301
[26] GAIO. 1.91; crf. Gai 1.60; 1.84
[27] D. 28-1.8.4.
[28] D. 25.3.6.1; 37.14.5
[29] D'ORS, Álvaro, cit. (n.15), p. 277.

en ciertos casos justificados[30]. La *Lex Lulia Adulteriis* prohibió la manumisión de un esclavo por su dueña antes de los 60 días posteriores al divorcio[31].

En realidad, estas leyes no buscaban ni - ni podían - detener el flujo de las manumisiones[32]. Pocos son los creyentes de que, tras de la *Lex Fufia Canina* y la *Lex Aelia Sentia* no disminuyeron las manumisiones fuertemente[33]. El real objeto de estas leyes fue controlar el abuso de las manumisiones, y reglamentar la posición jurídica de los libertos.

Hubo en el Imperio claramente una serie de restricciones legales a la manumisión. Estas disposiciones no solo se deducen de las leyes del emperador Augusto, sino también en el libro 40 del Digesto, donde se señalan toda una serie de disposiciones semejantes[34]. Por ejemplo, D., XL, 1.8. 1 que señala: *qui poenae servi efficiuntur, indubitate, manumittere non possunt, quia et ipsi servi sunt. §1.- Sed nec rei capitalium criminum manumittere servos suos possunt, ut et Senatur Censuit.*

Sin embargo, las fuentes jurídicas dan testimonios claros de que la manumisión fueron una práctica muy generalizada en el Imperio, y una serie de ellas fueron reprimidas continuamente[35]. No obstante, las restricciones legales solo buscaban eliminar las consecuencias negativas de la manumisión y su práctica.

Parte de las disposiciones legales sobre la manumisión hacían referencia al *status*, como fue la *Lex Iunia*, que impedia que de modo masivo los libertos obtuviesen la ciudadanía romana. Otras disposiciones señalaban plazos al *domunus* inexperto y joven, o se señalaban prohibiciones explícitas solo en casos excepcionales, así por ejemplo, si el *domuni*s estaba loco[36]. Pero incluso en aquellos casos más extraordinarios, la jurisprudencia ha destacado que una prohibición puede ser levantada, aunque sea parcialmente, o esquivada si fuese el caso[37].

Incluso las leyes de Augusto (sobre todo la *Lex Fufia Canina* y la *Lex Aelia Sentia*), que – en teoría – debieron haber detenido la avalancha de manumisiones de la época, resultaron inadecuadas para ello, ya que su trato fue en casos concretos y excepcionales, y en realidad, la manumisión fue tomada con gran liberalidad.

Caso claro de esto es la *Lex Fufia Caninia* la cual había estipulado el *legitimus numerus* de esclavos que dentro de las familias podían optar a la libertad[38], pero la restricción se refería exclusivamente a la manumisión por testamento, dejando a un lado todas las otras posibilidades. Gaio había resaltado esto expresamente: *Acne ad eos quidem omnino hace lex pertinet, qui sine testamento*

---

30 Se exceptuaba el caso en el que el manumitido fuera el único heredero, porque de lo contrario caería el testamento y la *proscriptio bonorum* a nombre del difunto (D.28.5.58).

31 D'ORS, Álvaro, cit. (n.15) p. 177 y ss.

32 ALFÖLDY, Géza, cit. (n.24) p. 103

33 BRASSLOFF, Stephan. *Sozialpolitische motive in der romischen rechts-entwicklung / von Stephan Brassloff.* (Wien, Moritz Perles) 1933, p. 64.

34 Especialmente en el D., XL. 9. 1 y SS, bajo el título *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt et ad legem Aeliam Senttiam.*

35 Ver GAIO, Inst., I, 9 y ss; Ulpiano., 1,5 y ss.; Paulo, Sent., IV, 12, 1 y ss; IV, 14, 1 y ss.; Cod. Theod. Iv,7,1 y ss.; D., XL, 1,1 y ss.; Just., Inst., I, 5, 1 y ss., y I, 6, 1 y ss.

36 Ver D., XL, 9, 2: *Servo campetere libertas no potest, si relegatus moratus sit in urbe*, y XL, 9, 4: *Placuit eum, qui calendis Ianuariis natus est, post sextam noctis pridie halendas, quasi annum vicenisimum compleverit, posse manumittere: non enim maiori viginiti annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: iam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicensimi*.

37 Dos comentarios de ULPIANO D., XL, 1,1: *Placuit eum, qui calendis iuanuariis natus est, post sextam noctis pridie kalendas, quasi annum vicensimmum compleverit, posse manumittere: non enim maiori viginti annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: iam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicensimi; ibíd.,* XL, 5, 24, 5*: si servus in metallum fuerit damnatus, libertatem sperar non poterir, quid ergo, si fideicommissaria libertas ei relicta sis et poena metalli indulgentia principis sit liberatus? …sperare potest fideicommisariam libertatem*

38 GAIO, Inst., I,42 Y ss; ULPIANO, Reg., 1, 24

manumittunt[39]. Augusto busca impedir que tras la muerte del dominus todos sus esclavos quedaran libres, incluso quienes no lo merecían, pero no descartaba la posibilidad de que obtuviesen la libertad paulatinamente. Gayo también se refería a esto último: *Itaque licet iis, qui vindicta aut censu inter amicos manumittunt, totam familiam suam liberare, silicet si alia causa non inpediat libertatem.*

Por lo tanto, es claro que por lo menos a mediados del siglo II y mientras Gayo escribe, la manumisión paulatina era una realidad general en el pueblo romano, y para nada extraño.

Estas leyes fueron derogadas entre los años 528 y 531 por Justiniano: la *Lex Fufia Caninia* derogada en el 528; la *Lex Aelia Sentia* derogada parcialmente en el año 530 y por último la *Lex Lulia Adulteriis* derogada en el 531. Esto dio lugar a que toda liberación produjera de pleno derecho *el ius aureorum annulorum*[40]*,* que asimilaba al manumitido con la idea de ingenuo[41].

VI. Conclusiones

La institución de la manumisión en Roma, en las distintas épocas o etapas de su historia, es efectivamente de uso generalizado. Queda claro que pese a los intentos del emperador Augusto a través de la legislación, solo logró disminuir en un leve porcentaje la expansión de la condición de "Libertos" y asimismo de la obtención de la ciudadanía romana, al incursionar en casos muy específicos y excepcionales, los cuales podían hasta desviarse por otros caminos para ser obtenida.

Pese a que la esclavitud siguió siendo una institución esencial en Roma, se dio paso a una serie de facultades y exenciones, quizá más que por humanidad, por mantener a salvo la inversión que muchos amos habían efectuado con su compra[42].

Bibliografía.

ALFÖLDY, Géza, *La manumisión de los esclavos y la estructura de la esclavitud* en *El imperio romano en Papeles del Laboratorio de Arqueología de Valencia* 44 (1973) p. 100

ARGÜELLO, Luis, *Manual de derecho romano: historia e instituciones* (3° edición corregida, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfreso y Ricardo Depalma), 2004.

BRASSLOFF, Stephan. *Sozialpolitische motive in der romischen rechts-entwicklung / von Stephan Brassloff*. (Wien, Moritz Perles) 1933, p. 64.

CASADIEGOS, Ferdinando, *Curso de Derecho Romano* (2° edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez), 2003

CICERO, *Marcus, Complete Works of Cicero Illustrated,* (Vol. 1, Delphi Ancient Classics), 2014.

D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano* (8° edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A), 1991.

[39] GAIO, Inst. m I,44.
[40] GONZÁLES, Rafael: *Anejos de Antigüedad y Cristianismo: Las estructuras ideológicas del Código de Justiniano, (*cuarta edición, Murcia, Ediciones Universidad de Murcia) 1997, p. 200
[41] CASADIEGOS, Ferdinando, *Curso de Derecho Romano* (2° edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá), 2003, p. 203.
[42] MERINO, Martín, cit. (n.6) pp. 8

DUFF, A.M, *Freedmen in the Early Rman Empire* (Vol. 18, Cambrige, Issue 1, November 1928), 1958 p. 12 y ss.

GUZMÁN, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (Tomo 1, Santiago, primera edición, Editorial Jurídica de Chile), 2013.

HASNICH, Hugo, *Concepto de la libertad en el Derecho Romano* en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16 (1990).

MATILLA, E., *La esclavitud en Séneca* en *Estudios clásicos* 15 (1971), pp. 124, s.l.

SAMPER, Franciso, *Derecho Romano* (3° edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012).

LA LEX AQUILIA:
UNA MIRADA FRENTE A LA CULPA DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.*

Lucia Fernanda Santos Torres
Universidad de Talca

Resumen:

El presente artículo, versara sobre la manifestación de la culpa desde el punto de vista del Derecho Romano ante la institución civil de la Lex Aquilia; Principalmente dentro del marco de responsabilidad extracontractual. Cabe establecer, que la culpa se encuentra preestablecida entre lo que se denomina comúnmente el dolus, ya que debido a su complejitud ha sido asociada, según su degradación en la actualidad a este precepto. Motivo por el cual, su nacimiento y desarrollo radicaría al origen de la culpa, reinando por cierto la incertidumbre respecto de esta figura. Motivo por el cual, ha sido la culpa sugerida el campo del delito, siendo asociada al curso de aplicación de la antes referida Lex Aquilia, lo cual traspasa de la base contractual a la extracontractual. Los romanos, por tal inquietud examinaron el problema existente frente a las comisiones de delitos negligentes, de modo tal de diferenciar el dolo de la culpa. Frente a estos enunciados, es que la culpa aparece de por si como es conocida delictuosamente en la época de Gayo.

La jurisprudencia, de los últimos tiempos republicanos, de sobremanera en la época clásica, alude a la culpa frente a la relación de carácter contractual, la cual se ve asociada a una noción de carácter distintiva de la que había servido hasta aquel entonces como el tan reconocido dolo; Mientras el concepto antes mencionado, cabe como una infracción de carácter intencional, la culpa radica en una conducta de carácter deshonesta asociada a la inobservancia de un deber de prudencia. La Culpa, es concebida como la desviación de un modelo ideal de conducta, representado por la bona fides o por las acciones de carácter diligente de un buen pater familia cuidadoso.

Palabras clave: Lex Aquilia- causalidad- culpa- daños-id quod interest.

Abstract:

The present investigation will deal with the fault within the extract from the point of view of Roman Law against the civil institution of Lex Aquilia; Of course, within the framework of tort liability. It should be established that guilt is pre-established among what is commonly called the dolus, since due to its complexity it has been associated, according to its degradation at present to this precept. Reason why, its birth and development would lie in the development of guilt, certainly reigning uncertainty regarding this. For this reason, it has been that guilt suggests the field of crime, being associated with the course of application of the aforementioned Lex Aquilia, which transfers from the contractual to the extra-contractual basis. The Romans, due to such concern, examined the existing problem in the face of negligent committees of crimes, in such a way as to differentiate fraud from

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

guilt. Faced with these statements, it is that guilt appears in itself as it is criminally known in the time of Gaius.

The jurisprudence, of recent republican times, especially in the classical era, alludes to guilt in the face of the contractual relationship, which is associated with a notion of a distinctive character that had served until then as the so recognized fraud; While the aforementioned concept fits as an intentional infringement, the fault lies in a dishonest conduct associated with the non-observance of a duty of prudence. Guilt is conceived as the deviation from an ideal model of conduct, represented by bona fides or by the diligent actions of a good, careful pater familia.

Key words: Lex Aquilia- -causality-fault-damage-id quod interterest.

I.-RESEÑA HISTORICA. -

La lex Aquilia, nace en base a un plebiscito establecido por Aquilio. Respecto de la fecha de su celebración plebiscitaria existe un carácter dubitativo. En simples palabras, no hay claridad ni certeza de cuando se comenzó a utilizar esta institución civil como la conocemos en estos días

Según variadas investigaciones per se, este se remontaría al siglo III a.C. [1]Esta se encontraba, compuesta por tres capítulos.

1. En el primero, se establecía que quien mataba injustamente a un esclavo, un cuadrúpedo o una cosa inanimada, debía pagar al dueño el más alto valor de la cosa dentro del año anterior al acto dañoso.[2]

2. El segundo capítulo se refería a un supuesto totalmente diverso, pues sancionaba al adstipulor (acreedor conjunto) que daba por pagada la deuda en perjuicio o fraude del acreedor principal.[3]

---

[1] Se hace referencia a Aquilio, información que no posee precisión, visto que existen varios autores que establecen lo contrario. Sobre ello, véase, por todos, a Corbino, Alessandro, Il danno qualificato e la lex Aquilia, Milán: Cedam, 2005, p 31.

[2] En el D. 9, 2, 2pr se señala: "Lege Aquilia capite primo cavetur ut qui servum servamve alienum aliemnamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanta id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto" ("Por el primer capítulo de la ley Aquilia se prevé "que quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o aun cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo aquel año"). Para la versión en latín, seguimos a Mommsen, Theodorus. Krueger, Paulus, Corpus Iuris Civile, Volumen Primum, Instituciones. Digesta, Hildesheim: Weidmann, 1988. Para la versión en castellano, D'ors, Alvaro. Hernández Tejeiro, F. Fuenteseca, P. García Garrido, M. Burillo, J, El Digesto de Justiniano, Pamplona: Aranzadi, 1968. Los pasajes que en adelante se citen corresponden a estas versiones. En Gayo 3,215 también se le menciona, en los siguientes términos: "Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite, cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanta ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnas esto" ("La acción de daño injusto es establecida por la ley Aquilia, en cuyo primer capítulo se dispone que si alguien mata injustamente un esclavo ajeno o un cuadrúpedo ajeno de cualquier clase de ganado, sea condenado a dar al dueño el mayor valor que esa cosa haya tenido en aquel año"). El texto, tanto en latín como en castellano, ha sido tomado de Hernández Tejero, Francisco. (Coord). Abellan Velasco, Manuel. Arias Bonet, Juan Antonio. Iglesias Redondo, Juan. Roset Esteve, Jaime, Instituciones de Gayo. Edición bilingüe, Madrid: Civitas, 1985.

3. El capítulo tercero estableció que en caso que el daño proviniera de una conducta que consistiera en quemar, quebrar o romper (urere, frangere, rumpere), se debía indemnizar con el valor que la cosa hubiese tenido dentro del período de los 30 días. Asunto, que hasta el momento no arraiga mayor claridad.

Por tanto, cabe preestablecer que la lex Aquilia posee un origen como mecanismo de protección del propietario, el cual al verse envuelto a la destrucción o deterioro de la cosa no poseía la capacidad de atender recurrir a la denominada acción real: La cual provenía de su propio dominio o rei vindicatio –que exigía la existencia actual de la cosa-, de manera que el dueño podía intentar, antes de la lex Aquilia, una actio furti, ampliando la interpretación de la misma.

Siendo esta razón, al menos originariamente, la acción se establece en favor del propietario una acción personal que le permitía obtener un crédito por el valor de la cosa destruida y por eso algunos autores afirman el carácter instrumental de la acción penal, que no se traducía únicamente en una finalidad sancionadora.[4]

II.- CAUSALES. –

i. Conducta comisiva.

ii. Relación de causalidad entre la conducta y el daño

iii. El daño

iv. La iniuria y la culpa.

i.-CONDUCTA COMISIVA. -

[3] El Digesto sólo le dedica el pasaje contenido en D. 9, 2, 27, 4 para destacar que cayó posteriormente en desuso: "Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit" ("El segundo capítulo de esta ley cayó en desuso"). La otra fuente es la del pasaje gayano 3, 215: "Capite secundo adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quati ea res est, tanti actio constituitur" ("En el segundo capítulo se establece una acción contra el coestipulante que se hubiera dado por pagado en fraude del estipulante"). Sobre los problemas relativos a este capítulo, especialmente los esfuerzos por buscar una base común con los otros dos capítulos, puede consultarse a Cannata, Carlo Augusto, "Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della "lex Aquilia", Index, Nº 22, 1994; y, Grosso, Giuseppe, "La distinzione fra "res corporales" e "res incorporales" e il secondo capo della lex Aquilia", A.A.V.V. Synteleia Vicenzio Arangio Ruiz. Napolés: Editore Jovene Napoli, 1964.

[4] Sin embargo, esta acción presentaba el inconveniente de exigir el dolo del demandado, a diferencia de la acción de la lex Aquilia, en la que la palabra iniuria de la ley fue interpretada ya por la primera jurisprudencia clásica en el sentido que se debía responder también por ciertos actos de negligencia que causaban daños a otras personas. En este sentido, D'ors, Alvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 9ª Edición, 1997, p 436, sin perjuicio de las discusiones de la iniuria, que se verán en los párafos siguientes. Un ejemplo de la ampliación de la acción de hurto en los casos de destrucción de bienes o de la lex Aquilia, puede encontrarse en el pasaje del D. 9, 2, 27: "Si servus servum alienum subripuerit et occiderit, Iulianus et Celsus scribunt et furti et damni iniuriae competere actionem" ("Si un esclavo hubiera raptado y asesinado a un esclavo ajeno, Juliano y Celso escriben que compete la acción de hurto y la de daño injusto").

Como bien es sabido, este principio fundamental que rige estatutariamente la lex Aquilia, y que, por tanto, permite deducir la base de sus requisitos y en su justa medida, la acción corpore corpori datum. Respecto de esto, se debe aludir a Arangio Ruiz que*: "El daño previsto por la lex Aquilia es solamente el causado corpore corpori, es decir, el producido con el esfuerzo muscular del delincuente a la cosa considerada en su estructura física. La sanción de la ley no tiene lugar, en consecuencia, por falta de daño corpore, si se encierra el ganado en un establo para hacerlo morir de hambre, o si se persuade a un esclavo de que suba a un árbol, ocasionándole de esa manera la caída y muerte (Gayo, III, 219)".* [5]

De esta manera, en cuanto a la conducta, tipificada en los verbos occidere, para el primer capítulo y urere, frangere y rumpere para el tercero, ampliado posteriormente a corrumpere o quasi corrumpere, según las posiciones, el texto original de la lex Aquilia sólo comprendía las ***conductas comisivas*** en atención al principio damnum corpore datum; pero, por la vía pretoria se fueron admitiendo excepciones a la exigencia que el daño debía ser causado mediante una acción, para admitir la posibilidad de daños provocados mediante omisiones.[6]

Otro autor, Chironi señala*: "Existiendo la obligación de resarcir por causa de injusto suceso, cualquiera que fuese el modo de aparecer en el hecho, se extendió el alcance de la ley hasta incluir el perjuicio ocasionado a la cosa sin ejercitar sobre ella un acto físico (corpore); o sin que se ofendiese a su materialidad física (corpori); figuras ambas (si non corpore fuerit datum, neque corpus laesum fuerit) que, no estando comprendidas en el texto de la ley, no podían producir a favor del ofendido la acción que directamente procedía de aquélla".*

ii.- RELACION DE CAUSALIDAD. -

Frente, a la relación de causalidad, la lex Aquilia no señala cuando una circunstancia debiese ser considerada como evento asociado a esta; Motivo por el cual, eran solo los verbos quienes servían como directrices de esta institución para interponer esta acción, ya que solo se lograba determinar a través de ellos un modo más directo de explicitar que antecedente movía a conllevar la interposición de la acción.[7]

---

[5] Las razones de estas restricciones en la aplicación de la ley, son señaladas por CHIRONI, La culpa en el Derecho civil moderno, Tomo I, (Traducción de la 2ª Edición italiana por A. Posada), Madrid: Editorial Reus, 1994, p 31. Según él, que el daño debiera ser causado corpore et corpori respondía a las concepciones restringidas nacidas de un análisis imperfecto de las relaciones jurídicas: "Como quiera que los derechos sobre una cosa suponen la facultad de tenerla y sujetarla directamente, ni se puede tomar la noción abstracta del "peso sobre la cosa", el daño en ella se restringía a los términos del deterioro material, derivado del contacto del cuerpo ofendido con el ofensor".

[6] En relación con el tema de las omisiones, aun cuando no precisa la época, ni de qué forma, con lo que parece referirse al texto de la ley, Colombo, cit n. 12, p 72: "Algunos autores pretenden que la omisión culpable o dolosa no aparejaba consecuencias, porque, no existiendo vínculo jurídico contractual, nadie estaba obligado a asumir una actitud determinada. Pero la culpa in omitiendo caía, sin duda, dentro de la ley Aquilia, aunque en forma indirecta, es decir, cuando el culpable realizaba primero un hecho comprendido en sus preceptos".

[7] Reinoso, Fernando, "La autonomía de la jurisprudencia romana frente al pensamiento filosófico griego" A.A.V.V. Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias, Tomo II, Madrid: Seminario de Derecho Romano Urcisino Alvarez, 1988, pp 1021-1039.

iii. EL DAÑO. -

En el caso de los juristas romanos, estos no lograron prestablecer un marco fijo de que sería entendido por daño; Dejando fuera un protocolo dogmático respecto del enunciado antes comentado, sino a contrario sensu fue una interpretación de carácter contextualizada solo presentes en los capítulos primero y tercero.

iv.-LA INJURIA Y LA CULPA. -

Si aludimos a la iniuria y la culpa, arraigadamente trae consigo aparejada la diferencia del delito de iniuria, acto contrario a Derecho (o sine iure, según las posiciones barajadas por varios autores de materia) y que la culpa tuvo una data posterior, por la vía pretoria.

Frente a lo preestablecido, se debe visualizar a *Rotondi- o bien como Arangio Ruiz, quien piensa en la culpa como equivalente al nexo de causalidad durante la época republicana y clásica, adjudicando a los juristas justinianeos el desarrollo de la culpa como negligencia*. De esta forma, la definición de Mucio, en D. 9, 2, 31pr sólo tendría por objeto establecer un mínimo psíquico para reconocer la consecuencia dañosa o bien se trataría de un pasaje derechamente interpolado.

En segundo lugar, al enfrentarse a los pasajes de la lex Aquilia, pero especialmente el texto del D. 9, 2, 31pr, estima que la referencia a la culpa está interpolada, pues el desarrollo de la negligencia sería fruto de la época justinianea.[8]

En cuanto a la culpa, esta se encontró vivaz desde los tiempos republicanos, pero sin dejar de lado un margen desde el casuismo de éstos, hasta la de la negligencia como centro del sistema por los bizantinos.

III.-NUESTRO PUNTO DE VISTA. -

La lex Aquilia, nace como mecanismo de protección del propietario, quien frente a la destrucción de la cosa no podía recurrir a la acción real emanada del dominio o rei vindicatio –que exigía la existencia actual de la cosa-, de manera que el dueño podía intentar, antes de la lex Aquilia, una actio furti, ampliando la interpretación de la misma.[9]

---

[8] Arangio, Reponsabilità…, cit n. 21, pp 221 y ss. Cabe advertir que hay algunos autores que consideran la tesis superada. Véase especialmente y por todos a Ankum, Hans, "La responsabilità conttratuale nel Diritto romano classico en el Diritto Giustinianeo" A.A.V.V. Diritto romano e Terzo Millennio. Raici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea, Napolés: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p 144

[9] Sin embargo, esta acción presentaba el inconveniente de exigir el dolo del demandado, a diferencia de la acción de la lex Aquilia, en la que la palabra iniuria de la ley fue interpretada ya por la primera jurisprudencia clásica en el sentido que se debía responder también por ciertos actos de negligencia que causaban daños a otras personas. En este sentido, D'ors, Alvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 9ª Edición, 1997, p 436, sin perjuicio de las discusiones de la iniuria, que se verán en los párrafos siguientes. Un ejemplo de la ampliación de la acción de hurto en los casos de destrucción de bienes o de la lex

Además, la relación de causalidad, lo primero que debe establecerse es que la lex Aquilia, no lograba determinar cuándo un evento debía considerarse como consecuencia de otro comportamiento, dejando por ende varios vacíos legales para la época propiamente.

La interpretación de los verbos, de otra parte, permitía concluir que la conducta debía ser considerada causa directa del resultado. También resulta obvio que los juristas romanos no se dedicaron al tratamiento dogmático del tema causal, ni siquiera lo abordaron especialmente, sino que, por el contrario, las cuestiones causales son desarrolladas en el contexto de la interpretación operativa de las palabras contenidas en los capítulos primero y tercero, a los que nos hemos referido

En cuanto a la iniuria y la culpa, tradicionalmente se ha entendido por una leve diferenciación, siendo la primera considerada como una acción de carácter delictual, es decir, contrario a derecho.

La culpa, consistió en un desarrollo posterior por la vía pretoria. Este esquema tan simple es en verdad bastante más complejo de lo que parece. No se encuentra, claro bajo ningún parámetro investigativo doctrinal e histórico está el concepto de iniuria. Desde luego la comprensión del capítulo tercero influye sobre esta cuestión, pues la tesis de Daube o más bien los seguidores de ésta, ven una equivalencia plena entre los delitos de iniuria de las XII Tablas y el elemento del delito de damnum.[10]

Aquilia, puede encontrarse en el pasaje del D. 9, 2, 27: "Si servus servum alienum subripuerit et occiderit, Iulianus et Celsus scribunt et furti et damni iniuriae competere actionem" ("Si un esclavo hubiera raptado y asesinado a un esclavo ajeno, Juliano y Celso escriben que compete la acción de hurto y la de daño injusto")

[10] En el D. 9, 2, 2pr se señala: "Lege Aquilia capite primo cavetur ut qui servum servamve alienum aliemnamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanta id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto" ("Por el primer capítulo de la ley Aquilia se prevé "que quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o aun cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo aquel año"). Para la versión en latín, seguimos a Mommsen, Theodorus. Krueger, Paulus, Corpus Iuris Civile, Volumen Primum, Instituciones. Digesta, Hildesheim: Weidmann, 1988. Para la versión en castellano, D'ors, Alvaro. Hernández Tejeiro, F. Fuenteseca, P. García Garrido, M. Burillo, J, El Digesto de Justiniano, Pamplona: Aranzadi, 1968. Los pasajes que en adelante se citen corresponden a estas versiones. En Gayo 3,215 también se le menciona, en los siguientes términos: "Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite, cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanta ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnas esto" ("La acción de daño injusto es establecida por la ley Aquilia, en cuyo primer capítulo se dispone que si alguien mata injustamente un esclavo ajeno o un cuadrúpedo ajeno de cualquier clase de ganado, sea condenado a dar al dueño el mayor valor que esa cosa haya tenido en aquel año"). El texto, tanto en latín como en castellano, ha sido tomado de Hernández Tejero, Francisco. (Coord). Abellan Velasco, Manuel. Arias Bonet, Juan Antonio. Iglesias Redondo, Juan. Roset Esteve, Jaime, Instituciones de Gayo. Edición bilingüe, Madrid: Civitas, 1985. Las referencias sucesivas estarán basadas en esta obra. Sobre las discusiones existentes en relación con el capítulo, vease Natali, Nuncio, La lege Aquilia ossia il damnum iniuria datum, Roma: L'erma di Bretschneider, 1970, pp 23-24 y Cannata, Carlo Augusto, Sul problema della responsabilità nel Diritto Privato Romano, Catania: Librería Editriche Torre Catania, 1996, p 212. 3 El Digesto sólo le dedica el pasaje contenido en D. 9, 2, 27, 4 para destacar que cayó posteriormente en desuso: "Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit" ("El segundo capítulo de esta ley cayó en desuso"). La otra fuente es la del pasaje gayano 3, 215: "Capite secundo adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quati ea res est, tanti actio constituitur" ("En el segundo capítulo se establece una acción contra el coestipulante que se hubiera dado por pagado en fraude del estipulante"). Sobre los problemas relativos a este capítulo, especialmente los esfuerzos por buscar una base común con los otros dos capítulos, puede consultarse a Cannata, Carlo Augusto, "Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della "lex Aquilia", Index, Nº 22, 1994; y, Grosso, Giuseppe, "La distinzione fra "res corporales" e "res incorporales" e il secondo capo della lex Aquilia", A.A.V.V. Synteleia Vicenzio Arangio Ruiz. Napolés: Editore Jovene Napoli, 196

La visión contraria como por ejemplo Jolowicz "*considera que los verbos del capítulo tercero no se avienen con las lesiones personales, sino que se refieren más bien a la destrucción completa de la cosa*[11].

La iniuria entendida como acto contrario a Derecho presenta iguales o mayores problemas. No está claro si tenía un valor puramente objetivo, o si contemplaba el dolo. En ambos supuestos los autores se dividen a la hora de determinar cuando la interpretación dio paso a la culpa estricta.

En recuento, respecto de iniuria se no da a saber que no es un concepto de fácil tratamiento, a contrario sensu posee una dificultad de grados mayúsculos. Tanto en el ámbito aquiliano como en el de la custodia, ha habido un verdadero movimiento de vaivén, desde posiciones subjetivistas hacia las objetivistas, para volver luego a las subjetivistas, con una clara superación del problema en la última mitad del siglo XX derivada del esfuerzo de varios autores.

La causalidad, si bien posee una acabada regulación normativa esto es debido a la obra de carácter dogmática moderna. De naturaleza, la intención no es radicarnos presuntivamente a pensar si algunos de los elementos han sido bien o mal tratados, a través de la historia, ni de la poca claridad de los juristas romanos.

Lo que se busca decir, es que gran parte de las complejidades aludidas a la responsabilidad civil extracontractual; se asocia a la lectura errónea y mal planteamiento histórico que los mismos juristas romanos crearon e interpretaron originalmente.

Si miramos hoy, descubriremos que la responsabilidad extracontractual, ya ni siquiera posee el tratamiento de antaño, en la actualidad su centro es la persona que ha sido quien sufrió el perjuicio y el modo más habilidoso para resguardar sus intereses.[12]

---

[11] La mayoría de los autores considera que la sanción estaba referida hacia el pasado; entre otros y por todos, Jolowicz, H.F, "The original scope of the lex Aquilia and the question of damages", LQR, Nº 38, 1922, pp 220 y ss. Van Warmelo, Paul, "A propos de la loi Aquilia", RIDA, Nº 27, 1980, pp 345-348. MacCormack, On the third…, cit n. 5, pp 165 y ss. Más recientemente, CANNATA, Il terzo capo…, cit n 1, pp 120 y ss. También en Cannata, Sul problema…, cit. n. 2, pp 109-110. Gran parte de estos autores consideran que la otra tesis, de Daube, se funda en un error de trascripción del texto de Ulpiano en D. 9, 2, 27, 5, que contendría erróneamente la expresión erit, pero el trabajo más profundo en esta línea sin duda alguna pertenece a Ankum, Hans, "Quanta ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la lex Aquilia: un fantasme florentin" en A.A.V.V. Mélanges en Hommagea Jacques Ellul. Religión, société et politique, París: Press Universitaires de France, 1983, pp 179 y ss, explicando que la expresión se debe a un error del manuscrito Florentino. En cuanto a la doctrina contraria, fue promovida por Daube, David, "On the third chapter of the lex Aquilia", LQR, Nº 52, 1936, pp 253-255 y en Daube, David, Roman Private law. Linguistic, social and philosophical aspects, Edimburgo: Edinburgh University Press, 1969, pp 66 y ss. Le siguen, entre otros, Cardiasca, G, "La portée primitive de la Loi Aquilia" en A.A.V.V. Daube Noster. Essays in legal history for David Daube, Edimburgo: Scottish Academic Press, 1974, p 62 y Watson, Alan, The law of obligations in the later Roman republic, Londrés: Clarendon Press, 1965, p 235 y en Watson, Alan, Roman Private Law around 200 BC, Edimburgo: Edinburgh University Press, s.d., p 153, sostiene que la teoría de Daube es la más satisfactoria en relación con el carácter originario del capítulo tercero.

[12] Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat ubi ex consuetudine Iudebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere" ["Escribe Mela que si varios

BIBLIOGRAFIA

AEDO BARRENA, Cristian, La "actio legis Aquiliae": concepto, características y desarrollo decretal posterior. Lecturas desde el capítulo tercero, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 16 (2009) 1.

AEDO BARRENA, Cristián, La ampliación de la legitimación activa en la "lex Aquilia" a través de las acciones "in factum" y útiles, en Revista General de Derecho Romano, 17 (2011).

AEDO BARRENA, Cristián, La interpretación jurisprudencial extensiva a los verbos rectores de la "lex Aquilia de damno", en Ius et Praxis, 17 (2011) 1.

AEDO BARRENA, Cristián, Los requisitos de la "lex Aquilia", con especial referencia al daño. Lecturas desde el capítulo tercero, en Ius et Praxis 15 (2009) 1.

ALBANESE, Bernardo, "Illecito (storia)", en Enciclopedia del diritto (Milano, Guiffrè, 1970), XX.

lbanese, Bernardo, Studi sulla legge Aquilia, en AUPA., 21 (1950).

ARANGIO-RUIZ, Vicenzo, Instituciones de derecho romano (traducción de la 10ª edición italiana por José Caramés Faro, Buenos Aires, Editorial Depalma, reimpresión 1ª edición, 1986).

ARANGIO-RUIZ, Vicenzo, Las acciones en el derecho privado romano (trad. de Faustino

GUTIÉRREZ ALVIZ, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945).

BELLO, ANDRÉS, Obras completas (Santiago, Nascimento, 1932).

BERNARD, A., A propos d'un article récent sur le chapitre 3 de la loi Aquilie. Contenu. Nature de la reparation, en RHD., 16 (1937).

jugasen a la pelota y uno, habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal modo que a un esclavo al que el barbero estaba afeitando le fuera cortada la garganta con la navaja, queda obligado por la ley Aquilia cualquiera de los que fueran culpables. Próculo dice que la culpa está en el barbero, y ciertamente, si afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para imputarle la responsabilidad; aunque también se dice acertadamente que si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, sólo él tiene la culpa"]. Wacke, Andreas, Incidenti nello sport nel gioco in diritto romano e moderno, en Index, 19 (1991), p. 363, ilustra las circunstancias que pudieron haber dado lugar a este caso. Según el autor, el pasaje supone que el barbero había colocado su puesto al aire libre, cerca del campo de juego, actividad que en realidad debió haber sido similar a un juego de hockey, en atención a las palabras utilizadas en el párrafo; además indica que no descarta que, precisamente por las características del negocio, los barberos circularan en lugares de gran atracción público ofreciendo sus servicios, tal como hoy en día lo hacen los lustrabotas.

DERECHO ANIMAL EN EL DERECHO ROMANO: ESTATUTO Y PROYECCIONES EN EL DERECHO MODERNO*

Francisca González Prado
Universidad de La Serena
Profesor guía: Christian Merino Álvarez

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo esta destinado a indagar tanto en la regulación existente en el derecho romano como también en el derecho moderno, en torno a las regulaciones relativas a los animales. Se señalan las formas en que estos se encuentran en ambas legislaciones, cómo se consideraban en cada uno.

Tradicionalmente, tanto en el derecho romano como en el derecho moderno, se ha considerado a los animales como cosas, esto en razón del beneficio que ellos pueden proporcionar a los seres humanos.

En el derecho romano la regulación existente en torno a los animales siempre fue de acuerdo a las utilidades que pudieran brindar en el patrimonio de los romanos, considerando a los animales de tiro y carga dentro de la clasificación de cosas *mancipi,* en donde aquella consideración incluía a los bienes más valiosos de los romanos, de acuerdo a los beneficios que estos les pudieran otorgar.

En nuestro país, los animales son considerados en el derecho civil en torno a tres aspectos: en la clasificación de las cosas; en la ocupación, como modo de adquirir el dominio; y en los delitos y cuasidelitos, en relación a los daños que los animales puedan provocar a terceros.

Con el pasar de los años, se ha avanzado hacia la creación de leyes especiales que norman específicamente a ciertos aspectos de los animales, como es el caso de la Ley Nº20.380 sobre protección de animales, o también la Ley Nº21.020 sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía.

I. DERECHO DE LAS COSAS

Los romanos entendían por "res" todo aquello que puede ser aprehendido como una unidad autónoma, es un concepto muy amplio, similar a lo que nosotros entendemos por c o s a . Con la palabra c o s a se designa todo lo que existe y que puede ser de alguna utilidad o ayuda a los

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

hombres, sea que pueda ser poseído por ellos, como un animal, sea que por su naturaleza no pueda ser apropiado, como el aire o el sol[1].

Es importante señalar de qué manera los romanos clasificaban las cosas. Dividían las cosas en corporales e incorporales. Las cosas corporales eran aquellas cosas tangibles, como un fundo, un esclavo, un caballo, entre otras innumerables más. Mientras que las cosas incorporales eran las intangibles, como las que consisten en un derecho, tales como un usufructo, las obligaciones, etcétera[2].

Además, clasificaban a las cosas como *res mancipi* y *res nec mancipi.* Las primeras, eran las cosas auténticamente romanas[3], que por lo demás, eran las más importantes en la época arcaica del derecho, y consistían en: los fundos en suelo Itálico, las servidumbres rusticas, los esclavos, y finalmente, los animales "que suelen ser domados por el cuello y lomo", es decir, los de tiro y carga, como bueyes, caballos, asnos o mulas[4]; mientras que las segundas, las *res nec mancipi,* eran todas las cosas restantes que no se encasillaban en la clasificación anterior*,* como por ejemplo el ganado menor, las armas o los animales feroces.

La diferencia más importante entre las *res mancipi* y las *res nec mancipi*, es que las primeras solo podían transferirse por medio de rituales, tales como la *mancipatio* y la *in iure cessio.* Mientras que el dominio de las *res nec mancipi* se transfería mediante la simple entrega o *traditio.*

De acuerdo a lo planteado por Nerva, Próculo y otros autores, según lo indicado en las Institutas de Gayo, los animales no debían considerarse cosas *mancipi* sino en cuando fueran domados, y que en caso de que por su excesiva ferocidad no puedan serlo, se conceptuaban como cosas *mancipi* desde que llegan a la edad en que ordinariamente se doman. A su vez, son considerados como cosas no *mancipi*, los animales como los osos y los leones, del mismo modo que los que se encuentran entre las bestias fieras, como los elefantes y los camellos aunque puedan ser domados por el cuello o por la espalda[5].

Es menester señalar que en la época clásica esta clasificación, entre *res mancipi* y *res nec mancipi*, sufrió un declive, siendo abolida por Justiniano[6].

A su vez, otra clasificación de las cosas que es relevante, es aquella que distinguía entre *fundi* y *ceterae res.* La primera comprendía los bienes raíces; la segunda todas las demás cosas, se centra su distinción en relación a su inamovilidad del suelo, en contraposición a la movilidad de los demás[7]. Esta clasificación se relaciona tanto con las cosas muebles, que son aquellas que pueden ser movidas o trasladadas de un lugar a otro, como también con las cosas inmuebles, que son aquellas que no pueden ser trasladadas de un lugar a otro.

---

[1] CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1978), p.7.
[2] GAII II
[3] DI PIETRO, Alfredo, LAPIEZA, Ángel, *Manual de Derecho Romano* (Buenos Aires, 1999), p.107

[4] GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, 1996), t.1, p.437.
[5] *Vid. supra* cit. (nº2).
[6] *Vid. supra* cit. (nº4).
[7] *Vid. supra* cit. (nº4).

Nuestro Código Civil[8], al igual que en el derecho romano, considera a los animales como cosas. HARRIS, profesor de la Universidad Autónoma de Chile, que en el último tiempo ha estado colaborando en la Biblioteca del Congreso Nacional, señala que los animales y plantas en general son cosificados por el Derecho, siendo tratados jurídicamente como cosas, esto en razón de asegurar su aprovechamiento por parte de sus titulares[9].

Si bien entre el derecho romano y el derecho moderno hay 15 siglos de diferencia, este trabajo se enfoca en nuestra legislación actual, no quiere decir que dentro de ese lapso no haya transcurrido nada relevante, pero para este enfoque no es menester indagarlo.

En nuestro ordenamiento jurídico también se clasifican las cosas como corporales e incorporales. De acuerdo a lo señalado por el artículo 576 del *CCCh.*[10], las cosas se dividen en derechos reales y personales. A su vez, las cosas corporales, de acuerdo al artículo 566 del mismo cuerpo legal, se dividen en muebles e inmuebles, dependiendo si pueden o no transportarse de un lugar a otro sin cambiar su naturaleza.

El *CCCh.* contempla a los animales en tres aspectos: en la clasificación de las cosas; en la ocupación, como modo de adquirir el dominio; y en los delitos y cuasidelitos, en relación a los daños que los animales puedan provocar a terceros.

Entonces, en Chile se regula a los animales como un objeto, puesto que regula su adquisición, propiedad y tenencia, además de establecer obligaciones y derechos para el propietario o tenedor del animal y para el tercero que se pueda ver afectado en su propiedad o persona como tal, al igual que en el derecho romano.

El legislador incluye en el artículo 567 del *CCCh.*[11] a los animales en la clasificación de los muebles, indicando que son aquellos que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos a sí mismos, como los animales (semovientes), sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Según ORREGO, la clasificación entre muebles o inmuebles, se considera como la más importante de las cosas[12].

En Chile los animales son considerados como muebles o inmuebles, según sea el caso. Son tratados como inmuebles en el artículo 570 del *CCCh.*[13], reputando a los animales destinados al cultivo o beneficio de una finca, como inmuebles por destinación, es decir, cosas que por su naturaleza son muebles pero que por su destino se consideran inmuebles, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Los animales destinados al cultivo o beneficio de una finca son inmuebles por destinación cuando han sido colocados en la finca por el propietario de ella para

---

[8] En adelante *CCCh. Vid.*, https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986 Sitio Ley Chile, consultado el 28 de julio de 2021 a las 09:39 horas.

[9] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Eventual cambio de naturaleza jurídica de los animales* (2019), pp. 2-3. *Vid.,* https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27252/1/BCN_animales_seres_sintientes_cosas_vf.pdf [Sitio consultado el 20 de julio de 2021 a las 19:40 horas].

[10] *Vid. supra* cit. (nº8).

[11] *Ibíd.*

[12] ORREGO, Juan, *Los bienes.* p.12. *Vid.,* *https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5566911671/LOS+BIENES.pdf?t=1566778432* [Sitio consultado el 27 de julio de 2021 a las 18:25 horas].

[13] *Vid. supra* cit. (nº8).

el cultivo o beneficio de esta y se hayan actualmente destinados a aquello; esto en razón de una utilización económica, se trata de una explotación agrícola, en donde comprende a todos los animales que son utilizados directamente para trabajos de cultivo o de beneficio del fundo, como los bueyes y los caballos que son necesarios para la labranza y otras labores para la siembra y cosecha, los animales de carga, los caballos de servicio de los trabajadores, por ejemplo; pero no pertenecen a esta categoría aquellos animales que se utilizan para servir al propietario y su familia y no a la finca, como seria el caso de los animales de lujo de los carruajes de paseo, entre otros[14]. Mientras que en el artículo 571 se establecen las cosas muebles, indicando entre ellos a los "animales de un vivar". En el derecho romano, en las leyes de Partidas, en la ley 4, título 29, Partida 3 indica que *"Muebles son llamadas todas las cosas que los omes pueden mover de un lugar a otro, e todas las que se pueden ellas por si mover naturalmente"*[15].

Otra categoría importante en nuestro derecho es en relación a aquellos que son apropiables o inapropiados, este último se refiere a los animales salvajes o bravíos, como los cetáceos, existiendo un estatuto que los protege conforme a la Ley Nº20.293[16].

En Roma no se disponían de leyes especiales como en el derecho moderno para tratar a los animales, pero como veremos, en algunos comentarios del emperador Justiniano (527-565 d. JC.) se tratan a algunos animales en particular, para regular la forma en se adquiere su propiedad, como es el caso de las abejas, las gallinas, los patos, entre otros.

II. DERECHOS REALES

Según la definición que el artículo 577 del *CCCh.*[17] Que conceptualiza el derecho real, se distinguen dos elementos; primero, una persona, ya sea natural o jurídica, que es un sujeto activo del derecho, y segundo, la cosa u objeto del derecho, que puede ser corporal o incorporal. Los derechos reales constituyen un poder que es ejercido sobre la cosa sin respecto a determinada persona; este derecho exige a todas las personas un respeto puramente pasivo, debido a que en caso de que alguna persona lo desconozca, el titular del derecho tiene acción en su contra para obligarlo a respetarlo[18]. A este respecto, es menester estudiar específicamente el derecho real de dominio, el cual a su vez se relaciona con la posesión. El dominio es el derecho real por excelencia, el cual faculta a la persona para disponer de la cosa a su arbitrio[19].

El dominio para los romanos era uno solo; de acuerdo a lo establecido por el profesor DI PIETRO, la propiedad se presenta como el potencialmente más pleno y absoluto señorío jurídico sobre una cosa corporal[20].

---

[14] *Vid. supra* cit. (nº1).
[15] *Ibíd.*
[16] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Eventual cambio de naturaleza jurídica de los animales* (2019), pp. 2-3. *Vid.,* https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27252/1/BCN_animales_seres_sintientes_cosas_vf.pdf [Sitio consultado el 26 de julio de 2021 a las 19:21 horas].
[17] *Vid. supra* cit. (nº8).
[18] *Vid. supra* cit. (nº1).
[19] *Vid. supra* cit. (nº1).
[20] *Vid. supra* cit. (nº3), p.127.

El dominio es una situación jurídica y no de hecho, ya que no se refiere a la tenencia de una cosa y de su máximo aprovechamiento, sino de poder tenerla y aprovecharla oponible a todos en virtud de un modo de adquirir con la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria[21]. Existen elementos que integran el contenido del dominio, los cuales son: *uti*, *frui, habere* y *possidere*.

En primer lugar, el *uti*, se refiere a darle a la cosa su destino que le es natural, sin detrimento de su sustancia. En segundo lugar, el *frui*, consiste en el aprovechamiento de los frutos que produce una cosa, que se denomina fructuario, clasificándose en naturales, que son aquellos que la cosa da periódicamente con o sin ayuda de la industria humana y sin detrimento de su sustancia, como lo es por ejemplo la leche que produce una vaca; y los civiles son los precios que se pagan por transferir el uso y el goce de la cosa. En tercer lugar, el *habere,* hace referencia a actos que tiene el dueño de la cosa con esta. Finalmente, *possidere* se refiere a la tenencia, al presupuesto de hecho para acceder a los demás atributos del dominio.

En relación a los modos de adquirir el dominio en Roma se contemplaban la *occupatio*, *traditio*, *mancipatio, in iure cessio, accesión* y *usucapio.*

El modo de adquirir más importante en relación al dominio de los animales salvajes es la *occupatio,* que consiste en la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño[22]. Los romanos distinguían entre *res nullius,* que son aquellas cosas que no le pertenecen a nadie; *res deredictae,* aquellas cosas que son abandonadas por sus dueños; y *res hostiles,* aquellas cosas pertenecientes a los enemigos de los romanos.

Vinculando la *occupatio* con los animales, se desprende que podían ser objeto de ocupación aquellos que vivían en estado natural, es decir, los que eran salvajes, como las aves o los peces, los cuales le pertenecían a la persona mientras estaban en su poder, pero si es que estos se escapaban o volvían a gozar de su libertad natural, dejaban de pertenecerle y podían ser adquiridos por el primero que los ocupara. Se entendía que retornaban a su estado natural cuando eran perdidos de vista, o cuando estando visibles, se encontraban en una situación en que era difícil perseguirlos. En relación a los animales que acostumbran entrar y salir, como ocurre con las abejas, por ejemplo, se entendía que podían ser adquiridos por el primero que los ocupara, en caso de que hayan perdido la costumbre de volver[23].

De lo anterior se desprende que los animales salvajes son considerados como *res nullius*, es decir, cosas que no le pertenecen a nadie. Para poder lograr ocupar un animal, se debe capturar, independientemente de donde se consume aquel acto; para perfeccionar la adquisición del dominio se requiere que la persona lo mantenga bajo su poder, ya que si el animal recupera su libertad, se pierde el derecho de dominio, y el animal vuelve a ser considerado como *res nullius*[24].

Distinto ocurre con los animales domésticos en el derecho romano, debido a que aplicaban las reglas de las demás cosas corporales, por lo tanto, el dueño de un animal doméstico

---

[21] *Vid. supra* cit. (nº4), p.522.
[22] *Vid. supra* cit. (nº3), p.134.
[23] *Vid. supra* cit. (nº2), p.99.
[24] CONTRERAS, Carlos, *Régimen jurídico de los animales en Chile, Colombia* y *Argentina.* Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona (Barcelona, 2014), p.50.

conserva su propiedad sobre él incluso si lo pierde de su ámbito de poder, por cualquier razón. A este respecto, el emperador Justiniano contempla el caso de las gallinas y los ánade, los cuales no son animales salvajes; establece que si estos escapaban y eran perdidos de vista, igualmente eran de propiedad de su dueño, y en caso de que otra persona los aprehendiera con ánimo de quedarse con ellos, estaría cometiendo un hurto[25].

En nuestro derecho civil, también se contempla a la ocupación como un modo de adquirir el dominio de las cosas, se puede definir como un modo de adquirir el dominio de las cosas corporales muebles que no pertenecen a nadie, mediante la aprehensión material de ellas, acompañada de la intención de adquirirlas, supuesto que la adquisición de esas cosas no está prohibida por las leyes patrias ni por el derecho internacional.

El artículo 607 del *CCCh.*[26] trata sobre la ocupación de las cosas animadas, haciendo referencia a la caza y a la pesca. El legislador señala que solo pueden adquirirse por medio de la caza y la pesca los animales bravíos, que son aquellos que viven naturalmente libres e independientes del hombre, y también los domesticados, que son aquellos que ordinariamente viven bajo la dependencia del hombre, como las gallinas y las ovejas.

En los artículos 609 y 610 del *CCCh.*[27] se contemplan reglas relativas a la caza, estableciendo que se puede cazar en tierras propias; no se puede cazar en tierras ajenas, salvo permiso del dueño o que no estuvieren cercadas, plantadas o cultivadas; y si es que se caza en tierras ajenas sin permiso del dueño, queda para el dueño del terreno lo cazado y el cazador deberá indemnizar los perjuicios ocasionados.

En Roma, de acuerdo a lo indicado por DI PIETRO, en caso de existir prohibición de cazar por parte del dueño del fundo, igualmente se adquiría el dominio del animal, ya sea por solamente haber imposibilitado la fuga, o bien, por haberlo efectivamente capturado, sin embargo existían indemnizaciones o sanciones por aquello[28].

También se contemplan reglas relativas a la pesca en el artículo 611 del *CCCh.*[29] Se establece en la Ley de Pesca N°18.892 que para solicitar autorización de pesca en el mar territorial, si es una persona natural, debe ser chileno o extranjero con permanencia definitiva, y si es persona jurídica, debe estar legalmente constituida en Chile.

El artículo 617 del *CCCh.* establece desde cuando se hace suyo el animal bravío; desde que lo hiere gravemente, o bien, desde que haya caído en sus trampas o redes. Distinta situación ocurría en el derecho romano, debido a que la adquisición de la propiedad del animal se perfeccionaba una vez que la persona se apoderaba de él, no bastaba solo el hecho de herirlo[30].

Por otra parte, en relación al derecho real de usufructo, en las Institutas de Justiniano[31] se establece que al usufructuario del animal también le pertenecen los frutos que este produce,

---

[25] INST. 16.
[26] *Vid. supra* cit. (n°8).
[27] *Ibíd.*
[28] *Vid. supra* cit. (n°3), p.134.
[29] *Vid. supra* cit. (n°8).
[30] *Vid. supra* cit. (n°24).
[31] *Vid. supra* cit. (n°25).

como las crías, la lana, el pelo y la leche[32]. Misma situación ocurre en nuestro derecho, específicamente en el artículo 781 del *CCCh.*[33] se establece que *"el usufructuario de un inmueble tiene el derecho de percibir todos los frutos naturales, inclusos los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo. Recíprocamente, los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo, pertenecerán al propietario"*.

Entonces, luego de comparar ambas regulaciones, tanto lo que ocurría en el derecho romano como en el derecho actual chileno, los animales eran y siguen siendo considerados como cosas, estableciéndose una regulación en torno a su importancia en relación con la economía de la época, a la utilidad que brindan a los seres humanos y en ningún caso a su protección. En principio algunos animales pertenecían a la clasificación de *res mancipi,* precisamente esta clasificación estaba constituida en atención a la importancia de este tipo de bienes, ya que contemplaban ciertas ritualidades que debían realizarse para transferir el dominio, no siendo necesarias para las *res nec mancipi,* que eran todos los demás no contemplados en la categoría anterior. Los animales durante siglos han tenido un lugar dentro de la propiedad de las personas, no se discutía en Roma considerarlos de otra manera. La cuestión de la propiedad sobre los animales ha sido pacífica e indiscutida hasta épocas muy recientes, siempre se les ha considerado de esa manera ya que los utilizan para cubrir las necesidades de los humanos, ocupando los productos que estos proporcionan, sirviendo como medios de transporte, como medios para la investigación, como compañía, utilizándolos como objeto de diversión de las personas como ocurre en los circos, deportes con animales, entre otros[34].

En nuestra legislación si bien los animales aun son considerados como cosas, existen algunas leyes especiales que aseguran de cierta manera su protección, como por ejemplo la Ley Nº20.380[35] sobre protección de animales, la cual establece normas destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza, con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios. En general, trata sobre el cuidado de los animales, en donde toda persona que sea dueña de un animal debe proporcionarle alimento y albergue acorde a sus necesidades mínimas y no restringir la libertad de movimiento de una forma innecesaria, especialmente si causa sufrimiento o alteración de su normal desarrollo. Por otra parte, también se contempla la Ley Nº21.020[36] sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, la cual nació gracias a un lamentable caso de maltrato animal hacia un perro, que le causó la muerte. Este suceso provocó gran controversia a nivel nacional, consiguiendo una nueva regulación con penalidades y deberes aumentados a los ya establecidos anteriormente. Esta ley es la materialización de una preocupación mayor en cuanto a la protección y bienestar animal, la forma en que el hombre debe mantener respeto por aquellos que están a su cuidado.

De acuerdo a lo indicado por PEÑAILILLO[37], existe una tendencia doctrinaria que pretende excluir a los animales de la clasificación de cosas, plantean encasillarlos en una categoría intermedia entre las cosas y las personas, incluso han planteado que sería correcto considerarlos como sujetos de derechos, pero esto no se ha materializado en los textos legales, solo ha

---

[32] HERNÁNDEZ, F., TEJERO, J., *Las Instituciones de Justiniano, versión española* (Madrid, 1961).
[33] *Vid. supra* cit. (nº8).
[34] GIMÉNEZ, Teresa, *La descosificación de los animales* (Barcelona, 2017), p.301.
[35] LEY Nº20.380 Sobre protección de animales (2009). *Vid.,* https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1006858
[36] LEY Nº21.020 Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía (2017). *Vid.,* https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1106037
[37] PEÑAILILLO, Daniel, *Los Bienes* (Santiago, 1979), p.22.

prosperado en algunas convenciones internacionales; por lo demás, como vimos anteriormente, la tendencia se inclina en incluir normativas relacionada a la protección de los animales en leyes especiales y no incluyéndose en los códigos civiles. Si bien nuestro *CCCh.*[38] contiene varios artículos en relación a los animales, como vimos anteriormente, debe destacarse lo señalado en el artículo 291 bis del Código Penal, el cual sanciona con pena de presidio menor en grado mínimo y multa al que "cometiere actos de maltrato o crueldad con animales"[39].

Por otra parte, CORRAL[40], en un apartado titulado *"Cosas que no quieren seguir siendo cosas. ¿Un tertius genus?"* menciona esta controversia en torno a la situación de los animales en el derecho. Indaga en las posturas a este respecto que, por una parte, se propicia que no sean objetos de derecho, sino, de alguna manera, titulares de derechos por si mismos, mientras que otros consideran que son una forma de persona, aunque no humana. Este movimiento ha conseguido que en el último tiempo se modifiquen varios códigos civiles, como el Código Civil francés y el Código Civil alemán, estableciendo que los animales son seres vivos y no meramente cosas, pero se trata mas bien de un cambio formal, ya que igualmente los animales se rigen por las disposiciones de los bienes.

En el libro *"Derecho Privado Romano, Casos. Acciones. Instituciones"* de GARCÍA[41], se contempla un caso titulado *"Las abejas ¿salvajes o domesticadas?",* y se estipulan dos posibilidades; primero, *«si unas abejas sin propietario hubieran hecho un panal en un árbol de tu fundo y alguien se llevara las abejas o el panal, ¿con qué acción responderá?».* Y segundo, *«si mis abejas hubiesen volado hacia las tuyas y tú las hubieses quemado, ¿qué acción tendré contra ti?»*

Cabe resaltar que las abejas son una especie esencial para la diversidad de las plantas en el planeta, ya que realizan la polinización; se estima que alrededor de un tercio del volumen total de los alimentos que se producen se benefician de la polinización animal[42].

Entonces, en relación al caso antes mencionado, las abejas se pueden considerar tanto como salvajes *(ferae)* apropiables por cualquiera, o bien, amansadas *(mansuetae),* que pertenecen al propietario mientras conservan la costumbre de volver a la colmena *(animus revertendi)*

En caso de que las abejas estén en posesión de alguien, estas no pueden ser apropiadas mientras conserven el *animus revertendi.* En caso de que alguien las apropie, estaría cometiendo un hurto, por lo tanto el dueño puede ejercer la acción reivindicatoria. Mientras permanecen en la possesio, que se caracteriza por el *animus possidendi,* alguien las destruye, podrá ser demandado por la *actio legis Aquiliae*[43].

Celso señala que en caso de que sus abejas hubiesen volado hacia las de otro y ese las hubiese quemado; indica que algunos autores niegan que en ese caso proceda la acción de la ley Aquilia,

---

[38] *Vid. supra* cit. (nº8).
[39] CÓDIGO PENAL CHILENO. *Vid.*, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984 Sitio Ley Chile, consultado el 19 de octubre de 2021 a las 17:56 horas.
[40] CORRAL, Hernán, *Curso de derecho civil, bienes* (Santiago, 2020), p.13.
[41] GARCÍA, Manuel, *Derecho privado romano, Casos, acciones, instituciones* (Madrid, 2015), pp.118-120.
[42] BAYER, *Héroes polinizadores: la importancia de las abejas para los cultivos.* Vid., https://www.conosur.bayer.com/es/heroes-polinizadores-la-importancia-de-las-abejas-para-los-cultivos [Sitio consultado el 7 de agosto de 2021 a las 17:32 horas].
[43] *Vid. supra* cit. (nº41).

entre ellos, Próculo, como si las abejas no fueran de él. Pero Celso niega aquello, considerando que las abejas tienen la costumbre de volver y que son frutos que le pertenecen. Esto se opone a lo indicado por Próculo porque considera que no son ni amansadas ni tampoco se encuentran encerradas. Pero Celso añade que no existen diferencias entre ellas y las palomas porque vuelven y salen de la casa, por lo tanto Celso considera que si procede la acción de la Ley Aquilia. Otros autores aprecian que al igual que las palomas, ellas están en nuestra posesión. Por otra parte, Pomponio estima que las palomas que suelen salir del palomar, se incluyen en la acción de partición de herencia, por lo cual, si alguien las toma, compete la acción de hurto; lo mismo opina acerca de las abejas, porque se encuentran dentro de nuestro patrimonio[44].

Pero a su vez, en caso de que unas abejas que no tenían dueño, hubieran hecho un panal en el árbol de algún fundo de una persona y otra se las lleva, esta última no responde por hurto, debido a que no eran del dueño del fundo, porque consta que esas abejas son animales de los que se pueden cazar.

Finalmente, en el caso de las abejas que tenían la costumbre de marcharse y volver, y estas pierden tal costumbre, dejan de ser de la propiedad de la persona y pueden pasar a ser propiedad del nuevo ocupante.

CONCLUSIONES

Como podemos observar en este trabajo, nuestra legislación chilena actual se basa en muchos aspectos de la legislación romana. En el derecho romano consideraban a los animales como cosas, una manifestación de ello se encuentra en la clasificación entre bienes mancipi y nec mancipi, entendiendo que los animales de tiro y carga eran bienes mancipi, aquello en razón de la utilidad que estos podían proporcionarle a los seres humanos, que por lo demás, en esta clasificación encasillaban las cosas de mayor relevancia para los romanos, requiriendo el cumplimiento de ciertas ritualidades para la transferencia del dominio.

En otro orden de ideas, los romanos regulaban a los animales por medio de la *occupatio*, el cual era uno de los modos de adquirir el dominio de las cosas, señalando el caso de los animales que no pertenecían a nadie, es decir, aquellos animales salvajes en su estado natural, como los peces o las aves, los cuales le pertenecían a la persona mientras este los mantuviera en su poder; y por otra parte, la ocupación de los animales que acostumbran entrar y salir, como es el caso de las abejas, por ejemplo, en que se entendía que podían ser adquiridos por el primero que los ocupara, en caso de que estos hayan perdido la costumbre de volver.

En cuanto a lo que se señala a este respecto en el derecho moderno, es menester indagar en lo que preceptúa nuestro *CCCh.,* el cual clasifica a los bienes entre muebles e inmuebles; primero, en el artículo 467[45] incorpora a los animales en la clasificación de los muebles, señalando que son aquellos que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos a sí mismo como los animales (semovientes), sea que se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas; y segundo, los regula como bienes inmuebles por destinación, es decir, cosas que

[44] *Ibíd.*

[45] *Vid. supra* cit. (nº8).

por su naturaleza son muebles pero que por su destino se consideran inmuebles, en caso de que los animales sirvan para el cultivo o beneficio de una finca.

De la misma forma, el artículo 607 del *CCCh.*[46] regula a los animales en la ocupación, un modo de adquirir el dominio. En este punto se hace referencia a la caza y a la pesca, indicando que solo pueden adquirirse por tal medio a los animales bravíos y también a los domesticados. En nuestro derecho contemporáneo se contemplan varias leyes especiales que tratan en específico ciertas temáticas en torno a los animales, asunto que no ocurría en Roma.

Por lo tanto, si bien ambas regulaciones, tanto en el derecho romano como en el derecho moderno se regula a los animales, ambos centran su ámbito de aplicación en torno a el beneficio que estos les pueden otorgar a los seres humanos, normando desde un punto de vista económico o patrimonial. En Roma nunca se discutió considerar a los animales de otra forma que no fuese una cosa que brindaba utilidad a las personas, nada se dice en torno a la protección a los animales en aquella época.

Afortunadamente, con el pasar de los años hasta llegar a nuestro derecho actual o contemporáneo, se ha avanzado en este aspecto, que si bien, en nuestro país aun siguen siendo considerados los animales como cosas en nuestro derecho civil, se han creado algunas leyes especiales que regulan de cierta forma una protección a ellos, con el fin de tratar de evitar sufrimientos innecesarios, abusos por parte de las personas y sancionando conductas de maltrato.

REFERENCIAS

BAYER, *Héroes polinizadores: la importancia de las abejas para los cultivos.* Vid., https://www.conosur.bayer.com/es/heroes-polinizadores-la-importancia-de-las-abejas-para-los-cultivos

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Eventual cambio de naturaleza jurídica de los animales* (2019).*Vid.,* https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27252/1/BCN_animales_seres_sintientes_cosas_vf.pdf

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1978).

CÓDIGO CIVIL CHILENO. *Vid.*, https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986 Sitio Ley Chile, consultado el 28 de julio de 2021 a las 09:39 horas.

CÓDIGO PENAL CHILENO. *Vid.*, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984 Sitio Ley Chile, consultado el 19 de octubre de 2021 a las 17:56 horas.

CONTRERAS, Carlos, *Régimen jurídico de los animales en Chile, Colombia* y *Argentina.* Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona (Barcelona, 2014).

[46] *Ibíd.*

CORRAL, Hernán, *Curso de derecho civil, bienes* (Santiago, 2020).

DI PIETRO, Alfredo, *Manual de Derecho Romano* (Buenos Aires, 1999).

GARCÍA, Manuel, *Derecho privado romano, Casos, acciones, instituciones* (Madrid, 2015).

GIMÉNEZ, Teresa, *La descosificación de los animales* (Barcelona, 2017).

GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, 1996), t.1.

HERNÁNDEZ, F., TEJERO, J., *Las Instituciones de Justiniano, versión española* (Madrid 1961).

LEY Nº20.380 Sobre protección de animales (2009). *Vid.,* https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1006858

LEY Nº21.020 Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía (2017). *Vid.,* https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1106037

ORREGO, Juan, *Los Bienes. Vid.,* https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5566911671/LOS+BIENES.pdf?t=1566778432

PEÑAILILLO, Daniel, *Los bienes* (Santiago, 1979).

LOS INTERESES: PERSPECTIVAS COMPARADAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y LA LEGISLACIÓN CIVIL*

Constanza Pacheco Tapia
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Resumen

En el último tiempo dentro del tráfico jurídico civil y comercial, ha tomado gran relevancia el concepto de interés. Una buena definición de este la podemos encontrar en la ley 18.010 de operaciones de crédito de dinero, definiendo la institución como "Toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor a cualquier título por sobre el capital".

Si bien estos han tomado especial relevancia en la actualidad, destacando su utilización dentro de las obligaciones dinerarias, no es nuevo a la vida del derecho. Los intereses datan de los tiempos de la antigua roma, estando presentes en diversos tipos de estipulaciones y en contratos como el mutuo; teniendo en ellas un interesante desarrollo jurídico.

En este trabajo pretendemos establecer un breve marco romanista respecto de los intereses y su significado, para hacer una comparación con las concepciones que actualmente acoge nuestro sistema civil, tanto dentro del código como en leyes especiales (Como aquellas que regulan operaciones de crédito de dinero) para así, visibilizar la evolución de los aspectos más relevantes del concepto que constituyen la estructura esencial de este.

Palabras clave: Intereses, frutos civiles, dinero.

NATURALEZA JURÍDICA

Para poder entender la figura de los intereses en ambos sistemas, lo primero que debemos hacer es delimitar su naturaleza jurídica. Para efectos de este trabajo, solamente nos enfocaremos en los intereses que constituyen dinero (Ya que también pueden ser intereses cosas fungibles). Cabe recordar que el dinero es una cosa mueble, genérica y consumible jurídicamente.

El interés básicamente consiste en "un precio por el uso del dinero". Para ejemplificar de manera muy sencilla, Mevio presta a Ticio 100, sin embargo, por estos préstamos, Ticio debe devolver 120. Los 20 extra constituyen el precio por usar el dinero.

En el sistema romano clásico, su naturaleza jurídica reviste algunas particularidades.

Debemos recordar lo siguiente. Dentro del derecho real de dominio, tenemos las facultades que lo dotan de contenido, cuales son: Uso (uti), disfrute o goce (frui) y disposición (habere). Dentro del "Frui" tenemos los actos de disfrute, especialmente lo relacionado a consumir los frutos producidos periódicamente por la cosa sin alterar su sustancia.

---

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

Los frutos, los podemos clasificar en naturales "cuando se producen por un proceso natural" y los civiles "que son las rentas que produce el arrendamiento o cesión temporal de las cosas".

Se podría pensar con justa causa, que los intereses constituyen frutos civiles, que podrían ser fácilmente considerados como las rentas que produce periódicamente el préstamo de dinero. Sin embargo, esto no es así.

Los intereses, a diferencia de las rentas del arrendamiento, no son considerados frutos civiles dentro del derecho romano clásico. Estos no pertenecen a la categoría de frutos, ya que "Los precios recibidos por la enajenación de una cosa, como el precio de la compraventa, porque en tales casos lo cedido no es el mero uso de la cosa, sino ella misma, que se pierde jurídicamente para su dueño"[1]. Esto quiere decir, que, al enajenar la cosa, el dueño la pierde jurídicamente, sale de su patrimonio para incorporarse en uno nuevo. Esta lógica en el contexto del contrato de compraventa es muy simple de entender, ya que el vender una cosa se dispone jurídicamente de ella, perdiéndola jurídicamente para recibir por esta, un precio. El vendedor, "atribuyendo la pacífica posesión" se deshace al enajenarla de todas las facultades jurídicas del dominio (Uti, frui, habere, possidere) para que se radiquen en una persona diferente.

Con los intereses sucede una situación similar. Estos a priori no son elementos que estén en la esencia de los contratos o las estipulaciones, sino que estos deben pactarse expresamente por las partes, incorporarlos de manera explícita al negocio jurídico que se pretende celebrar.

Esto se ilustra de una buena manera en el contrato de mutuo (*mutui datio*) el cuál es naturalmente gratuito, el mutuario solamente está obligado a restituir el dinero que le fue prestado. En este contrato, el mutuario se hace dueño del dinero que recibe, por ende, el mutuante lo pierde jurídicamente. En el caso de que las partes decidan incorporar al mutuo intereses (Algunos juristas lo denominaban *usurae*, que significa precio por el uso del dinero), se está incorporando un valor a esta enajenación del dinero, a su pérdida jurídica.

Los intereses al nacer de una estipulación aparte tienen causa diversa. No son elementos de la naturaleza del mutuo, el mero préstamo de dinero no comienza a generar intereses. El mutuo al perfeccionarse con la tradición de la cosa radica el dominio en una persona diferente, sólo que, en este caso, se le añade un precio a la *datio* del dinero.

Esta lógica se ilustra muy bien dentro de los juristas. Por Modestino plantea lo siguiente: Cayo Seyo tomó de Aulo Agerio cierta cantidad en mutuo con este escrito "Yo mismo escribí que yo había recibido, y yo recibí de él diez en mutuo y al contado, que le devolveré en las próximas Calendas con los intereses convenidos entre nosotros"; preguntó ¿En virtud de este instrumento podrán pedirse intereses y cuáles? Modestino respondió, que si no apareciera sobre qué intereses se haya hecho el convenio, no pueden pedirse estos (D.22.1.41.2) Vemos las características anteriores reflejadas de manera explícita e implícita en este fragmento.

Sin embargo, en juristas postclásicos, podemos encontrar opiniones que estiman a los intereses como frutos. Ulpiano considera: "Los intereses tienen la consideración de frutos, y con razón no deben separarse de los frutos y así se observa en los legados y fidecomisos, y en la acción de

[1] GUZMÁN, Alejandro, *Derecho Privado Romano, Tomo I* (2a edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2013, p. 492.

tutela y en los demás juicios de buena fe. Esto mismo diremos, pues, en cuanto a las demás observaciones (D.22.1.34.pr).

Luego de analizar el sistema en el derecho romano clásico y postclásico, pasaremos a analizar el sistema civil actual. Dentro de esto, podemos encontrar dos definiciones que son de nuestro interés, el artículo 2 de la ley 18.010 (Remitido anteriormente) y el artículo 647 del Código Civil (A propósito de la regulación de la accesión), el cual dispone: "Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido".

Nuestro sistema civil, el cuál tiene grandes influencias romanistas, respecto a los intereses adopta una postura diversa a las concepciones romanistas clásicas, estableciendo de manera explícita en la legislación que los intereses constituyen frutos civiles

Luego de ver los distintos sistemas, ¿Qué postura nos parece la más adecuada para el tráfico jurídico actual?

Si bien el código toma una postura diferente a la romana, esta puede seguir siendo adecuada para aquellos contratos donde los intereses deben incorporarse de manera expresa por las partes (Con las particularidades que incorpora el código en caso de incumplimiento).

Pero para aquellos negocios jurídicos donde los intereses son elementos de la naturaleza (Ley 18.010, art 12: "La gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero. Salvo disposiciones de la ley o pacto en contrario, ellas devengan intereses corrientes, calculados sobre el capital o sobre capital reajustado, en su caso"), estimamos que la perspectiva romana clásica es insuficiente, ya que no son estipulaciones aparte.

Por ende, considerarlos en este tipo de obligaciones como frutos civiles hace que su tratamiento sistemático sea más sencillo de comprender y aplicar en la práctica.

SEMEJANZAS Y ALGUNAS DIFERENCIAS SUSTANCIALES

En esta segunda sección, analizaremos las semejanzas que podemos encontrar respecto al sistema romano clásico y civil. Posteriormente, analizaremos las diferencias más sustanciales e importantes que podemos encontrar entre ambos sistemas, ya que por la vastedad de estas excede el objeto de nuestro trabajo.

Las similitudes más importantes en materia de intereses, las encontramos dentro la estructura del contrato de mutuo. No solamente en ambos sistemas el mutuo comparte sus características esenciales, como ser su objeto cosas fungibles (Destacando el dinero) y que para poder perfeccionarse requiere de la tradición.

Los intereses en la configuración de este contrato comparten características similares. Este contrato en ambos sistemas es esencialmente gratuito, lo que no obsta a las partes poder pactar intereses, "las partes pueden establecer un precio así, que recibe el nombre de "usuras" (usurae). Tal es el término técnico del Derecho romano para designar lo que hoy llamamos intereses"[2].

[2] GUZMÁN, Alejandro, cit. (n. 1), p. 819

Además, podemos encontrar antecedentes en el derecho romano que limitan la cantidad de intereses que pueden ser exigidos. Papiniano estima que "No habiéndose pagado dentro de cierto día la deuda del dinero dado á interés, yo respondí que no obliga la estipulación del duplo por otro tanto sobre el límite del interés legal; por lo cual tendrá validez la estipulación á proporción de cualquier tiempo, deducido el exceso" (D.22.1.9.pr) También podemos encontrar precedentes en palabras de Paulo: "Es sabido, que solamente no se deben los mismos intereses ilícitos mezclados con el capital, pero que no vician el capital" (D.22.1.20.pr)

En estas citas podemos observar que la preocupación por limitar el monto y la licitud del cobro de intereses. Por ende, esto no es una temática novedosa para el legislador moderno. En los tiempos del derecho romano clásico y postclásico eran temática importante para poder evitar abusos en diversos negocios jurídicos, evitando un cobro excesivo de estos causando desequilibrios para las partes.

Las dos características mencionadas anteriormente son similares en el derecho chileno. En el contrato de mutuo encontramos explícitamente den el artículo 2205 del CC, que establece que "Se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles". Los intereses son elementos accidentales en la estructura del mutuo, no se presumen, en el sistema civil este contrato sigue siendo esencialmente gratuito.

La legislación chilena ha desarrollado de mejor manera los límites al cobro de intereses en diversas disposiciones del código civil y de leyes especiales, destacando el establecimiento del interés máximo convencional (Art 6 inc 4° ley 18.010), en caso de superar este monto, la ley sanciona considerando al pacto como no escrito. En otras disposiciones vuelven a reiterar que los intereses son limitados, como en el artículo 2206 del Código Civil.

Respecto a las diferencias, estas son bastantes, ya que los intereses es una institución que ha tenido varios cambios relevantes a lo largo de la historia y desarrollo del derecho.

Nos enfocaremos en dos diferencias que estimamos que son de las más notorias entre el derecho romano clásico y la legislación civil actual: La incorporación expresa de los intereses por las partes y la mora en las obligaciones dinerarios.

Como hemos dicho en párrafos anteriores, los intereses en el derecho romano clásico deben pactarse expresamente por las partes, en una estipulación aparte. Si ellas no los incorporan, se genera una exceptio para oponerse a los intereses pagados. Contratos como el mutuo son esencialmente gratuitos y no devengan intereses.

Respecto a la incorporación expresa, nos podemos remitir a Ulpiano: "Esto que en una estipulación se expresó así: "Y los intereses, si alguno hubiere correspondido", es de ningún valor, si no se añadiera una cuantía cierta. Deben incorporarse de manera expresa, estableciendo una suma cierta, si no es el caso, estos no tendrán valor y no podrán ser reclamados en juicio" (D.22.1.31.pr).

Esto sería la regla general en el derecho chileno, lo que podemos desprender del artículo 2205 en el contrato del mutuo.

Sin embargo, encontramos excepciones muy importantes en leyes especiales que tienen gran relevancia (Sin obviar que, en el tráfico jurídico actual, las partes tienden la gran mayoría de las

veces a incorporar intereses, como es el caso del mutuo hipotecario).

Tomemos el caso de las operaciones de crédito de dinero (Art 1ley 18.010: son aquellas por las cuales una de las partes se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención). Estas entre sus características principales, tienen que son naturalmente onerosas, si se celebran, estas devengan intereses. El artículo 12 de la ley anteriormente mencionada lo dice expresamente, "la gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero".

Incluso podemos percatarnos en estas operaciones una situación que analizada desde la perspectiva romanista es muy curiosa. Nos referimos al artículo 14, que estipula lo siguiente "En las operaciones de crédito de dinero la estipulación de intereses o la que exonera de su pago debe constar por escrito. Sin esta circunstancia, será ineficaz en juicio".

La norma a la luz del espíritu de la ley no suena extraña, es lógico teniendo en cuenta que en estas operaciones los intereses forman elementos de la naturaleza. Sin embargo, si la pensamos desde la perspectiva romano-clásica, sería una situación totalmente contraria a la regla general, donde lo que se debe estipular de manera expresa es la incorporación de intereses, no la exoneración del pago de estos. Además, en la lógica romana, se cuenta con exceptio para oponerse al pago de los intereses no estipulados; sin embargo, en esta ley, si no consta por escrito, la liberación del pago de estos será ineficaz en juicio.

Podemos darnos cuenta de que las mayores diferencias entre los intereses en la lógica romana versus en la perspectiva civil las podemos encontrar dentro de la ley 18.010.

La segunda diferencia importante que es importante tener en cuenta es en relación a la forma de accionar frente a la mora del deudor. Este incurre en mora cuando no realiza el pago en el tiempo debido y, por ende, grava la responsabilidad del deudor.

En el caso de las obligaciones de dar una suma cierta que consista en dinero (certa pecunia), "la mora no genera obligación de indemnizar con intereses ni el valor de los frutos ni en general ninguna clase de resarcimiento". (CITAR A GUZMAN) La acción actio certae creditae pecuniae solamente tiene por objetivo recuperar lo que el prestatario recibió, no pretende cobrar intereses por el atraso ni otras cosas de naturaleza semejante.

Marciano estima: Se determinó, que, si alguno hubiere estipulado e intereses sobre la tasa establecida ó intereses de los intereses, se tenga por no expresado lo que ilícitamente se expresó,y que se puedan pedir los lícitos (D,22,1,29,pr).

A diferencia del sistema civil chileno. El artículo 1559 del CC contiene reglas respecto a obligaciones dinerarias y la indemnización de perjuicios por la mora. Si el deudor incurre en esta, no solamente debe la suma de dinero que le fue entregada, sino que también comienza a deber el interés corriente o los intereses convencionales si estos son superiores al anteriormente mencionado.

Incluso, en la ley 18.010, consagra que, en caso de operaciones vencidas, los intereses que hayan sido pactados devengaran intereses; autorizando de manera expresa la figura del anatocismo (La que, sin entrar en mayor detalle, fue repudiada en el sistema romano clásico, como podemos observar en la cita del jurista Marciano).

CONCLUSIONES

Podemos observar que los intereses es una institución que desde el derecho romano a la legislación civil actual ha evolucionado bastante.

La legislación civil ha delimitado de manera uniforme y precisa temáticas que fueron preocupación del derecho romano, como la limitación en el cobro de los interes. También podemos apreciar que, en operaciones como el contrato de mutuo, más que cambiar de manera sustancial las ideas romanistas, estas se han ido perfeccionando y precisando para satisfacer las necesidades del tráfico jurídico actual.

Sin embargo, es una de las instituciones que ha cambiado y se han establecido marcadas diferencias con el derecho romano clásico, la mayor parte, relacionadas con las excepciones a la gratuidad, la mora y las operaciones de crédito de dinero.

INFITIATIO Y *LITISCRECENCIA*[*]

Daniela Silva Araya
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Profesor guía: Patricio Lazo

En esta presentación se analizarán dos conceptos procesales ligados entre sí del sistema legal en Roma, esto es, *infitiatio* y *litiscrecencia*. Con *infitiatio*, a grandes rasgos y de forma preliminar, nos referimos a la hipótesis en que el demandado niegue totalmente la pretensión del demandante en juicio. En este trabajo se utilizarán los términos *infitiatio*, negación y resistencia como sinónimos. En virtud de esta negación, y del procedimiento judicial que a causa de ella surge, el demandado se ve condenado al doble del valor original de lo debido. A este acrecimiento se le llama *litiscrescencia*.

Resulta interesante observar que una actuación procesal como lo es la negación, pueda tener consecuencias tan nocivas para quien hace uso de ella. El vínculo entre ambas, como se sugerirá en este trabajo, puede deberse a que estén concebidas como una solución ante la mala fe procesal.

Ambos conceptos, de cuya existencia se tiene registro desde épocas primitivas en el Derecho romano, han tenido una extensa variación en cuando a su significado y aplicación en el transcurso de los años. Este trabajo tiene por interés estudiar dicha variación dentro del sistema romano, para lograr delimitar su sentido y alcance, y a su vez, determinar su relación con el término de dolo procesal.

1. XII Tablas y *legis actio*.

Una temprana aparición de la noción de *litiscrescencia* se encuentra en la tabla 6,2, sobre posesión y dominio, de la Ley de las XII tablas. En esta se establece que el vendedor que quebrante el contrato de compraventa, negando sus dichos sobre la cosa vendida al momento de pactar, será condenado a una pena del duplo del valor del bien en cuestión. Es decir, incurriría en *infitiatio* quien niegue expresamente el defectuoso estado o condición de la cosa objeto de la compraventa.

Para analizar esto, es necesario referirnos a las expresiones más antiguas de proceso. En época primitiva, se reconoce dos maneras de litigar, que a su vez corresponden a dos actos de violencia o apoderamiento, ya sea sobre las cosas (o *vindicatio/reivindicatio*) o sobre las personas, conocida como la *manus iniectio*. Esta última es la que nos interesa a la hora de comprender el sentido y alcance de la *litiscrecencia* en época primitiva.

Así, la *manus iniectio* fue la acción personal ejecutiva utilizada para la persecución de las deudas que se consideren, en virtud de una sentencia o declaración anterior, como indiscutibles. La *manus iniectio* consistía en sancionar la deuda o *debitum* a través de una venganza privada que recaía

[*] **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

en la persona física del deudor. De esta forma, el deudor que se resistía al pago de su crédito quedaba sujeto al apoderamiento del acreedor, pudiendo únicamente ser defendido por un fiador o *vindex*. Dejando de lado la hipótesis en la que el *vindex* paga el crédito del deudor para rescatarlo, a la época de las *legis actio*, y al no existir aún excepciones procesales que oponer, esta defensa se traducía en la mera negación directa de la existencia de la deuda, ya sea porque no se encontraba indubitada previamente, /o bien porque el deudor ya la había saldado. A raíz de esta negación del derecho del demandante, se tiene al *vindex* como nuevo demandado, arriesgando ser condenado al doble del valor de la deuda original en caso de no lograr probar su defensa.

Esta consecuencia del pago del doble, como fue sugerido anteriormente, puede ser, a mi parecer, vinculable a la idea de mala fe procesal. Así, en el caso de la *infitiatio* y litiscrecencia, vemos una pena que surge ante el simple hecho de afirmar algo que no es posible de probar. Para que esta sanción se haga efectiva no se exige probar una intención maliciosa de causar daño, sin embargo, parece ser presumida por la mera resistencia injusta e injustificable de la pretensión del deudor.

En un momento posterior, y luego de la promulgación de las XII Tablas, se crea una importante modificación al sistema previamente presentado. La Lex Furia testamentaria de inicios del siglo II a.c, introduce una innovación en contexto de legado damnatorio, aunque tiempo después se haría general. Así, se concede la *manus iniectio* al actor sin que necesariamente estuviera persiguiendo una deuda indubitada, omitiendo la sección de la formula pro *iudicatio* que así lo demostraba. Al no estar el deudor, entonces, ligado con una condena y por lo tanto no estar verificada la existencia de la deuda, el deudor podía negarla (*infitiatio)* sin necesidad de *vindex*, a riesgo de ser condenado al doble (*litiscrescencia*) el mismo deudor original. Aquí es bastante menos evidente la mala fe, y a pesar de eso se conserva la litiscresencia.

Regresando sobre la disposición[1] de las XII tablas que se hizo mención en un principio, parece guardar relación con el caso recientemente expuesto al tratarse de la persecución de la deuda originada en virtud de una obligación surgida por un incumplimiento del contrato de compraventa. La Tabla VI, establece una pena con respecto del vendedor que falte al contrato de compraventa negando una obligación en el contemplada, como la de expresar los defectos que puedan padecer los bienes vendidos que hayan sido conocidos.

Ahora bien, no es la única disposición de dicha ley que se refiere al acrecimiento del doble como pena. Sin embargo, al ser aquella del capítulo VI (D. 47.3.1.principio ; D 6.1.23.6 ; D. 46.3.98.8 ; Inst. 2.1.29), ya mencionada la única que se refiere, tanto por contenido como de forma expresa, a un sanción por negación, en virtud de un procedimiento judicial, es la única que podemos catalogar como *litiscrecencia*.

Encontramos entonces una primera delimitación para identificar los casos de *litiscrecencia* en época primitiva. No es suficiente que haya una pena del doble, sino que es necesario que esta sea debido a una negación de una deuda u obligación.

[1] Esta misma idea será reiterada tiempo después por Cicerón en 3.16.25 en relación a la compraventa de los bienes inmuebles, refiriéndose en particular a la pena del doble del valor de la cosa ya sea por el silencio del vendedor o la falsa información sobre los defectos conocidos

Así puestas las cosas, se puede afirmar que el propósito para la existencia de la regulación de la *litiscrescencia* como pena es, por un lado, prevenir que se someta nuevamente a juicio una pretensión ya indubitada, y por el otro, desincentivar al demandado de retardar sin fundamentos el juicio en el que podría resultar condenado, que de otro modo no tendría consecuencias adversas para el mismo. A su vez, el fundamento de la pena sería la situación adversa en la que necesariamente se encontrará el demandante a quien se le disputa su pretensión, que de lo contrario estaría indubitada y que, por lo tanto, y sin la realización de un segundo juicio, podría haber ejecutado en un periodo de tiempo más breve.

2. Época clásica

Siguiendo a un segundo momento, diversos son los autores que se refieren a la *infitiatio* y su consecuente *litiscrescencia* durante la época clásica del Derecho romano. Para analizar estos casos vamos a, primeramente, mencionar a aquellos que se refieren a las acciones durante el procedimiento formulario. La regulación al respecto, si bien es extensa, no es sistemática. En un segundo momento, nos referiremos brevemente a lo que se escribió sobre la presencia de la *litiscrecencia* en las excepciones, ya que los textos en cantidad son bastante menores.

a. Acciones.

Gayo se refiere a la *infitiatio*, principalmente en tres pasajes de sus instituciones. En 4.9 establece cuatro acciones que contemplan la *litiscrecencia* por la resistencia del defensor, idea que luego se reitera en 4.171.

Esto se explica de la siguiente manera, en época clásica temprana, y coetánea al procedimiento formulario, surge la *actio iudicati* como una acción que reemplaza la *manus iniectio*, que había caído en desuso, para hacer ejecutar la sentencia previa. Al ser derivada de esta última, la *actio iudicati* conserva el carácter de *litiscrecencia*[2] de su predecesora. Adicionalmente, en esta época se hace necesario para la ejecución de deudas, una sentencia previa proveniente de un juicio declarativo.

Estas acciones declarativas que a su vez contemplan *litiscrescencia*, a partir de la ejemplificación de Gayo, y junto a la *actio iudicati*, son la *actio depensi* o de lo pagado, la accion por los daños injustos de la ley Aquilia o *actio legis aquiliae*, y la de los legados ciertos dejados por la damnación. En Paulo 1.19, se sumaría luego la *actio de modo agri* a este listado.

Cabe entonces preguntarnos en qué casos durante la época clásica del Derecho romano se da la *infitiatio*. Una respuesta podría ser, aquella en que el demandado se resiste o niega la existencia, en hechos o en derecho, de una sentencia previa. También, y similar a aquella de la época anterior, se da cuando el demandado declara haber pagado la deuda que se discute, o bien que esta ya no se encuentra vigente por cualquier motivo. En tercer lugar, se puede dar en virtud de una excepción que busque absolverlo de la obligación de pagar.

[2] Para algunos autores, este medio para ejecutar las sentencias se mantiene incluso durante el periodo de la *cognitio* extraordinaria.

Sin embargo, y a partir de los textos que se refieren a estos casos que ya se mencionaron, no basta la resistencia como causa para que haya litiscrecencia o acrecimiento del doble. Es necesario que haya cometido *infitiatio*.

Muy por el contrario, y a partir de Gayo (4.173) si se trata de las *actiones* ordinarias in *duplum*, no es relevante la actuación del demandado en cuando a si resiste (*infitiatio*) como si no lo hace, pues siempre surgirá una pena del doble. A modo de mención, y a partir de lo dispuesto en Instituciones de Justiniano 4. 6. 26, estas serían la acción de hurto no manifiesto y la de corrupción de esclavo.

En resumen, la aplicación de la *infitiatio* se da, en pocas palabras, de la siguiente manera: En virtud de un juicio, el demandado hará conocer sus medios de defensa ante la pretensión del demandante. Estos medios de defensa pueden ser excepciones o bien la mera negación de lo pretendido. En virtud de esto, el pretor redactará una formula, ya sea en duplo o en *simplum*, dependiendo de cuál de los dos tipos de defensa haya optado el deudor. Es decir, en el caso que su resistencia no sea acogida, y en virtud de haber comenzado un segundo proceso a causa de esto, será condenado (al doble).

b. Excepciones

A contrario de lo que sucede con la presencia de la *infitiatio* en materia de acciones, la regulación de la misma en cuanto a excepciones es considerablemente inferior cuantitativamente.

Lo que se sabe, se puede resumir de la siguiente manera. En época clásica, se diversifica la actuación del demandado en juicio, no siendo necesario que se limite a la mera negación, ni mucho menos a la actuación de un tercero como era el *vindex*. Puede, entonces introducir sus propias acciones u pretensiones, que toman el nombre de excepciones. Queda, por tanto, preguntarse cuales de estas excepciones absolutorias, si es que alguna, constituye *infitiatio*.

Para responder a esto, hay dos disposiciones relevantes en el Digesto. En D. 41. 1 (2. 4) establece que las excepciones temporales y dilatorias, como lo es la excepción de un pacto convenido por un cierto tiempo, no constituyen *infitiatio*. Por otro lado, se infiere que puede haber *infitiatio* a raíz de una excepción perpetua y perentoria cuando esta consigue efectivamente la absolución del deudor. Estas excepciones, por tanto, que pueden dar lugar a la litiscrescencia, son según D. 44. 1. 3, la excepción de dolo malo, la de cosa juzgada, la del que afirma que hay infracción de ley o senadoconsulto, y la de pacto convenido a perpetuidad, es decir, el de que nunca se pida la cantidad debida.

Concluyendo, me vuelvo a referir brevemente a la relación entre infitiatio y su consecuente pena del doble, con la mala fe procesal, en cuanto a ser la primera indicativa de la segunda, y la segunda un requisito de la primera. Pareciese ser que un elemento común predominante, al menos en las versiones originales de la *infitiatio* es la mala fe procesal, si bien tácita e incluso basada en una presunción del querer interno de quien la opone.

LA DESAMORTIZACIÓN GADITANA DE 1813 DESDE EL ARCHIVO*

Gabriel Ángel García Benito
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN: ÚBEDA EN LA DESAMORTIZACIÓN DE 1813

El tema desarrollado, a pesar de pertenecer a un tema clásico del estudio iushistoriográfico, no es un análisis general de la propiedad ni tampoco de la propia institución desamortizadora, siquiera de la producida en el período gaditano por el Decreto de 4 de enero de 1813. Tampoco se circunscribe a los estudios clásicos de su legislación, como otras obras que han precedido a este estudio y me han servido de inspiración[1]. Este escrito es una humilde aportación a este tema, tratando de arrojar luz y una nueva visión sobre la política desamortizadora desde la historiografía de las prácticas institucionales[2], dado que ya han sido suficientemente tratados por la historiografía previa el pensamiento político[3], los debates de las Cortes Generales y Extraordinarias y los instrumentos normativos. Debido a ello, está centrada en el análisis de un solo caso, el Ayuntamiento de Úbeda en el período de 1813, es decir, la práctica institucional de un municipio, los cuales tenían un carácter de principales protagonistas en esta enajenación de bienes civiles.

La tesis inicial era que la primera desamortización "liberal" fue un mecanismo seguido por todas las instituciones a las que concernía con el mismo ánimo para la mejora de la producción agraria, la reducción a propiedad particular de los bienes del común y la

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

1 Por todos, en referencia al instituto de la propiedad se puede destacar de entre la Escuela Florentina de la Historia del Derecho GROSSI, Paolo, *Il dominio e le cose percezioni medievali e moderne dei diritti reali* (Milán, Giuffre Editore Milano, 1992), en él se muestra claramente al lector el tránsito desde el mundo dominical posesorio hacia la mentalidad propietaria. En cuanto a los estudios de desamortización es destacable TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El marco político de la desamortización en España* (Barcelona, Ariel, 1971), aborda la política desamortizadora desde el punto de vista legislativo, analizando las disposiciones que condujeron el proceso desamortizador y el pensamiento de los legisladores; FONTANA, Josep, y GARRABOU, Ramón, *Guerra y Hacienda La Hacienda del gobierno central en los años de la Guerra de la Independencia (1808-1814)* (Alicante, Instituto Juan Gil- Albert Diputación Provincial de Alicante, 1986) trata el tema desamortizador tangencialmente desde la perspectiva de los debates de las Cortes Generales y Extraordinarias, toda vez que fue parte de la política hacendística en términos de ingresos para la guerra durante el período gaditano; GARCÍA SANZ, Ángel, y GARRABOU, Ramón, *Historia agraria de la España contemporánea, Vol. 1 Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)* (Barcelona: Editorial Crítica, 1985) es una colección de capítulos de diferentes autores que se centra en la temática agraria, por lo que se observa un tratamiento de la desamortización como política agrarística; asimismo las colecciones de obras de Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo, Robledo y Eugenia Torijano sobre historia de la propiedad.

2 En referencia a los estudios iushistoriográficos de prácticas institucionales sobre la propiedad, es necesario destacar la obra de MARTÍNEZ-PÉREZ, Fernando, *Posesión, dominio y registro Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)* (Madrid, Dykinson, 2020).

3 Por ejemplo, INFANTE, Javier, TORIJANO, Eugenia, *Propiedad, igualdad y prosperidad: Flórez Estrada y la desamortización*, ahora, en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo, y TORIJANO Eugenia, (coords.), *Historia de la propiedad: La expropiación* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010), pp. 241-317, en él se trata la cuestión desamortizadora desde el pensamiento político de ciertos protagonistas de los debates en las Cortes, principalmente Flórez Estrada.

obtención de recursos fiscales.

Para ello se han seleccionado dos tipos de fuentes: Actas del Cabildo y Protocolos notariales. En ambos se puede observar la postura ideológica y la forma en la que el Ayuntamiento hallevado a cabo la desamortización. Una de las fuentes pertenece al período de 1813 y relata tanto las reuniones de los miembros del Cabildo ante la llegada del ejército español al municipio como la forma en que se realizaron las ventas; la segunda de ellas muestra como tras la reviviscencia de la desamortización de 1813 en 1820, por el Decreto de 9 de agosto de 1820, se trató de dar nuevo impulso mediante un sistema que arrojaba mayor control sobre la práctica desamortizadora de los municipios.

El objeto de análisis, el Ayuntamiento de Úbeda, municipio situado en la actual provincia de Jaén, al sur de España, no ha sido elegido al azar, sino por sus características favorecedoras para el estudio iushistoriográfico.

Aparte de poseer una magnífica colección de documentos que recorren desde el siglo XIV a la actualidad, tanto de los acuerdos y reuniones mantenidas por el Cabildo como de Protocolos notariales, se erigió como uno de los principales actores en la toma de decisiones en la provincia, debido a sus características. Tras la conquista de la ciudad, Fernando III de Castilla le concedió el Fuero de Cuenca en 1251[4], y sucesivamente se le confirieron progresivamente títulos de jurisdicción sobre diferentes poblaciones (tales como Cabra del Santo Cristo, Santiesteban del Puerto, Quesada, Torre de Pedro Gil, entre otras[5]). De igual modo, tras la estructuración de la moderna planta judicial española mediante el Real Decreto de 21 de abril de 1834, Úbeda obtuvo su carácter de cabeza de partido judicial. Esta característica, primero de municipalidad que ejerce poderes de señor jurisdiccional sobre otras poblaciones y, posteriormente, cabeza de partido judicial tiene especial relevancia; toda vez que le corresponde la gestión de los bienes de propios y arbitrios, no solamente circunscritos a su término municipal, sino de los lugares donde esta ejerce su jurisdicción, por lo que fue la encargada de enajenar los bienes en las diferentes desamortizaciones. Desde el Decreto de 4 de enero de 1813 de las Cortes Generales y Extraordinarias hasta la Ley de 1º de mayo de 1855, que acabará por diluir una de las principales fuentes de ingresos de las municipalidades, Úbeda fue una de las principales protagonistas del proceso desamortizador en la provincia de Jaén y, por ello mismo, permite realizar multiplicidad de estudios sobre el fenómeno desamortizador.

El período histórico seleccionado también necesita contextualización. No se ha seleccionado ninguna política desamortizadora previa a las Cortes Generales y Extraordinarias debido al cambio de paradigma que estas supusieron. La revolución liberal de la tierra, comienza o mejor dicho tiene su antecedente más próximo, precisamente con los decretos de las Cortes gaditanas[6], entre ellos, el Decreto de 4 de enero de 1813 que trajo consigo la enajenación de los bienes de los municipios. Por lo tanto, a pesar de que han existido intentos previos de enajenación de bienes, ninguno de los anteriores tiene la misma connotación y tampoco se

[4] RODRÍGUEZ MOLINA, José, *Colección documental del archivo municipal de Úbeda I (Siglo XIII)* (Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1990).

[5] RODRÍGUEZ MOLINA, José, *Colección documental…* op. cit., pp. 41-42; DE LA JARA TORRES NAVARRETE, Ginés, *Historia de Úbeda en sus documentos Tomo I Historia civil* (Úbeda: Asociación Cultura Ubetense Alfredo Cazabán Laguna, 2005).

[6] El inicio o antecedente de la revolución liberal de la tierra puede fecharse en estos decretos, a pesar de que como expresa Clavero exista una ausencia de "*ciencia jurídica o disciplina social más positiva inspirada y desarrollada conforme a la razón de la ciencia moderna*" en relación a la problemática foral, produciéndose a partir de 1836 la verdadera revolución iusliberal en España, CLAVERO, Bartolomé, *El código y el fueron De la cuestión regional en la España contemporánea,* (Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1982), pp.65-70.

han producido en las circunstancias excepcionales que debió sufrir y propiciaron la desamortización gaditana, es decir, la Guerra de la Independencia contra Francia. Este contexto es de suma importancia, pues condicionó desde las ventas, al precio, los postores y la forma de organización de la desamortización.

Este condicionamiento se muestra especialmente en las disposiciones de la Hacienda y en la forma de obtención de recursos para la financiación de la guerra. El inicio de la revolución contra José I y Napoleón comenzó de forma local, por lo tanto, las Juntas locales fueron las mayores protagonistas del inicio, teniendo especial papel durante toda la Guerra de Independencia. Las Juntas recurrieron a los donativos, pero estos resultaron escasos, por lo que se necesitaron otros instrumentos como los empréstitos, los suministros y las exacciones para la financiación del ejército. Ello era necesario, pues sin un sistema de acopio los ejércitos no podrían contribuir, pero la obtención de los recursos sobre el terreno provocó que los pueblos debieran proveer de suministros, de lo cual no salieron bien librados los vecinos[7].

II. DE LAS OPINIONES DE LAS CORTES Y LAS MUNICIPALIDADES

La desamortización de 1813 se plasma en una obra legislativa: el Decreto de 4 de enero de 1813 "*Sobre reducir los baldíos y otros terrenos comunes á dominio particular: suertes concedidas á los defensores de la patria y á los ciudadanos no propietarios*". Su preámbulo constituye toda una declaración de intenciones por parte de las Cortes: "*Las Córtes generales y extraordinarias, considerando que la reduccion de los terrenos comunes á dominio particular es una de las providencias que mas imperiosamente reclaman el bien de los pueblos y el fomento de la agricultura é industria, y queriendo al mismo tiempo proporcionar con esta clase de tierras un auxilio á las necesidades públicas, un premio á los beneméritos defensores de la patria, y un socorro á los ciudadanos no propietarios decretan*"[8].

En consonancia con este Preámbulo la doctrina iushistoriográfica ha considerado que la desamortización de 1813 cumplía un triple fin: fiscal, militar y reformismo agrario; constituyendo uno de los Decretos más solventes de los textos legales desamortizadores que se realizarían por compatibilizar esos tres fines[9]. Asimismo, se declara la toma en consideración por el legislador de la penosa situación del campesinado y mediante esta desamortización, y las que siguieron en España, se buscó tratar "*la dimensión social del problema*"[10]. Sin embargo, la consideración de la doctrina ha sido acorde a calificar a este decreto como el que mayor dimensión social procura, debido a sus principales destinatarios, los campesinos no propietarios y los defensores de la patria, es decir, oficiales y soldados sin tacha alguna que se instalaran en las localidades. Ambos grupos debían recibir tierras para cultivar; el resto de los propios, arbitrios, realengos y baldíos se enajenarían en lotes, que se podían pagar con dinero o en vales reales.

A pesar de la atención que la doctrina ha reflejado sobre el ámbito social, únicamente un diputado se refirió a la transformación de la estructura agraria durante los debates en las Cortes, García Herreros. La mayor parte de las atenciones la recibió tanto la reducción a

---

7 FONTANA, Josep, y GARRABOU, Ramón, *Guerra y Hacienda*… op. cit., pp. 21-47.

8 *Colección de decretos y órdenes que han expedido las Córtes Generales y Extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813* (Madrid, Imprenta Nacional, 1820-1823), pp. 189 y siguientes.

9 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El marco político*… op. cit., pp. 65-70.

10 FONTANA, Josep, *La desamortización de Mendizábal y sus antecedentes*, ahora, en GARCÍA SANZ, Ángel, y GARRABOU, Ramón, (editores) *Historia agraria de la España contemporánea, Vol.1 Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)* (Barcelona, Editorial Crítica, 1985), pp. 219-244.

propiedad particular como los mejores rendimientos que se obtendrían de los bienes enajenados de los municipios.

Esta obra legislativa guarda su antecedente en la Memoria del Ministro de Marina que presentó en octubre de 1811, en la que se alegaba la necesidad de la venta y reparto de baldíospara aumentar la producción de la silvicultura y ganadería. Asimismo, previamente la Corona había reclamado los baldíos como derechos del monarca, y en la segunda mitad del siglo XVIII, concretamente en 1752, se inició la política reformista de las tierras de los municipios, permitiendo su enajenación y repartimientos entre los vecinos, arrancando en Extremadura para extenderse por Andalucía, La Mancha y finalmente por todos los dominios del Monarca Católico. Por lo tanto, como se puede observar la enajenación de bienes municipales no es una medida novedosa del período gaditano, pero sí su finalidad y los objetivos de esta medida, lo que supuso el cambio de paradigma de las desamortizaciones[11]. Al fin hacendísticoque predominaba en las desamortizaciones premodernas, se le sumaron la reducción a propiedad privada de la tierra y el reparto, según la doctrina analizada.

No es posible realizar un análisis iushistoriográfico completo desde la perspectiva del articulado del Decreto de 4 de enero de 1813, ya que existieron diversas posiciones encontradas tanto en las Cortes como en las municipalidades.

Dentro de los debates de las Cortes, todos los diputados no veían con agrado la política desamortizadora de bienes de los Ayuntamientos. Por ejemplo, el diputado Huerta en sesiónde 2 de febrero de 1811 expresó: "*En efecto, privados los pueblos de esta propiedad íntimamente enlazada con su existencia política, y de los recursos destinados á sufragar á las necesidades comunes, ¿por qué medios podrían ocurrir á ellas que no fuesen los de la derrama y el repartimiento vecinal? En el estado actual de las cosas, es decir, en el de la pobreza á que la guerra ha reducido las familias, no produciría otro efecto que el de la inquietud y el de la desesperación. Lo primero porque estas nuevas y pesadas cargas chocarían con las ideas habituales del régimen seguido á contentamiento general en los siglos anteriores. Lo segundo, porque agravarían notablemente el paso de las contribuciones ordinarias y extraordinarias excesivas y multiplicadas que están sufriendo, y de que no es posible aliviarlas en el día; y lo tercero, porque en el caso imposible de satisfacerlas por la vía de repartimiento, cesarán en un golpe las situaciones sobre los propios con que se asalarian y mantienen en los pueblos los médicos, los cirujanos, los maestros de escuela, los empleados y oficiales de justicia, las cárceles, casas y demás oficinas públicas, y desaparecerían los recursos que prestan estos fondos para ocurrir al remedio de las grandes calamidades en los casos de hambre, peste, langosta, inundación, incendios, etcétera, etc*"[12].

Tras las intervenciones por la Memoria del Ministro de Marina de Octubre de 1811 y la cuestión de las ventas de bienes municipales en Badajoz, el 22 de febrero de 1812 se presentóel proyecto de la comisión de Agricultura, de donde nacería el Decreto de 4 enero de 1813. En él se consideraban las gratificaciones a los militares, el reparto de terrenos y ventas y lareducción a propiedad privada de aquellos que se enajenaran[13]. Los diputados mostraron cierto acuerdo en la superioridad de la propiedad privada frente a la colectiva[14], por lo que encontramos una visión diferente a la del diputado Huerta.

Esta transcripción literal sirve para examinar el sentir de algunos diputados, en donde se enfrentan dos modelos diferentes de concebir la organización municipal y la hacienda, incluso el mismo Estado. No por ello debe renunciarse en un primer momento a denominarlos contrarios a las causas del liberalismo. Desde el estudio de las intervenciones en las Cortes se observa que las opiniones del diputado Huerta y de aquellos que como él se oponen a la reforma de Oliveros, que culminará en el Decreto de 4 de enero de 1813, poseen

[11] FONTANA, Josep y GARRABOU, Ramón, *Guerra y Hacienda*… op. cit., pp. 131-150
[12] Sesión de 2 de febrero de 1811, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados).
[13] FONTANA, Josep y GARRABOU, Ramón, *Guerra y Hacienda*… op. cit. pp. 140-145.
[14] Sesión de 22 de febrero de 1812, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados).

una sensibilidad común a las de las municipalidades. Por lo tanto, del estudio de las fuentes locales y de las sesiones de Cortes no es posible compartir completamente la afirmación de diputados opuestos al liberalismo.

La visión de los Ayuntamientos fue completamente diferente a los diputados que apoyaban la desamortización y común, en cierto sentido, con sus detractores; sin embargo, no parecen contrarios a la causa liberal o partidarios de una utopía reaccionaria. El Cabildo de Úbeda se encontró en reunión permanente durante 6 días consecutivos, custodiada por los miembros del Tercer Ejército que se había guarnecido en la ciudad. La finalidad fue el acuerdo sobre suministros y socorros debidos a las tropas del ejército español, para lo cual procedieron a la enajenación de bienes de propios y del Pósito (*vid. ¿Qué bienes se venden?*). La reunión del día 11 de febrero de 1813: "*las circunstancias no permitían cosa, ni ofrecían completa resolución para meditar arbitrios menos graves y opuestos aquexos, e injusticias que superase en búsqueda de Gracias a reconocer quantas casas se señalan en la tropa, y cavallero Capitan de Regimiento o Batallón de Valencia; y efecto se dio principio esta operación en la mañana del día ocho para todos señores y expresado Gefe asistí entonces con infrascripto Señor que no concurrió la noche de seis y día siete porque estuvo su puesto y se continuó el día de nuebe, quedandose en las Salas capitulares vaxo el nombre de* […] *se continua los Señores* […] *y aunque no resultaban existencias de Grano que pudieran aliviar en algun tanto las fatigas del Ayuntamiento en las casas reconocidas en estos dos días, conformándose el Ayuntamiento unánimemente en la Propuesta de este Señor Don Andres acuerda, se suspenda el reconocimiento indicado y que se dio principio en el expresado ocho y desde luego se den los testimonios que pide y de quantos Cavildos y ordenes señale sin necesidad de otros mandato; y bajo la misma conformidad no perdiendo de vista este Ayuntamiento sus auxilios para sostener la tropa debe hacer presente al Señor Yntendente que poseyendo, asi el caudal de Propios como este Posito varios Bienes raíces, que quando no para todos habrá Postores para algunos, y que estando prevenido en orden de la Regencia del Reyno la enajenación* […] *para concurrir a los mismos suministros debe suplicar y suplica a los Señores se sirva conceder licencia y facultad a este Ayuntamiento para que si resultas en Postores pueda enagenar y enagene en cualquier moneda quales quiera bienes raíces de ambos caudales*"[15].

Por lo tanto, como puede apreciarse los miembros del Cabildo de Úbeda no consideraban la medida desamortizadora como un instrumento que conduciría necesariamente a la prosperidad del común de los vecinos, sino como un medio para poder lograr los ingresos extraordinarios necesarios para cumplir con la obligación de suministros a la tropa. La anterior afirmación se realiza, sin temor a decir que si la tropa no se hubiera guarnecido en la ciudad, el Decreto de 4 de enero de 1813 no hubiera sido aplicado en la localidad, debido a la innecesariedad de nuevos ingresos y de las resistencias al reparto de bienes que servían, no sólo para el socorro de los vecinos, sino que constituían fuentes de ingresos para sufragar los gastos (educación, sanidad, obras públicas, entre otras). Asimismo, de las palabras de la municipalidad se observa la penosidad de la medida, ya que si hubiera existido una verdadera atracción hacia la misma no hubiera sido necesaria la intervención del ejército para la desamortización y, menos aún, el encierro de los miembros del Cabildo durante casi una semana para la obtención de los suministros necesarios para el ejército.

Como ha sido adelantado, la enajenación y reparto de tierras no supone únicamente un perjuicio por la reducción patrimonial, sino también por la disminución de los ingresos municipales. Esta cuestión estuvo fuertemente presente, no solo para los Ayuntamientos, tras las Actas del Cabildo, sino incluso para los propios diputados, por lo tanto no eran ajenos al sentir de los municipios. El texto del proyecto presentado por la comisión de Agricultura incluía un párrafo donde se expresa que: "*todo los terrenos, baldíos ó realengos y de propios y arbitrios, con arbolado y sin él, así en la Península como en las provincias de Ultramar, exceptuando los egidos necesarios á los pueblos, se reducirán á propiedad particular, cuidándose de que en los propios y arbitrios se suplan sus rendimientos anuales por enfiteusis perpétuos sobre los mismos terrenos para satisfacer los gastos municipales*"[16]. Una redacción similar compuso el artículo 1º del Decreto de 4 de

[15] Protocolo notarial 2010 (Úbeda, Archivo Histórico Municipal de Úbeda), pp. 35 y siguientes.
[16] Sesión de 22 de febrero de 1812, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados).

enero de 1813, por lo que se puede observar que los diputados conocían el especial perjuicio que se produciría en las municipalidades, toda vez que estos bienes servían para sufragar los gastos de la corporación, carente de transferencias por parte de un "gobierno central" y, además, servían en múltiples ocasiones para beneficiar a los campesinos pobres y sin tierras, los cualesse verían privados de tales beneficios[17].

La diferencia estriba en utilización de la enfiteusis perpetua como medio para suplantar las rentas provenientes de los bienes de propios. Como se puede observar, el proyecto de la Comisión de Agricultura no poseía un fin de transformación de la propiedad, ya que la enfiteusis era una forma tradicional de disfrute del dominio[18]. Se mantenía la forma de superposiciones de dominios sobre un mismo bien, construida según la doctrina de la historiade la propiedad, desde el mundo altomedieval[19].

De lo observado, considero que la pugna liberal desamortizadora frente a las fuerzas reaccionarias y partidarias de la propiedad colectiva no se produce en el Ayuntamiento de Úbeda[20] (dejando a un lado los debates de las Cortes), ya que no se hace mención alguna a la forma de la propiedad, es decir, a su carácter de plena y absoluta o de dominios superpuestos. Las localidades se resistieron al proceso desamortizador atendiendo principalmente a un punto de vista fiscal. Los Ayuntamientos obtenían sus rentas principalmente de los bienesde propios, sobre todo a través de figuras jurídicas como el arrendamiento o los censos. Por lo tanto, las rentas se obtenían sin necesidad de su enajenación, manteniendo las tierras en la esfera jurídica del municipio, consagrando así una periodicidad de ingresos, sin necesidad dedepender únicamente de cargas fiscales o impuestos. Asimismo, el interés desamortizadorchocaba con miembros de la municipalidad, quienes eran parte de la oligarquía local, que sin necesidad de poseer nobleza, sí eran labradores privilegiados, en multitud de casos, que sebeneficiaban de las adjudicaciones de los bienes de propios[21].

En consecuencia, la resistencia de la municipalidad no se corresponde con una razón contraria al liberalismo, sino con la usurpación de las fuentes de ingresos municipales, en un

---

[17] Esta visión la compartió el diputado Gómez Fernández en la Sesión de 15 de abril de 1812, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados): "*haciendo ver que no puede tener lugar en el dia tal repartimiento, lo uno porque lo resisten las leyes y las razones por que se han establecido, y lo otro porque no se ha averiguado la necesidad ó utilidad que haya para su derogacion y que dejen de tener efecto, corroborándolo todo, con especialidad esto último, con el dictamen de la comision y con los de los Sres. García Herreros y Argüelles en las sesiones que citaré despues, que sirvieron para ratificarme en este mío, y de que no han podido separarme al hacerme dudar los que han hecho ahora apoyando la utilidad de el repartimiento de los terrenos de propios, de arbitrios, de los baldíos comunes y de los de realengo* […]. *Concurre con todo esto que el pobre venderá su suerte aun antes de repartida, como ha sucedido ya en algunos pueblos, solo con la noticia de que se trata de repartírseles, y vendrán a ser los únicos los poderosos, quedándose los infelices sin tener donde criar animal alguno, donde sembrar ni proveerse de leña, como he visto por experiencia haberse verificado en pueblos de la provincia de Sevilla, en que á la sombra del socorro de los pobres lograron el repartimiento los poderosos para hacerse despues dueños de todos, como lo han conseguido*".

[18] En 1873, ya en época posterior a la analizada, Francisco de Cárdenas consideraba la enfiteusis "*como uno de los modos más naturales de utilizar la tierra*" mediante la división del dominio, siendo la enfiteusis "*propia*" aquella por la que, perpetua o temporal, se paga un canon por ella, DE CÁRDENAS, Francisco, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España* (Madrid, Imprenta de J. Noguera, 1873) pp. 329-335.

[19] Sobre esta reflexión Grossi dispuso que "*el alto medievo es una gran civilización posesoria donde el adjetivo posesorio va entendido no en sentido romanístico sino en su acepción finziana de connotación de un mundo de hechos ni formal ni oficial pero provisto de agresividad y de incisividad. Sin presencias estatales embarazosas, sin hipotecas culturales la fábrica alto-medieval reduce la propiedad a un mero signo catastral y construye un sistema de situaciones reales fundado no ya en el dominium y ni siquiera en los dominia sino sobre múltiples posiciones de efectividad económica sobre el bien*", GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador,* (Reedición, Pamplona, Civitas, 2016), p. 35.

[20] TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El marco político*… op. cit. pp. 55-59.

[21] GARCÍA SANZ, Ángel, *Crisis de la agricultura tradicional y revolución liberal (1800-1850)*, ahora, en GARCÍA SANZ,Ángel, y GARRABOU, Ramón, *Historia agraria de la España contemporánea, Vol. 1 Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)* (Barcelona: Editorial Crítica, 1985), pp. 20-30.

mundo donde no existía una fuente continua de transmisión de caudales desde el Estado, lo que como algunos diputados auguraron, podía llevar a la penuria del erario municipal. Tampoco se posicionaban como contrarios al progreso de la industria, agricultura y prosperidad general de los vecinos, fines que proclama el Decreto de 4 de enero de 1813, puesto que se expresa de forma clara la utilización de la enajenación de bienes municipales para evitar las requisas a los vecinos y los abusos por parte de la tropa.

Usurpación de funciones o asunción de la nueva ordenación de la propiedad

En sesión de 2 de febrero de 1811, el diputado Huerta se escandalizaba ante la noticia de que la Junta superior de Badajoz hubiera ordenado la venta de los bienes de las poblaciones bajo su jurisdicción y por los perjuicios que esto produciría, toda vez que esos bienes correspondían a las municipalidades o bien eran de aprovechamiento común a varias de ellas. Asimismo, en la sesión de 15 de abril de 1812, durante la discusión del proyecto de la comisión de agricultura sobre la enajenación de bienes municipales, el diputado Gómez Fernández expresó que "*en el principio todas las cosas fueron comunes, que muchas permanecieron de esta clase por necesidad en el dia y permanecerán hasta el fin del mundo, y que la división de ellas, de terrenos y de términos dimanó y tuvo origen de la corrupción de la naturaleza por el pecado: en su consecuencia, la propiedad individual y las palabras de tuyo y mio, de las cuales dijo el filósofo que si se quitaran del mundo, los hombres vivirían quietos y pacíficos en él, porque en ellas no habría pleitos ni guerras* […]. *La única que resta persuadir es la de que lejos de ser útil el referido repartimiento es perjudicial, y que ni en el todo ni en parte puede verificarse, al menos por ahora, porque lo resisten las leyes*"[22].

Este diputado hace referencias a la adquisición de los bienes de los municipios por diversas formas, por donación del Príncipe, repartos, establecimientos, etc. A ello añade una serie de disposiciones normativas contenidas en la Novísima Recopilación sobre los bienes de las municipalidades, concluyendo que con ellas se omite la potestad de poder enajenar los bienes de los Ayuntamientos, dado que las leyes se obligan a proteger la propiedad, es decir, se destinan a proteger los propios y arbitrios de las ciudades y las villas[23].

Estas palabras del diputado no carecen de antecedentes, el ordenamiento jurídico previo alas Cortes gaditanas había protegido el patrimonio de los pueblos, consagrando el principio de inalienabilidad de los bienes comunales en las Partidas[24]. De igual forma, diversos autores como Castillo de Bovadilla hicieron uso de las comparaciones con el cuerpo, cuestión recurrente en el Antiguo Régimen y denominada metáfora organicista, para proteger los bienes de las corporaciones municipales. En su pensamiento la venta de propios del Ayuntamiento era una cuestión excepcional en manos del municipio, de su Concejo y ni siquiera del Regidor, que debía pedir permiso al primero[25].

Es interesante centrarnos en este primer problema, la usurpación de responsabilidades, dado que no era la primera vez que se intentaba la enajenación de bienes de las municipalidades

22 Sesión de 15 de abril de 1812, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados).

23 Sesión de 15 de abril de 1812, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados).

24 FORTEA, José Ignacio, *La propiedad de las corporaciones urbanas*, ahora, en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia, (coords.), *Historia de la propiedad en España siglos XV-XX* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999), pp. 61-112.

25 CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, (2003), *Política para corregidores,* (Reedición, Barcelona, Estrategia local, 2003), pp. 175-180: "*No pueden los Regidores donar las tierras concejiles, salvo para huertos, corrales, ó solares á los vecinos, para lo qual no es necesaria licencia Real ni decreto de la justicia (como luego diremos)* […] *Vender tampoco puede los Regidores, ni enagenar los bienes rayzales de la ciudad, ni arrendar ni romper las dehesas, sin informacon de la utilidad, decreto y licencia del Príncipe, y de otra fuerte no vale la pena y enagenación*".

como los baldíos o los propios. Sin embargo, la resistencia del Ayuntamiento también se debe a esto, al igual que en el resto de municipios, dado que sobre ellos y sobre sus bienes se cargaba el peso de la guerra.

Lo que las Cortes gaditanas plantearon es la aprobación de una normativa universal sobrelos bienes de los municipios, que obligara a la transmisión a manos privadas de lo que con anterioridad había pertenecido al común, es decir, al municipio[26]. Las Cortes asumieron o usurparon, según los diputados que enraizaban su pensamiento con las disposiciones premodernas de protección del patrimonio municipal, nuevas potestades que habían pertenecido a los municipios, concretamente la gestión de los bienes municipales. Pero la cuestión tenía su mayor fundamento en la obtención de ingresos a través de bienes que podían estar al alcance de la legislación de las Cortes Generales y Extraordinarias, es decir, los municipios que se encontraban dominados por los ejércitos españoles en contraposición con los ocupados por los ejércitos franceses.

III. ¿QUÉ BIENES SE VENDEN?

1. Bienes afectados y planteamiento municipal

El artículo 1º del Decreto de 4 de enero de 1813 establece que serán enajenados "*todos los terrenos de baldíos ó realengos, y de propios y arbitrios, con arbolado y sin él, asi en la Península é islas adyacentes, como en las provincias de Ultramar, excepto los ejidos necesarios á los pueblos, se reducirán á propiedad particular, ciudándose de que en los de propios y arbitrios se suplan sus rendimientos anuales por los medios mas oportunos, que á propuesta de las respectivas Diputaciones provinciales aprobarán las Cortes*".

Por lo tanto, como puede observarse el Decreto de 1813 permitió la enajenación de buenaparte de los bienes de las municipalidades, a los que se añadirían los bienes de la extinta Inquisición tras el Decreto de 9 de agosto de 1820.

Dentro del patrimonio de las municipalidades, que pasó a ser parte de los bienes nacionales en aplicación del artículo 1º del Decreto de 1813, se contenía una masa heterogénea, comopuede observarse en la redacción de la mencionada disposición[27]. En primer lugar, los baldíos y realengos eran bienes consistentes principalmente en pastizales que se explotaban comúnmente y en los que existía cierta confusión, considerándose pertenecientes al rey[28], pero integrados en los dominios de los municipios. Los bienes comunales son propiedades pertenecientes al común de los vecinos, ellos mismos las explotan, sin necesidad de abonar un canon o renta a la municipalidad y no se divide en cuotas diferenciadas, su propiedad pertenece a la "entidad administrativa" y son los vecinos los que poseen su aprovechamiento[29]. Al contrario que los bienes comunales y los baldíos y realengos, los propios son una heterogeneidad dentro de la masa de los bienes municipales[30].

---

26 FONTANA, Josep, y GARRABOU, Ramón, *Guerra y Hacienda*… op. cit., pp. 131-150.

27 El artículo 1º del Decreto de 4 de enero de 1813 mencionaba los terrenos baldíos, realengos, propios y arbitrios.

28 GARCÍA SANZ, Ángel, Crisis de la agricultura tradicional… op. cit., pp. 20-25.

29 INFANTE, Javier y TORIJANO, Eugenia, *Aprovechamientos comunales y propiedad individual. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1854-1900)*, ahora, en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO., Eugenia, (coords.), *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002), pp. 533-571.

30 FORTEA, José Ignacio, *La propiedad de las corporaciones*… op. cit., pp. 61-112.

Los propios merecen una consideración específica dentro de los bienes de la municipalidad, debido a su composición. Su utilidad principal era la obtención de ingresos, pudiendo constituirse sobre ellos cargas, dividir el dominio, constituir arrendamientos, etc. Es decir, sobre ellos se constituyen derechos de la municipalidad para la obtención de rentas. Esta es, precisamente, la característica que autores como Santayana Bustillo, en época previa a la desamortización de 1813, realzaban: una definición teleológica definiendo a los bienes de propios como titularidades para cumplir con las obligaciones y cargas de los pueblos[31].

Los diputados en diferentes sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias se refirieron al problema de la venta de diferentes bienes municipales. Ante la desamortización de Badajoz en 1811 (considerada como ejemplo para poder redactar una norma que permitiera la enajenación general de bienes municipales en todo el territorio no controlado por los ejércitos franceses, según el diputado Huerta[32]), previa al Decreto de 4 de enero de 1813, el diputado Oliveros en la sesión de 2 de febrero de 1811 expresó "*también observo que en la instruccion no se clasifican las fincas pertenecientes á este ramo, y creo que es justo que no se confundan: hayentre ellas unas que han sido compradas por los mismos pueblos, otras que son dadas como en dote para sus gastos comunes. Se cuentan también las dehesas boyales y carniceras. Estas no deben venderse ó deben ser las últimas ; pero hay inmensos baldíos, cuyos frutos se desperdician ; hay dehesas y terrazgos ó censo de propios como de baldíos comidos de mota, y que son mansion de fieras y ladrones*".

El problema venía de los aprovechamientos, considerando que las dehesas boyales, en su mayor parte bienes de propios, no debían ser desamortizadas, toda vez que constituían las principales rentas de los pueblos y su enajenación correspondía al deterioro de las haciendas locales y de los servicios que prestaban, no solo de asistencia, sino incluso de oficios religiosos, tal como considera los diputados Huerta y Luján en la misma sesión[33] de 2 de febrero de 1811. Tras estos debates, se presentó el Proyecto de la Comisión de Agricultura que condujo al Decreto desamortizador de 1813 y en él se incluyeron bienes que habían de servir al sustento de la municipalidad.

La desamortización de 1813 provocó la venta de numerosos bienes del caudal de propios en Úbeda, principalmente urbanos. Sin embargo, la historiografía desamortizadora ha realizado una incidencia mayor sobre los bienes rurales, analizando con detalle a que tipología pertenecían (baldíos, propios, eriales, pastos, etc.), cuáles eran los rendimientos de la tierra, su régimen jurídico (propiedad total, dominio dividido, arrendamientos, entre otras figuras)[34].

La consecuencia lógica ante la composición de los bienes y las rentas municipales era la búsqueda de alternativas para evitar la venta de aquellos que proporcionaban los principales ingresos, los propios. Por ello mismo, el Cabildo de Úbeda solicita al Intendente provincial la enajenación de los bienes del Pósito municipal[35], a los que se deben añadir, los bienes de los

---

31 SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo, *Gobierno político de los pueblos de España, y el Corregidor, Alcalde y Juez en ellos* (Madrid, 1769) pp. 84-101: "*Son muchas obligaciones, y cargas de los Pueblos : para cumplir con ellas, no hay Pueblo, que no tenga su Patrimonio. A este comunmente llamamos Propios ; porque sus caudales son propios del Pueblo ; y se consideran como dote propia, que se les ha señalado, para sostener las cargas de la Republica*".

32 Sesión de 2 de febrero de 1811, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados).

33 Sesión de 2 de febrero de 1811, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados).

34 SÁNCHEZ SALAZAR, Felipa, *Incidencia de la ocupación francesa en el medio rural: venta de tierras de propios y comunales. Una aproximación al estado de la cuestión*, en *Agricultura y Sociedad* 55 (1990), pp. 125-166, analiza las ventas de propios y comunales en Extremadura, Cuenca y, realizando menciones a otros estudios, País Vasco, sin embargo de las regiones examinadas únicamente enumera bienes destinados a la producción agraria o ganadera (dehesas, prados, ejidos, cotos, terrenos de labor, etc.), ya sean trabajados previamente o incultos. DE ZULUETA, José Antonio, La venta de bienes comunales y concejiles en la Tierra de Cáceres, en *Estudios Geográficos* 140 (1975), pp. 1157-1185, al igual que en el anterior estudio realiza una enumeración de las ventas realizadas en Cáceres, encontrándose entre ellas montes, dehesas boyales, campos de cultivo, etc.

35 El Pósito es definido por el Diccionario de Autoridades (1726-1737) como "*la casa en que se guarda la cantidadde trigo, que*

deudores a dicha institución que no tuvieran patrimonio suficiente para cubrir la contribución en grano ("*conceder licencia y facultad a este Ayuntamiento para que si resultas en Postores pueda enagenar y enagene en cualquier moneda quales quiera bienes raíces de ambos caudales; y asimismo los bienes raíces que se adjudiquen al mismo Posito de los deudores a el expresado fondo que no se allen con Grano para cubrir su devito*"[36]).

Aunque se incluyan en esta petición desamortizadora al Intendente los bienes del pósito y de los deudores al mismo, esta potestad municipal no estaba consolidada y, surgían dudas ante su aplicación. A modo de ejemplo puede destacarse la consulta que realiza el Alcalde de Estepa, localidad situada en Sevilla, al Consultor de los Ayuntamientos, tras la aprobación de la Ley de 1º de mayo de 1855, de desamortización de bienes municipales[37]. El Consultor contestó que la Ley desamortizadora de 1º de mayo de 1855 y su legislación posterior no incluían mención alguna para los bienes del pósito, para remontarse a la primera norma que menciona a los Pósitos al albur de la desamortización: la Real Orden del Consejo Real de 1º de Junio de 1816; según la cual no se debían hacer extensivas las órdenes generales a los fondos de los pósitos si no se declaraba de forma expresa. En el mismo sentido, se mostraron normas posteriores de 14 de noviembre de 1834 y de 11 de abril de 1855. Si no era de forma expresa los bienes del Pósito no debían incluirse, toda vez que los mismos servían para el sustento de los vecinos en tiempos de carestía de grano, pero también para el repuesto y prevención de grano y dinero de los labradores en los meses que se encontraban sin trabajo. Asimismo, estas fincas, considera el Consultor, no han sido amortizadas previamente por la municipalidad; por lo tanto, no son ajenas, al tráfico de la tierra, se han adquirido no por transmisión debida a un negocio jurídico, sino por el cobro de deudas que poseían los vecinos, por ello mismo no se encuentran amortizadas en el patrimonio de los Ayuntamientos.

Aunque las disposiciones sean posteriores al momento analizado, puede observarse que la ausencia de legislación gaditana sobre la cuestión pudo producir la enajenación de los bienes del Pósito, agravando la situación vivida en las ciudades, debido a la ausencia de granos para el socorro de la población. Aunque la cuestión no era clara, debido a la ausencia de amortización de los bienes del Pósito y de sus deudores, fue resuelto posteriormente evitando así los perjuicios que esto pudo producir.

En Úbeda, sin embargo existió autorización expresa del Intendente provincial para la enajenación, cumpliendo así con las disposiciones posteriores que trataron de limitar y anular las ventas que se hicieron durante el período gaditano. La concesión del Intendente provincial llegó al extremo de anular las ventas, debido a que las únicas permitidas eran las referidas a bienes del Pósito y sus deudores, no de los propios de la ciudad[38].

Por todo ello, puede observarse que ante la ausencia de suministros y el apremio surgido por las

---

en las Ciudades, Villas y Lugares se tiene repuesto y prevención, para usar del en tiempo de necesidad y carestía".

36 Protocolo notarial 2010 (Úbeda, Archivo Histórico Municipal), pp. 35 y siguientes.

37 ALCUBILLA, Marcelo, *El abogado de las municipalidades* (Madrid, Imprenta de El Consultor de los Ayuntamientos, 1860), pp. 156-159. La obra es una compilación realizada por el director de la revista jurídica El Consultor de los Ayuntamientos en el que se encuentran los artículos más destacados.

38 Protocolo notarial 2010 (Úbeda, Archivo Histórico Municipal), pp. 35 y siguientes, se realizó una copia de la Orden del Intendente provincial de Jaén: "*Jaen 5 de Marzo de 1813: Quando por mi decreto de 13 de Febrero ultimo autorizé a ese Ayuntamiento para la enagenación de bienes del Real Posito y sus Deudores no hice la menor mencion de los correspondientes al fondo de Propios, porque no hay otra orden para la venta de estos bienes que la de 4 de enero de este año en la mitad de los terrenos que allí se designan para el pago de la deuda nacional y de los suministros a las tropas Españolas ; vajando estos principios es un exceso la referida venta de los efectos de Propios rusticos y urbanos practicadas por ese Ayuntamiento que aunque sea hecha para la subsistencia esto; carece de legitima autorización por lo mismo no puedo aprovar las diligencias del remate, que deben quedar sin efecto debolviendo ese Ayuntamiento las cantidades que hubiese tomado con este motivo, ó reintegrando á los sugetos en cuyo favor fuera tomadas las Fincas, del modo que le sea posible sin causarles el menor perjuicio: El mismo Ayuntamiento cumplirá religiosamente mi citado Decreto de 13 de Febrero* […] *Lo relacionado asi y con mas extension resulta de los Autos quedan expresados, y lo copiado de ellos a la letra concuerda con su original, a que me remito, y quedan entre los Papeles de la Secretaría de mi cargo y para que obre los efectos* […]".

necesidades de las tropas que repercute en requisas de los vecinos, el Ayuntamiento trata de utilizar sus propios bienes y el de los deudores que no poseyeran grano suficiente paracubrir su cuota de contribución al Pósito municipal, aunque finalmente recurriera únicamentea bienes rústicos y urbanos del caudal de propios, lo que denota, no solo la urgencia de fondos, sino la pésima situación financiara en la que se encontraba el Ayuntamiento paraabastecer a un ejército.

2. *Los bienes que se vendieron*

Aquí, debido a las características de Úbeda, con una actividad eminentemente urbana, el Ayuntamiento poseía parte de su caudal vinculado a propiedades en la ciudad y no en tierras productivas, aunque ello no significa que no obtuviera rentas, dado que las viviendas podían ser cedidas en enfiteusis, arrendamientos o en cualquier otra forma de aprovechamiento.

En 1813 el Cabildo de Úbeda acordó la desamortización de bienes de propios. Para conseguirlos recursos necesarios a través de la enajenación el primer paso fue el nombramiento de peritos, lo que se realizó el 16 de febrero de 1813, se nombró a Juan Rodríguez Peña y Domingo Sánchez para valorar las casas que se situaban en la Plaza de San Pedro.

Tras describirse las casas y los elementos que las componen (puertas, ventanas, bodegas, rejas, pozos, corrales, etc.) se valoran en treinta y nueve mil ciento noventa y seis reales. Sin embargo, este precio no será alcanzado en la subasta en el momento inicial. En primer lugar, se realizan varios intentos sin que concurra ningún postor y tras ello se presentan varios,tanto vecinos de la ciudad como de otras poblaciones cercanas[39].

Por ello, para aumentar el valor a conseguir, el 19 de febrero el Cabildo acuerda la salida a venta de casas en la Plaza de la Puerta de Toledo, pero tras varios días nadie concurre como postor para estos bienes. Asimismo, también existen enajenaciones de propiedades agrarias dedicadas a la vid, pero no se da noticia alguna de sacarse a subasta.

El 26 de febrero se realiza una última convocatoria para las casas de la Plaza de San Pedro, ala que concurren muchos postores, según relata la fuente, sin aportar un número exacto, y solamente se contienen 3 pujas de individuos diferentes, para rematarse finalmente en treinta y seis mil reales. Asimismo, estos bienes adquiridos gozan del privilegio del *quarteo* y sobre los mismos recaen censos, arrendamientos que disminuyen el valor del bien, es decir, no se adquiere la propiedad total de las casas sino el dominio directo. Al final de las pujas el adquirente solicitó el derecho de *quarteo*: "*suplico se sirva admitirme este quarteo en los términos espuestos; y señalar día y hora para su ultimo remate, pues asi procede de justicia (de justicia) que pido imploro lo necesario y para ello formo el escrito que sea mas adequado y aportuno*"[40]. Por ello, el Cabildo acordó el día de remate del cuarteo el día 2 de marzo en la puerta de las casas consistoriales, valorando el cuarteo en cuarenta y cinco mil reales para comenzar la pública subasta. Sinembargo, no concurrió ningún postor que mejorara el valor dado.

Asimismo, se vendieron hazas de tierra por la cantidad de treinta mil reales[41], un viñedo en

[39] Protocolo notarial 2010 (Úbeda, Archivo Histórico Municipal), pp. 35 y siguientes.
[40] Protocolo notarial 2010 (Úbeda, Archivo Histórico Municipal), pp. 35 y siguientes.

[41] Según el Diccionario de Autoridades (1726- 1739), se define Haza de la siguiente forma: "*Propriamente se llama así el campo donde se ha segado trigo o otra semilla, y que está ocupado de las haces y gavillas que han hecho los segadores; y tambien se llama así una cierta porción de*

catorce mil doscientos cincuenta reales y las casas de la Plaza de San Pedro en cuarenta y cinco mil reales.

Tras las enajenaciones se emite orden del Intendente provincial el 5 de marzo de 1813 anulando las ventas realizadas a costa del caudal de propios, pues como se ha mencionado y según se dispone, "*bajo de estos principios es un exceso la referida venta de los efectos de Propios rusticos y urbanos practicadas por ese Ayuntamiento que aunque hecha para la subsistencia esto; carece de legitima autorización por lo mismo no puedo aprovar las pujas del remate, que deben quedar sin efecto debolviendo ese Ayuntamiento las cantidades que hubiese tomado con este motivo ó reintegrándolas á los sugetos en cuyo favor fueren rematadas las fincas del modo que le sea posible sin causarles el menor perjuicio; el mismo Ayuntamiento cumplirá religiosamente ni citado Decreto de 13 de febrero*".

Por lo tanto, a pesar de las ventas realizadas y a los beneficios por las tropas, el Intendente provincial decide suspender las ventas de los bienes de propios, puesto que considera que ha autorizado la venta de los bienes del Pósito y de aquellos pertenecientes a los deudores al mismo. Sin embargo, debido a la súplica realizada por el Ayuntamiento, finalmente permite la venta de las casas para el suministro de las tropas españolas.

Tras ello, se entrega la escritura de venta al adquirente, al que se le constituye a favor hipoteca sobre bienes del caudal de propios para garantizar la venta, siendo así que el propio caudal garantiza la pacífica posesión de los bienes enajenados mediante una hipoteca sobre otras propiedades, consiguiendo así la seguridad jurídica de los compradores, ante las posibles alteraciones por parte de la intendencia provincial o bien por encontrarse con derechos posesorios que eran ajenos a la subasta, tales como censos o arrendamientos que aparecenen el momento de cuartear la subasta, pero de los que no se hace mención posterior, salvopara indicar que en el momento de la transmisión la finca se haya libre de todo gravamen.

Las leyes y disposiciones normativas sobre la propiedad dictadas por las Cortes gaditanas se dirigían a otorgar especial protección a la nueva propiedad creada para poderla disfrutar[42]. Sin embargo, la guerra, las consecuentes ocupaciones por ejércitos contrarios, la imposibilidad de recoger las cosechas o la anulación de las ventas tras la guerra[43], provocaban la ausencia de esta seguridad que trataba de propugnar el pensamiento político y la obra legislativa de las Cortes.

Tras la entrega de la escritura, en la súplica del Ayuntamiento se puede observar la cantidad de bienes de propios que se ha enajenado y el valor que se ha atribuido en las pujas: en primerlugar, el haza de tierra se vendió por treinta mil reales, una viña por catorce mil doscientoscincuenta y, por último, la casa principal en la Plaza de San Pedro por cuarenta y cinco mil reales. Adquiriendo esta última un valor superior a su tasación

De la exposición de los bienes desamortizados, se desprende que no existía una gran concurrencia de postores a las subastas de los propios, ya que aunque en las Actas del Cabildose manifieste la asistencia de numerosos vecinos, la enumeración de los postores para las casas de la Plaza de San Pedro no superan el número de tres, es decir, pese a la concurrencia quienes podían permitirse pujar por las mismas era muy reducido.

Asimismo, una excepción a la práctica general de la desamortización de bienes de 1813 es el

---

tierra, aunque no esté sembrada.

42 ÁLVAREZ ALONSO, Clara, *Las dos caras de Jano. Propiedad y constitución en el primer liberalismo español*, ahora, en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo, y TORIJANO, Eugenia, (coords.) *Historia de la propiedad en España siglos XV-XX* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999), pp. 297-328.

43 FONTANA, Josep y GARRABOU, Ramón, *Guerra y Hacienda*… op. cit. pp. 131-150.

valor de las ventas. Las casas, pese a estar valoradas en treinta y nueve mil reales, el precio final de remate fue de cuarenta y cinco mil, dado al uso del cuarteo que realizó uno de los compradores. Debido a ello se consiguen mayores ingresos de los esperados con la tasación. Esta situación no se observa en los estudios históricos previos como los de Extremadura y País Vasco[44], donde se observan resultados dispares, pero en gran medida se vendían por debajo del precio de tasación, circunstancia que dio lugar en el Sexenio Absolutista a la Real Cédula de 21 de diciembre de 1818, anulando las ventas que entre otras circunstancias, se hubieran vendido por debajo del precio de tasación.

Otra circunstancia destacable de estas subastas de propios es que únicamente se detalla la venta de los bienes urbanos, dejando a un lado las propiedades rústicas, por lo que solo se conoce con detalle el procedimiento de las primeras. Lo que puede indicar que ante la ausencia de datos se realiza sin una tasación oficiada por dos peritos o que no concurrieran excesivos postores, o que los adjudicatarios fueran miembros del propio Ayuntamiento, pero no son más que especulaciones ante la ausencia de especificaciones en referencia a la doctrina iushistoriográfica[45]. Por lo tanto, lo único que se puede concluir ciertamente es que las casas fueron tasadas por perito, para ser posteriormente enajenadas en pública subasta y rematadas por encima del precio de tasación, consiguiendo los objetivos marcados para el suministro de la tropa.

Por último, es de destacar que, al contrario de lo que ocurre en lugares como Salamanca, Úbeda continua poseyendo bienes de propios que salen a subasta en 1820 con la reviviscencia de la legislación desamortizadora gaditana por el Decreto de 1820 y tras la Ley de 1º de mayo de 1855, pero al contrario que en aquellas desamortizaciones, en la de 1813 su efectiva aplicación es prácticamente automática y únicamente por la cantidad de bienes suficiente para satisfacer los suministros a la tropa.

Tras la venta de los bienes se cumplió el objetivo propuesto, como se pone de manifiesto ante el Intendente provincial, la venta suministró a la tropa la cantidad de 60.396 fanegas en trigo y 89.250 reales que integraban el remate de los bienes vendidos. Por lo que, para la adquisición del trigo, existieron otros medios que no se encuentran entre los expuestos o bien se utilizaron otros tipo de ingresos a cargo de caudales o de exacciones o recargos a los vecinos, sin embargo pareció suficiente para satisfacer las necesidades del Tercer ejército y además no arrebató a la ciudad la totalidad del caudal de propios, pudiendo utilizar sus propiedades como fuente de ingresos en desamortizaciones posteriores, constituciones de censos (tanto consignativos, como enfitéuticos) o bien subastando las propias rentas.

IV. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA DESAMORTIZACIÓN

La doctrina ha fechado el inicio de la administración desamortizadora durante el Trienio Liberal mediante el Reglamento de 3 de septiembre de 1820 titulado "*Reglamento para la venta de fincas consignadas al Crédito público"*, en el se instituía un sistema escalonado de organización administrativa desamortizadora: *"La Junta Nacional del Crédito público reunirá las noticias que existan en su poder de las fincas*

[44] DE ZULUETA, José Antonio, *La venta de bienes concejiles*… op. cit. pp. 1157-1185 y SÁNCHEZ SALAZAR, Felipa, *Incidencia de la ocupación*… op. cit. pp. 125-166.

[45] SÁNCHEZ SALAZAR, Felipa, *Incidencia de la ocupación*… op. cit. pp. 125-166.

consignadas, y pasará nota de ella á los comisionados de las Provincias en que esten sitas para que soliciten y promuevan la enagenacion […]. *Si la junta no tuviese á la mano todas estas noticias, encargará su averiguación á las Contadurias y Comisionados del Crédito público de las Provincias, á quienes al efecto protegerán y auxiliarán a los Intendentes, Justicias y demas Autoridades de los pueblos*"[46]. Como se puede observar las noticias llegaban hasta la Junta Nacional del Crédito Público la cual era auxiliada incluso por las autoridades de los pueblos, las cuales pasaban a ser el escalafón más bajo de esta nueva organización.

Tras ello, el desarrollo de la desamortización se produce durante los años de 1835 y 1836, mediante diferentes normas, generando nuevos organigramas donde se incluía al poder judicial, hasta culminar en las disposiciones de 1855[47]. Sin embargo, existe una clara falta de estudio de la desamortización de 1813, la cual se tiene como inexistente, o bien carente de desarrollo por la escasa duración del período gaditano.

A pesar de la consideración de la doctrina previa, la desamortización de 1813 se instituyó en unas bases adoptadas por circunstancias excepcionales debidas a la Guerra de la independencia y, por ello, estuvo regida principalmente por las municipalidades[48]. La situación bélica impedía que el Consejo de Castilla o las Cortes pudieran controlar todo el territorio y, cuanto menos, lograr los ingresos necesarios para el esfuerzo bélico, debido aello se encargó a los Ayuntamientos la dirección y protagonismo de la desamortización de1813. En Úbeda la única autoridad capaz de recaudar los suministros necesarios era el Cabildo, como la institución más cercana a los bienes y también a las necesidades del ejércitoasentado en la población. Esta cuestión fue conocida por las Cortes Generales y Extraordinarias, dado que fue discutido en múltiples sesiones de las que se pueden destacar las siguientes manifestaciones.

El 20 de enero de 1811, el Diputado Oliveros, apoyado por otros como Dou, dispuso que "*En el día 10 de Abril se pidió á Badajoz que pusiera medios para mantener los ejércitos que se enviaron allí, de cuyas resultas decretó la venta de los baldíos, y una tercera parte de los propios, y estableció las reglas bajo las cuales se podia hacer esto, acudiéndose al Consejo de Regencia para que autorizase esta venta. Efectivamente, la autorizó por un decreto, y en virtud de él, se ha procedido á la venta de los baldíos, enatención á que se cometen varios abusos reducidos á que se venden acaso por una octava parte de su valor* […]". Debido principalmente a la venta de bienes por debajo de su valor de tasación, el diputado propuso que las Cortes tomaran conocimiento de las ventas nombrando una comisión que ordene los bienes que debían venderse en todo el Reino y el modo y forma de realizarlo.

A él se oponían diputados como García Herreros y Pelegrín quienes no deseaban la creación de una comisión, sino la suspensión de las ventas de propios y baldíos, mandando realizar expedientes para remitirlos al Consejo de Castilla. Otros como el diputado Luján proponían la reforma del sistema desamortizador mediante la reglamentación de la práctica de las ventas,dado que el problema consideraba que provenía de los jefes que mandaban las ventas, admitiendo a veces, ante la ausencia de postores, propuestas por una cantidad inferior al valorde la finca.

---

46 *Colección de los decretos y órdenes generales de la primera legislatura de las Cortes Ordinarias de 1820 y 1821, desde 6 de juliohasta 9 de noviembre de 1820* (Madrid, Imprenta Nacional, 1821).

47 INFANTE, Javier, y TORIJANO, Eugenia, *El aparato administrativo de la desamortización en la España del siglo XIX: una primera aproximación*, ahora, en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo, y TORIJANO, Eugenia, (coords.), *Historia de la propiedad en España siglo XV-XX* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999); pp. 371-402.

48 GARCÍA SANZ, Ángel, *Crisis de la agricultura tradicional*… op. cit., pp. 20-27, expresó que *"la situación bélica creó condiciones favorables para la descentralización de las decisiones, de forma que los mismos ayuntamientos, las juntas y las diputaciones tomaron frecuentemente la iniciativa de promover la enajenación de bienes municipales y, a veces, de legitimar lo que era una usurpación incontrolada*".

Sin embargo, los diputados como Argüelles reconocían la imposibilidad de centralizar toda la administración desamortizadora en comisiones generales para todo el territorio, proponiendo la admisión de terceros diferentes a las Cortes, aumentando así la cantidad de *sabios del Estado* que se hagan cargo de la desamortización, pero teniendo en cuenta que debía extenderse a todas las localidades la enajenación de baldíos. Asimismo, el diputado Luján enumera quienes debían ser oídos en las comisiones para las ventas en Extremadura: el Consejo de Castilla, los labradores, hacendados y de más interesados con inteligencia.

Opuesto también a la centralización de las decisiones estaba el diputado Garoz, el cual consideró que en Extremadura era menester "*que se establezca en todos los pueblos una Junta que entienda en lo que debe venderse por ahora de aquellos terrenos que no hacen falta á la población*".

Como se puede observar la problemática de las ventas en Badajoz no es diferente a la que sucedió en Úbeda, sin embargo el elemento temporal es importante, Úbeda procedió a la desamortización en febrero de 1813, es decir, posterior a la publicación del Decreto de 4 de enero de 1813, que "estandarizaba" la desamortización.

Las bases de la administración de la desamortización de 1813 se sentaron en el Proyecto de la Comisión de Agricultura[49], para posteriormente plasmarse en el Decreto de 4 de enero de 1813[50]. Esta se basaba también en un sistema escalonado de información, según la cual las Diputaciones Provinciales debían proponer a las Cortes Generales y Extraordinarias a través del Consejo de Regencia la enajenación de bienes municipales en función de la consideración de la Diputación. Por lo tanto, correspondía a esta en primer lugar determinar la parte del patrimonio municipal para enajenar, la forma y el término.

Debido a ello se puede observar que existió una administración fundamentada en lo que hoy se denomina el régimen local. En Úbeda se plasmó esta cuestión, dado que por orden del Intendente de 13 de febrero de 1813 se anularon las ventas de bienes de propios, pues contradecía la orden dada de enajenar únicamente los del Pósito municipal y sus deudores, como ya ha sido mencionado[51].

El Reglamento de 3 de septiembre de 1820 mantuvo en cierta medida este sistema, a pesar de la inclusión de nuevas instituciones como la Junta Nacional del Crédito Público. Los Ayuntamientos continuaban encargados de instruir el expediente desamortizador, y correspondía a las Diputaciones enviar a las instituciones superiores el acuerdo de las ventas. El 10 de abril de 1821 se discutió en Úbeda una nueva suspensión de las ventas por orden de la

---

[49] Sesión de 22 de febrero de 1812, *Diario de Sesiones de las Cortes* (Madrid, Congreso de los Diputados), en la presentación del Proyecto de la Comisión de Agricultura se establecía que: "*V. M. decrete desde ahora que unos y otros terrenos se reduzcan á propiedad particular, y que para determinar el modo con que haya de realizarse en las provincias, se oiga á sus respectivas Diputaciones establecidas por la Constitución, y á la Regencia del Reino por las Secretarías de la Gobernación*".

[50] El artículo 4º del Decreto de 4 de enero de 1813 establecía que *"Las Diputaciones provinciales propondrán á las Córtes por medio de la Regencia del Reino el tiempo y los términos en que mas convenga llevar á efecto esta disposicion en sus respectivas provincias, según las circunstancias del país, y los terrenos que sea indispensable conservar á los pueblos, para que las Cortes resuelvan lo que sea mas acomodado á cada territorio*".

[51] Protocolo notarial 2010 (Úbeda, Archivo Histórico Municipal), pp. 35 y siguientes, se realizó una copia de la Orden del Intendente provincial de Jaén: "*Jaen 5 de Marzo de 1813: Quando por mi decreto de 13 de Febrero ultimo autorizé a ese Ayuntamiento para la enagenación de bienes del Real Posito y sus Deudores no hice la menor mencion de los correspondientes al fondo de Propios, porque no hay otra orden para la venta de estos bienes que la de 4 de enero de este año en la mitad de los terrenos que allí se designan para el pago de la deuda nacional y de los suministros a las tropas Españolas ; vajando estos principios es un exceso la referida venta de los efectos de Propios rusticos y urbanos practicadas por ese Ayuntamiento que aunque sea hecha para la subsistencia esto; carece de legitima autorización por lo mismo no puedo aprovar las diligencias del remate, que deben quedar sin efecto debolviendo ese Ayuntamiento las cantidades que hubiese tomado con este motivo, ó reintegrando á lossugetos en cuyo favor fuera tomadas las Fincas, del modo que le sea posible sin causarles el menor perjuicio: El mismo Ayuntamiento cumplirá religiosamente mi citado Decreto de 13 de Febrero* […] *Lo relacionado asi y con mas extension resulta de los Autos quedan expresados, y lo copiado de ellos a la letra concuerda con su original, a que me remito, y quedan entre los Papeles de la Secretaría de mi cargo y para que obre los efectos* […]".

Diputación Provincial, dado que en el expediente se cometieron dos errores: por un lado la enumeración de bienes de propios con que contaba la municipalidad y, por otro lado, la forma en que se realizaban las subastas, requiriendo que se realizaran conforme al procedimiento establecido en "*los Decretos de las Cortes de 4 de enero de 813, 8 de noviembre últimoy en conformidad al acuerdo de la Diputación extendido á su final* […]"[52].

En conclusión, como se puede observar, sin ánimo de contradecir los estudios realizados,los Ayuntamientos tanto en 1813 como en 1820 se encontraron sometidos a las decisionesde la Diputación Provincial. En Úbeda, ambas enajenaciones de bienes sufrieron su paralización por orden provincial debido, en primer lugar, a los bienes enajenados, que nocontaban con la aprobación del Intendente y, en segundo lugar, al expediente de bienes depropios y la forma de realizar las subastas.

V. CONCLUSIONES

El Decreto de 4 de enero de 1813 produjo el cambio de paradigma entre el mundo premoderno y moderno en lo respectivo a la enajenación de los bienes municipales. Frentea la antigua concepción de la protección de la propiedad de las municipalidades y los beneficios que producía a los vecinos, sobre todo para aquellos que no poseían tierras, se pasó al inicio, al menos en las obras legislativas, de la propiedad privada y de un sistema basado en medios impositivos y no en las rentas provenientes de los bienes de propios.

Esta nueva perspectiva poseía dos visiones completamente diferentes, por un lado la perspectiva de los diputados a favor de la venta de bienes concejiles, los cuales proponían la reducción de los mismos a propiedad privada y alababan tanto la transferencia de dicha propiedad como los beneficios para las arcas públicas que ello iba a generar. En segundo lugar, están tanto los diputados contrarios como las municipalidades. Los diputados contrarios a la reforma utilizaron diversos argumentos, pero principalmente se centraron en los perjuicios que supondría para los campesinos pobres las enajenaciones, debido a los beneficios de su utilización para estos. También recurrieron a las disposiciones normativas previas a las Cortes Generales y Extraordinarias, que, según ellos, protegían la propiedad privada de los municipios.

Lógicamente la opinión más opuesta la desamortización de 1813 fue la de las propias municipalidades, en concreto la analizada en este caso: Úbeda. Los miembros del Cabildo de Úbeda se reunieron para acordar la venta de bienes municipales bajo la licencia que concedíael Decreto de 4 de enero de 1813, si bien bajo presión del ejército, el cual mantuvo casi una semana a los miembros reunidos en las salas capitulares. La conclusión alcanzada por el Cabildo fue la desamortización de bienes municipales para evitar los perjuicios a los que pudiera verse sometida la ciudad bajo la ocupación del ejército. Por lo tanto, la desamortización no se realiza por el bien de la industria, agricultura y prosperidad, sino para evitar el posible saqueo para que el ejército consiguiera los suministros necesarios.

De aquel acuerdo se eligieron una serie de bienes para desamortizar tanto urbanos como

[52] Sesión de 10 de abril de 1821 de las Actas del Cabildo(Úbeda, Archivo Histórico Municipal), pp. 207 y siguientes.

rurales pertenecientes a los propios de la ciudad. Sin embargo, se presenta una excepcionalidad en el acuerdo y en la licencia que concede el Intendente provincial, lo que provocaría la suspensión de las ventas, la venta de bienes del pósito y de los deudores al mismo. Se permitió la enajenación de bienes no amortizados, según la doctrina de la época y posterior, que no se encontraban en el catálogo del artículo 1º del Decreto de 4 de enero de 1813.

Las ventas no presentan todos los datos necesarios, en primer lugar, porque solo se encuentra el expediente referente a las propiedades urbanas, existiendo únicamente referencias a los precios obtenidos en todas las subastas. Tomando en consideración el expediente existente de la subasta de las casas de la Puerta de Toledo, no se presentó el problema planteado por los diputados de ventas por debajo del precio de tasación, sino al contrario, la tasación de las casas reflejó un valor de treinta y cinco mil reales, frente al precio alcanzado de cuarenta y cinco mil.

Asimismo, se cumplió con el objetivo de conseguir los suministros necesarios para el ejército mediante la venta de bienes de propios, además de ello no se vació de todo patrimonio al Ayuntamiento, dado que en posteriores desamortizaciones civiles el Ayuntamiento de Úbeda continuó enajenando bienes de propios, arbitrios, baldíos y realengos.

Por último, el estudio local es especialmente iluminador en términos de la administración desamortizadora, dado que la doctrina ha indicado que el inicio se produce durante el Trienio Liberal. Sin embargo, se debe atender a las circunstancias del momento, resultando imposible en plena Guerra de Independencia que las Cortes gaditanas o el Consejo de Castilla se hubieran hecho cargo de manera centralizada de las enajenaciones de bienes municipales, por ello mismo los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales se convirtieron en los protagonistas de estas, con preeminencia de los primeros, dado que eran los responsables de la solicitud al Intendente provincial, el desarrollo y posterior remate de las fincas subastadas. Asimismo, el Ayuntamiento de Úbeda se sometió a una suspensión de ventas en 1813 y 1820, en un primer momento debido a la enajenación de bienes de propios sin licencia del Intendente y, en segundo lugar, por la enumeración de bienes de propios y la organización de las subastas.

Por lo tanto, la existencia de una administración desamortizadora no se debe hacer depender de la creación de un sistema escalonado, al estilo moderno de administración, sino más bien se debe observar con los ojos de aquel momento, resultando imposible imponer un sistema centralizado, por lo que se prefirió descentralizar el proceso en los Ayuntamientos, a pesar de los posibles abusos que ello ocasionara.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. *Fuentes iushistoriográficas*

Actas del Cabildo de Úbeda (Úbeda, Archivo Histórico Municipal).

Colección de decretos y órdenes que han expedido las Córtes Generales y Extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813 (Madrid, Imprenta Nacional, 1820-1823).

Colección de los decretos y órdenes generales de la primera legislatura de las Cortes Ordinarias de 1820 y 1821, desde 6 de julio hasta 9 de noviembre de 1820 (Madrid, Imprenta Nacional, 1821).

Diario de Sesiones de las Cortes (Madrid, Congreso de los Diputados).

Protocolo 2010 (Úbeda, Archivo Histórico Municipal).

2. *Fuentes bibliográficas*

ALCUBILLA, Marcelo, *El abogado de las municipalidades* (Madrid, Imprenta de El Consultor de los Ayuntamientos, 1860).

ÁLVAREZ ALONSO, Clara, (1999), *Las dos caras de Jano. Propiedad y constitución en el primer liberalismo español*, ahora en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardoy TORIJANO, Eugenia, (coords.) *Historia de la propiedad en España siglos XV-XX* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999), pp. 297-328.

CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores,* (Reedición, Barcelona, Estrategia local, 2003).

CLAVERO, Bartolomé, *El código y el fueron De la cuestión regional en la España contemporánea* (Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1982).

DE CÁRDENAS, Francisco, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, (Madrid,Imprenta de J. Noguera, 1873).

DE LA JARA TORRES NAVARRETE, Ginés, *Historia de Úbeda en sus documentos Tomo I Historia civil* (Úbeda, Asociación Cultura Ubetense Alfredo Cazabán Laguna, 2005).

DE ZULUETA, José Antonio, *La venta de bienes comunales y concejiles en la Tierra de Cáceres*, en *Estudios Geográficos* 140 (1975), pp. 1157-1185.

FONTANA, Josep, y GARRABOU, Ramón, *Guerra y Hacienda La Hacienda del gobierno central en los años de la Guerra de la Independencia (1808-1814)* (Alicante, Instituto Juan Gil-Albert Diputación Provincial de Alicante, 1986).

FONTANA, Josep, *La desamortización de Mendizábal y sus antecedentes*, ahora, en GARCÍA SANZ, Ángel, y GARRABOU, Ramón, (editores) *Historia agraria de la España contemporánea, Vol.1 Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)* (Barcelona: Editorial Crítica, 1985), pp. 219-244.

FORTEA, José Ignacio, (1999), *La propiedad de las corporaciones urbanas*, ahora, en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, y TORIJANO, Eugenia, *Historia de la propiedad en Españasiglos XV-XX*, (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999), pp. 61-112.

GARCÍA SANZ, Ángel y GARRABOU, Ramón, (1985), *Historia agraria de la España contemporánea, Vol. 1 Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)* (Barcelona, Editorial Crítica, 1985).

GARCÍA SANZ, Ángel, (1985), *Crisis de la agricultura tradicional y revolución liberal (1800-1850)*, ahora, en GARCÍA SANZ, Ángel y GARRABOU, Ramón, *Historia agraria de la España contemporánea, Vol. 1 Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)* (Barcelona, Editorial Crítica, 1985), pp. 7-99.

GROSSI, Paolo, *Il dominio e le cose percezioni medievali e moderne dei diritti reali* (Milán Giuffre Editore Milano, 1992).

GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador,* (Reedición, Pamplona, Civitas,

2016).

INFANTE, Javier y TORIJANO, Eugenia, (2002), *Aprovechamientos comunales y propiedad individual. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1854-1900*), en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia, (coords.), *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002), pp. 533-571.

INFANTE, Javier, y TORIJANO, Eugenia, *El aparato administrativo de la desamortización en la España del siglo XIX: una primera aproximación*, ahora, en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo, y TORIJANO, Eugenia, (coords.), *Historia de la propiedad en España siglo XV-XX* (Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999), pp. 371-402.

MARTÍNEZ-PÉREZ, Fernando, *Posesión, dominio y registro Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)* (Madrid, Dykinson, 2020).

RODRÍGUEZ MOLINA, José, (1990), *Colección documental del archivo municipal de Úbeda I (Siglo XIII)* (Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1990).

SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo, *Gobierno político de los pueblos de España, y el Corregidor, Alcalde y Juez en ellos* (Madrid, 1769).

SÁNCHEZ SALAZAR, Felipa, *Incidencia de la ocupación francesa en el medio rural: venta de tierras de propios y comunales. Una aproximación al estado de la cuestión* en *Agricultura y Sociedad* 55 (1990), pp. 125-166

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El marco político de la desamortización en España*, (Barcelona, Ariel, 1971).

REFLEXIONES SOBRE LA BRUJERÍA Y EL GÉNERO: NUEVA ESPAÑA EN EL SIGLO XVIII*

[*Reflections on witchcraft and gender: New Spain in the 18th century*]

Renata Basañez Kaún
Ma. Carolina Nevárez García
Universidad de Monterrey

Resumen
El objetivo principal de este trabajo es llevar a cabo una primera aproximación al estudio de la brujería en la Nueva España a partir de la imagen de las popularmente conocidas como mujeres "brujas". Desde la historia del derecho y adoptando una perspectiva de género, nos ocuparemos de identificar quiénes eran estas mujeres así categorizadas, su "modus vivendi", prácticas y cómo fueron observadas y juzgadas por la sociedad y el derecho de su tiempo. Para lograr este propósito, empleando la metodología de contraste, nos hemos servido también de la noción canónica de la mujer virtuosa enunciada por fray Luis de León en la obra "La perfecta casada" (1583). Las conclusiones resultantes de nuestro análisis suponen un lugar de encuentro para la reflexión conjunta y multidisciplinar sobre la identidad femenina en la Historia del Derecho, al tiempo que para dar luz a la falta de perspectiva de género en dicha historiografía.

Palabras clave: Mujer virtuosa, brujería, género, historia del derecho, estigma social.

I. El género y la historia del derecho

Años de evolución, civilizaciones, conflictos y epidemias han sido plasmados en la historia y han determinado el desarrollo de la humanidad; sin embargo, por muchos años se ha hecho omisión a la participación social, jurídica y política de la mujer. En otras palabras, a la historia de la mujer. La historia androcéntrica resultante estaba destinada únicamente para hombres ilustres y públicos, abarcando los hechos políticos, conflictos armados así como los sistemas políticos y económicos[1]. Como la mujer no contaba con participación social y ocupaba un rango jerárquicamente menor, tomando un papel secundario, fueron excluidas completamente del relato histórico. Así que se podría decir que la historia que conocemos tiene cierto sesgo, ya que está escrita desde una perspectiva netamente patriarcal.

No fue hasta principios de los años 80s que surge un acercamiento histórico hacia la historia de las mujeres en latinoamérica, llevando a cabo un proceso extenso de transformación a través de los años, logrando crear una nueva conceptualización del género y una replantación de

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

1 VASSALLO, Jaqueline, *¿Es posible hacer historia del derecho desde una perspectiva de género?*, (Brasil, 2009, p. 427 - 437)

la antigua historia. En este contexto se produce el surgimiento de nuevas metodologías históricas, como es el caso de "La historia de ellas" y "La historia social".

Autoras e historiadoras feministas se han enfocado en la temática y mientras más profundizaban surgían diferentes preguntas, algunas de las más relevantes dictadas por la autora Virginia Wolf:¿puede un enfoque centrado en las mujeres añadir un suplemento a la historia, sin por ello reescribir la historia? y aparte de esto ¿qué debe implicar una reescritura feminista de la historia? Estas preguntas han deparado múltiples debates en los últimos 15 años y como resultado se ha logrado recabar información sobre "el efecto comunicativo de estas hacia la creación de un nuevo campo de conocimiento"[2] También parte de esta información viene de las autoras feministas que han documentado la vida de las mujeres en el pasado y han aportado información relevante para poder crear una construcción histórica pertinente y comenzar a educar con la versión completa la historia que ya conocemos.

En cuanto al género, en la enciclopedia de ciencias sociales las feministas han empezado a emplear el término en un sentido más literal y serio como una forma de referirse a la organización social de las relaciones entre los sexos. En el campo gramatical se entiende que el género es una forma de clasificar fenómenos, un sistema convencional de distinciones más que una descripción objetiva de los rasgos inherentes al mismo.[3] Respecto a la nueva conceptualización del término género, han surgido criterios de significación histórica, se implementa la legitimidad de las narrativa acerca de las mujeres, así como la importancia general de las diferencias de género en la conceptualización y la organización de la vida social[4].

El surgimiento de las nuevas metodologías históricas establecieron, por un lado, "La historia de ellas" ofreciendo una nueva narrativa que mediante la recopilación de datos sobre las mujeres muestra su semejanza a cómo se hace con los sujetos históricos respecto a hombres; ya sea en acontecimientos políticos o introduciendo a las mujeres en las categorías históricas ya establecidas. Es un método que provee de pruebas históricas sobre las mujeres, utilizándose para desafiar el entendimiento de progreso y regresión. Este enfoque tiene un único fundamento en la agencia social de las mujeres, en el papel activo que tuvieron las mujeres en su historia, y aquellos aspectos de su experiencia como mujeres[5].

Por otro lado, "La historia social", de la mano con "Historia de ellas", ha impulsado el desarrollo y evolución de las mujeres en la historia, alcanzando gran relevancia. Esta corriente logró contribuir en las metodologías para la cuantificación, en la utilización de los detalles de la vida cotidiana y en los préstamos interdisciplinarios de la sociología, la demografía y la etnografía. Además, conceptualizó como fenómenos históricos las relaciones de familia, fertilidad y sexualidad, al tiempo que un desafío para la línea narrativa de la historia, tomando como temas de sus investigaciones los procesos sociales a gran escala, tal como se manifestaban en muchas dimensiones de la especie humana[6].

Haciendo énfasis en la historia del derecho, el marco jurídico de la Nueva España en el siglo XVIII era pensado y destinado para los hombres, sin permitir la participación social activa

---

[2] SCOTT WALLACH, Joan, *Género e historia* (1era edición, trad. de Consol Vila I. Boadas.- México FCE, Universidad Autónoma de la Ciudad de México 2008) II, 2008 s.I., p. 38

[3] VASSALLO, Jaqueline, cit. (n.1), p. 432.

[4] VASSALLO, Jaqueline, cit. (n.1), p. 432.

[5] SCOTT WALLACH, Joan, *Género e historia* (1era edición, trad. de Consol Vila I. Boadas.- México FCE, Universidad Autónoma de la Ciudad de México 2008) II, 2008 s.I., p. 38

[6] SCOTT WALLACH, Joan, cit (n. 4) p. 40

de la mujer y su involucración. Siendo el derecho un mecanismo opresor de la mujer. Bajo el orden de la iglesia católica, la mujer debía someterse en su papel de esposa y madre, de un modo excluyente mediante el control y avasallamiento de una figura masculina (ya sea el esposo, padre, sacerdote, hermano o alcalde). Limitando su participación a meras actoras de una parte del contrato matrimonial al servicio de la familia[7].

Para definir la capacidad civil de la mujer en el siglo XIX se alude a los primeros códigos civiles, en dónde en sus principios la delimitaban como sujetos de incapacidad de hechos relativa, asociadas bajo la potestad del hombre dentro del matrimonio[8]. La mujer no contaba con el derecho a la administración del patrimonio de la sociedad conyugal, así como ejercer la patria potestad de sus hijos; trabajar sin la autorización del esposo, así como abrir una cuenta bancaria, firmar contratos o participar en actos jurídicos[9]. La mujer al no tener derecho alguno para la realización de actos vio reducida su participación activa en la sociedad, lo que contribuyó a la invisibilización de la mujer en la historia.

Por todas estas razones, el objetivo de esta investigación es comprobar cómo la historia del derecho tradicional que conocemos ha sido escrita en clave androcéntrica y ha alcanzado también a los discursos existentes en torno a la figura femenina de las brujas. Considerando las reflexiones de autoras como Blanco, Cacciavillani & Vita, Scott, Vassallo, y Fabregat pretendemos realizar un análisis histórico jurídico desde otra perspectiva, la perspectiva de la mujer que históricamente no ha sido considerada.

A los fines de generar este cambio es sumamente relevante empezar a tomar en cuenta textos escritos por mujeres, sin dejar de advertir que por ser el género subordinado por tantos años hay varias razones por las cuales los trabajos de las historiadoras e historiadores feministas del derecho son recientes. Una de ellas y la más común, como comenta la autora Joan Scott, es que no existe un sustrato de personas lo suficientemente amplio e interesado en este tema tan complejo y controvertido, pues de haberlo este tema despertaría profundos debates y muy distintas opiniones. "Los historiadores feministas sienten estas tensiones de muchas maneras, quizás más agudamente cuando intentan identificar a un público potencial para sus trabajos; la naturaleza dispar de todo el público puede conducir al empleo de argumentos desiguales y confusos en ensayos y libros individuales, lo cual es imposible el tipo habitual ensayo sintético sobre el estado de este campo de estudio." [10] Es importante prestar atención a los textos escritos por mujeres que estaban viviendo en ese periodo de tiempo para poder sumar información a lo que ya conocemos y poder llegar a conocer la historia de una manera total y no parcial. **"**El hecho de escribir sobre las mujeres a lo largo de la historia implica, a la fuerza, si se quiere abarcar la experiencia personal y subjetiva de estas, además de sus actividades públicas y políticas, una redefinición y su ensanchamiento de las ideas tradicionales sobre la significación histórica, lo que puede implicar no sólo una nueva historia de las mujeres sino también una nueva historia.[11]**"** Como consecuencia del análisis histórico y androcéntrico del derecho, elaborado por hombres, se ha excluido desorbitadamente el estudio de la regulación que el derecho ha hecho de la mujer.

---

[7] BLANCO, Jacqueline; CÁRDENAS, Margarita, *Las mujeres en la historia de colombia, sus derechos, sus deberes*, (Universidad Militar Nueva Granada, 2009) pp. 143, 144.

[8] GIORDALDO, Verónica, *La sanción de la capacidad civil plena de la mujer en los países del cono sur,* (Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe (IEALC), Universidad de Buenos Aires) p. 25

[9] GIORALDO, Veronica, cit (n.8), p. 5

[10] SCOTT WALLACH, Joan, cit (n. 4) p. 35

[11] Citado en Joan Scott, John Higham, History (Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J 1965) p.6

Situación que se advierte especialmente en la enseñanza de la historia del derecho. Como ejemplo de la exclusión de temas abocados al estudio de la situación de la mujer proponemos el caso de la brujería. Consideramos que bajo la categoría de brujas se agrupa a mujeres que incumpliendo lo deseado por la iglesia y la sociedad, mostraron una figura diferente y frontalmente opuesta a la de la "mujer ideal". La bruja, como mujer no deseada, se dedicaba a practicar con hierbas medicinales y remedios peregrinos, lo que mostraba su vasto conocimiento y su independencia. Este tipo de enfoque ha sido poco tratado en la historia del derecho y en sus programas de estudio.

Para una comprensión del derecho libre de sesgos es fundamental que se incorpore el estudio de la regulación que el derecho ha hecho del cuerpo, la capacidad y la sexualidad de las mujeres. De esta manera se irán abriendo espacios a las mujeres para que puedan participar en su escritura, rompiendo los paradigmas y evitando la exclusión en el futuro.

II. Justificación del tema

¿Por qué hablar de la brujería para resaltar la importancia de la inclusión de género en la historia del derecho? Las brujas representan una figura importante del auge del feminismo, impulsando su independencia y autonomía, fuera de los paradigmas de la sociedad. Como consecuencia de su comportamiento fueron desestimadas socialmente. En la actualidad, hay un profundo silencio tanto en la cuestión de la historia de la brujería, como en la incorporación de género en la historia del derecho. Situación que difiere del estudio del género en la historia. Como ya se ha mencionado, no se aborda desde una cuestión histórica-jurídica, ni se implementa en estudios, sistemas educativos o manuales.

Haciendo hincapié en el motivo que se tenía para dar represión al grupo de las brujas, es interesante destacar que las brujas al no seguir lo socialmente establecido, lo que era determinado por la iglesia, se las empezó a asociar con el pecado y el diablo. En esta misma dirección se desarrolló la justificación de que la mujer puede ser un individuo más débil, dinámico y cambiante, tornándose más susceptible a cometer un pecado. En el siguiente apartado se hablará con claridad sobre estas cuestiones.

La caza de brujas resultó ser un recurso de estigma social (de manera pragmática), siendo un justificante de la desestimación social y odio, silenciando así a comunidades enteras[12]. Del mismo modo, en los interrogatorios, tanto a sospechosos como a miembros de la sociedad, se encontraba presente el uso de la fuerza, mediante la manipulación y la tortura.

Consideramos que el tema de la brujería es una vía para representar y transmitir la necesidad de la incorporación del género a la historia del derecho. La construcción de la bruja es un claro ejemplo de la estigmatización hacia un determinado tipo de mujer existente en la sociedad de entonces, representando el silencio de lo que ese movimiento significó. Con la incorporación del género no nos referimos solamente a citar autoras y mujeres como sujetos de la historia del derecho. Estamos en busca de una nueva forma de estudiar la historia del derecho propiciando el estudio de regulación que el derecho ha hecho de las mujeres. De esta forma

12 Ciolli, Karina Gabriela. "Silvia Federici (2010). Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria." *Revista Latinoamericana de Antropología del Trabajo* 2, no. 4 (2018). p. 289

consideramos que el estudio del derecho con perspectiva de género permitirá comprender la situación de las mujeres en perspectiva histórica con un evidente impacto en el presente.

III. La imagen de la mujer virtuosa

En primer lugar, se utilizará el texto "La perfecta casada" de Fray Luis de León, un religioso español y escritor, que mediante su obra, escrita en 1587, plasmó la imagen de la mujer perfecta para el matrimonio. Incluyendo en el texto desde una descripción detallada de la moral y las actividades que debe llevar a cabo las mujeres hasta las prácticas corporales de ellas[13]. Además, antes de dar comienzo a su introducción menciona "En que se habla de las leyes y condiciones del estado del matrimonio, y de la estrecha obligación que corre a la casada de emplearse en el cumplimiento de ellas" [14] mostrando la naturaleza de un discurso de imposición de ley. Siendo así, en base a sus descripciones y señalamientos, se construirá una representación y un perfil de esta idea de la mujer perfecta.

"Cuánto importa que las mujeres no hablen mucho y que sean apacibles y de condición suave"[15], a lo largo de la narración de su obra va describiendo en cada subdivisión la virtuosidad de la mujer en el matrimonio, estableciendo las obligaciones, comportamientos y deberes que debe de mantener, y lo que les corresponde a ellas. En la gran mayoría de sus líneas, las relata como individuos obedientes, dóciles y humildes, bajo la autoridad de su pareja, sin tener mayor autonomía que las actividades del hogar y la atención que se le debe de dar al marido.

Hablando sobre la vestimenta de la mujer menciona "De manera de vestir de la perfecta casada ha de ser conforme a lo que pide la honestidad y la razón" [16], siendo determinante de la clemencia de Dios. Todo vestido que use debe de ser santo, de la misma forma la intención que se pone como en la templanza con que se hace[17]. Refiere las prendas como determinantes de lo que lleva el alma de quien las porta, su honestidad, debiendo ser sencillo, con lo que se puede tejer y labrar en casa, sin llegar al exceso[18]. Además, en este mismo apartado reflexiona sobre la apariencia y la importancia de la limpieza, el cuidado de la belleza y el buen olor de la mujer. De allí que "feas y sucias … es la más aborrecible fealdad de todas" [19]. Y así continúa hablando de su maquillaje, la importancia de la lealtad a Cristo y a sus maridos, siendo este apartado uno de los más extensos y detallados de todos en su escrito.

En este relato resalta la idea de superioridad del hombre y la sumisión de la mujer, podemos deliberar que la misoginia era una cuestión concurrente y normalizada dentro de la obra contemplándose por la forma en la que expresa que la mujer debe de estar encerrada en casa y en silencio. El aspecto de la belleza era de gran importancia porque transmitía el temor de Dios, la pureza y básicamente, su validez como personas.

---

13 VIJARRA, René, *La representación del cuerpo en La perfecta casada de Fray Luis de León*, en Estudios de teoría literaria, (2019) año 12, núm. 15, p. 9

14 DE LEÓN, Luis, cit (n.13), p. 7

15 DE LEÓN, Luis, *La perfecta casada*, (Barcelona, 1587), p. 197

16 DE LEÓN, Luis, cit (n.13), p. 131

17 DE LEÓN, Luis, cit (n.13), p. 133

18 DE LEÓN, Luis, cit (n.13), p. 134.

19 DE LEÓN, Luis, cit (n.13), p. 139.

Considerando estos estándares de belleza se puede observar, que por su parte, las brujas simbolizan una imagen totalmente contraria a la que se manifiesta en "La perfecta casada" de Fray Luis de León, debido a que las brujas representan una figura de autonomía, sin la dependencia de un hombre. Además, por lo que la historia ha relatado, no daban el cuidado esperado a su apariencia física y de vestir. A esto se suma que no se ocupaban únicamente de las labores del hogar y del servicio de su esposo; al contrario, eran independientes. Esta independencia se advierte en la realización de exploraciones, ya sea científicas, de medicina alternativa, curaciones, entre otros. Esta idea será desarrollada a mayor profundidad en el apartado V, haciendo una comparación de estas dos figuras de mujeres.

IV. Brujería en la Nueva España

Para comenzar a adentrarnos en el tema focal de nuestra investigación debemos clarificar algunos conceptos indispensables para comprenderlo. Primero, abordaremos la magia puesto que hay mucha confusión ya que muchas veces es tomado como algo fantástico o fuera de la realidad. En este contexto la magia se refiere "al conjunto de recursos destinados a conseguir poderes extraordinarios con la voluntad de dominar o controlar la naturaleza, a través del principio de simpatía o repulsión de unos objetos respecto a otros.[20]" Se dice que las brujas utilizaban esta magia mediante arreglos con el demonio, el enemigo de la religión cristiana.

Los conceptos de brujería y hechicería, quedaron englobados bajo el de superstición. La brujería y la hechicería serían diferenciadas por la presencia del diablo a través de un pacto como recurso de mediación, en el primer caso, y la ausencia de dicho pacto en el segundo. Por otro lado, el discurso popular diferenció brujería y hechicería no por la intervención demoníaca sino en función del instrumental utilizado. La hechicería utilizaba materiales empíricos y la brujería, en cambio, se valía esencialmente de la imaginación y sugestión, en muchos casos a través de hierbas, ungüentos o alucinógenos.[21]"

Es importante mencionar que el concepto de la brujería se basa en cuatro aspectos básicos, siendo estos: el pacto con el diablo, el aquelarre, los vuelos, y por último, las metamorfosis. El primero se refiere a que las brujas prometen al diablo cierto culto o adoración: "esta idea puede encontrarse en los escritos de San Agustín, pero no se difundió por Europa Occidental hasta el siglo IX, cuando se tradujeron al latín diversas leyendas referentes a dichos pactos. En éstos, la parte humana establecía un acuerdo similar a un contrato legal según el cual el diablo proporcionaba salud u otra forma de poder terrenal a cambio de servicios y la potestad sobre el alma después de la muerte."[22]

El pacto con el diablo era una promesa de por vida por parte de estas mujeres que establecen una alianza especial con él. Se caracterizaba por una cosa, la posesión del cuerpo, ya que los rituales que se hacían eran corporales o implicaban algún tipo de acto sexual; se dice que "estas mujeres comenzaban a mirar, usar, vivir y mover su cuerpo de una forma particular, una forma completamente distinta a como lo hacía la mayor parte de las demás mujeres." [23]El aquelarre, a muy grandes rasgos, se refiere a cultos colectivos que las brujas rendían rendían al

[20] ARMENGOL, Anna. Realidades de la brujería en el siglo XVII: entre la Europa de la Caza de Brujas y el racionalismo hispánico. *Revista electrónica de Historia Moderna*, 2003, vol. 3, no 6.
[21] ARMENGOL, Anna, cit (n.17) p. 3
[22] ARMENGOL, Anna, cit (n.17) p. 3
[23] Rosello Soberon, cit (n.26) p. 5

diablo. Estos ritos eran obscuros, inmorales, y obscenos. "El aquelarre europeo posee características que provienen de la influencia del cristianismo medieval. La fuerte insistencia en los aspectos eróticos de éste deriva de la actitud desfavorable de la Iglesia medieval y moderna hacia el sexo."[24] Otro de los aspectos es el relacionado a los vuelos que supuestamente estas brujas hacían. Armengol menciona que "de todos los medios de transporte de las brujas el más citado es la escoba, ya que representa un principio del sexo femenino y muestra, por tanto, la preponderancia de las brujas sobre los brujos".[25] Con esto se entiende que había un mayor porcentaje de brujas mujeres que hombres; también más adelante la autora menciona que hay algunos casos en donde las brujas se untaban ungüentos antes de volar. Se entiende que estos podrían contener algún efecto alucinógeno para hacerlas fantasear y creer que estaban volando, pero en realidad era sólo una ilusión. "Los ingredientes enumerados en las recetas para estos ungüentos han demostrado que contenían antro piñas y otros tóxicos que, en contacto con la piel pueden producir una gran euforia, fantasías y sueños vividos" [26]

Por último, deseamos destacar la metamorfosis, que es la práctica menos conocida dentro de las cuatro previamente mencionadas porque esta práctica no fue aceptada por los intelectuales y los estudiosos de la época, si bien se dice que "en algunas zonas de Europa se juzgaron y sentenciaron como brujas a varios lobos"[27]

En este punto es necesario describir el personaje protagonista de esta investigación: la bruja. La mayoría de las brujas, como mencionamos anteriormente, eran del sexo femenino. El sexo femenino al ser tomado como el inferior habilitaba a que las mujeres fuesen "consideradas moralmente más débiles más carnales y más sexualmente inmoderadas y en consecuencia sucumbia más fácilmente a la tentación al diablo"[28]. También se sabe que la mayoría de las brujas eran de una edad avanzada. "Por lo que se refiere a la edad, el estereotipo de la bruja sería el de una mujer vieja; la mayoría tenían más de cincuenta años. Entre las razones que podrían explicar la supuesta edad avanzada encontraríamos el hecho de que fueran procesadas cuando las sospechas habían ido aumentando durante años. No obstante, esto no resulta incompatible con la idea de la bruja movida por el deseo sexual, pues se creía que el diablo aparecía a las futuras brujas en forma de un joven atractivo".[29]

Muchas veces las brujas eran mujeres viudas y de un estrato social relativamente bajo, siendo parteras, comadronas o cocineras; y estas actividades que realizaban les permitían poder actuar de manera nociva respecto de la salud de las personas. "Las brujas formaban parte de los estratos más bajos de la sociedad, por lo tanto estaban más dispuestas a recurrir a la venta de curas mágicas con la intención de sobrevivir, a utilizar la brujería como medio de venganza y a pactar con el diablo para mejorar su situación económica."[30]

Es importante mencionar la relevancia de reflexionar sobre por qué estas mujeres eligieron ser independientes y no optaron por tomar el camino que muchas otras mujeres

---

[24] ARMENGOL, Anna, cit (n.17) p. 3

[25] Op. Cit., p. 3

[26] Op. Cit., p. 4

[27] MONTER EDWARD, William, *Witchcraft in France and Switzerland: The Borderlands during the Reformation,* (Ithaca, Cornell Univ. Press, 1976.) p 51-144.
citado en ARMENGOL, Anna, "Realidades de la brujería en el siglo XVIII: entre la Europa de la caza de brujas y el renacimiento hispánico", *Revista electrónica de Historia*, Moderna, 2003, vol. 3, no 6.

[28] ARMENGOL, Anna, cit (n.17) p. 5

[29] Op. Cit., p. 5

[30] Op. Cit., p. 5

tomaron: el de la castidad y la represión corporal y sexual. Puesto que esto era lo que les dictaba la religión y así era regulada la sociedad, por el contrario las brujas eligieron una identidad en donde el elemento corporal y sexual se explotaba, asumiendo su autonomía e independencia como mujeres libres. Por ello fueron consideradas brujas. Igualmente existían otras mujeres que decidían hacer uso de su libre albedrío y vivir bajo sus propias reglas e igualmente eran rechazadas por la sociedad, como por ejemplo las madres solteras, concubinas etc[31]. "Son muchos los autores que han señalado la función social que tuvieron las brujas en comunidades que requerían de chivos expiatorios a quienes culpar de todos los males colectivos. Son menos, en cambio, los autores que han hablado de cómo, más allá de las necesidades psicológicas, culturales y sociales satisfechas por estos personajes femeninos, el ser de las brujas también obedeció a los intereses, deseos y preocupaciones de las propias mujeres que, por diversos motivos, eligieron identificarse como tales."[32]

Pero ¿Quiénes eran estas mujeres que buscaban al elegir, y subrayo el fenómeno de la elección, esta identidad tan apartada del modelo de mujer ideal promovido por las autoridades civiles y religiosas?[33] Hay testigos que hablan sobre cómo la brujería de la Nueva España estaba inspirada en una tradición medieval, y que las prácticas por las cuales estas brujas eran castigadas primordialmente constaban de ritos y costumbres personales de estas mujeres muchas veces estas eran practicadas en privado e involucran el cuerpo de la mujer. Aunque estas mujeres también cometieron prácticas como "enfermar a sus vecinos, inhibir el deseo entre los esposos, atentar contra la fuerza viril de algún vecino, etc."[34] A las autoridades lo que más les importaba era que la mujer tomara cierta independencia de su cuerpo y lo tratara como suyo.

La razón por la cual esto sucede es una concepción del cristianismo en donde existe una relación intrínseca entre el cuerpo y el alma "para la cultura medieval sobre todo para la cultura medieval a partir del siglo XIII, esta estrecha relación se plasmada en el hecho de qué el cuerpo de las personas reflejaba su calidad moral" [35] También en estas costumbres mientras más reprimido estaba el cuerpo de una mujer tenía más posibilidad de alcanzar una vida eterna y una salvación. Esta visión del cuerpo se enfocaba únicamente en el cuerpo femenino ya que de acuerdo con las teorías médicas filosóficas y teológicas medievales "el cuerpo de la mujer denotaba una naturaleza cambiante movediza y movible por lo que hacía proclive a pecar, el cuerpo femenino era un cuerpo inestable que solía sufrir cambios entre los que se encontraban por ejemplo abrirse transformarse o mudar en forma" [36] Razón por la cual las mujeres debían ser vigiladas especialmente.

Con afán de regular reglamentar y detener a estas brujas se creó un manual en Alemania por dos frailes dominicos llamado el Malleus Maleficarum. Dentro de esta compilación de reglas se intentaba "orientar a sus lectores y orquestar la eficaz persecución y el efectivo aniquilamiento de sujetos tan amenazantes para el orden de la sociedad"[37] En el capítulo tres de este documento se advierte una insistencia muy sorprendente por parte de los autores sobre la existencia real de

---

31 Roselló Soberón, Estela. "El cuerpo de las brujas en la Nueva España: herencia de una identidad femenina medieval." (2015).

32 Op. Cit., p. 5

33 Op. Cit., p. 4

34 Rosello Soberon, cit (n.26) p. 4

35 Op. Cit., p. 5

36 Op. Cit., p. 5

37 Rosello Soberon, cit (n.26) p.1

las brujas como personas fanáticas y supersticiosas. Con el paso del tiempo el manual llegó a la Nueva España y se empezaron a ver denuncias por brujería y superstición. Estas denuncias se llevaban ante el Tribunal Del Santo Oficio para ser juzgadas[38] "Este tribunal, creado en la Edad Media para perseguir a los herejes albigenses, siguió haciéndolo en la península, acosando ahora a los practicantes de religiones proscritas que seguían fieles a su fe ancestral a pesar del bautismo cristiano y, más tarde, a los protestantes y más ampliamente, a cuantos se alejaban de la ortodoxia."[39]

En la Nueva España existen varios casos que hablan de diferentes mujeres con sospechas y denuncias ante el tribunal del Santo Oficio por brujería y superstición. A continuación hablaremos de un caso que puede sustentar la existencia de las brujas en la colonización novohispánica, estamos hablando del caso de Catalina González una partera de ascendencia mulata que es recordada por varias denuncias de mujeres parturientas. Catalina González tiene un total de seis denuncias en su contra. Era una mujer viuda de alrededor de 40 años, fue acusada por varias mujeres por superstición, había una práctica que la caracterizaba y esta fue el motivo de todas sus denuncias. Lo que ella hacía era que a las mujeres que estaban a punto de parir les "quitaba las reliquias", esto se refiere a quitar cualquier tipo de amuleto crucifijo escapulario o colguijes religioso del cuello de la mujer que estaba apunto de parir siendo esto una transgresión a la religiosidad.

Otra cosa de las que se le acusan a Catalina González es por usar una achinela, una flor que se colocaba en el vientre para que la parturienta pudiera arrojar las partes (estás siendo la placenta y todos los restos del parto). Por último, la acusaban de uso extraño de objetos en sus labores como tierra, los quicios de las puertas, dar a las paridas diferentes bebidas, etc.[40] Además del caso de Catalina hay bastantes casos que se pueden consultar con referencia a las prácticas de brujería y superstición en la Nueva España. El fenómeno de la brujería fue un tema que tenía a la sociedad aterrorizada y a los crisianos enfurecidos.

V. La figura de la bruja dentro de la sociedad

A continuación se hará contraste de este fenómeno, por un lado se utilizará la descripción de la mujer ideal que se ha abordado en apartados anteriores, siendo la figura femenina socialmente aceptada y que la iglesia buscaba que prevaleciera; por otro lado, se presentará una caracterización de una bruja. Esto con la finalidad de mostrar la disimilitud entre ambas. Es importante recordar que era de gran importancia para las autoridades que se mantuviera la imagen de la mujer intacta, que al no ser cumplida, podía justificar la desestimación de ellas mediante su consideración como bruja. Como observamos anteriormente la bruja se caracterizaba por una autonomía y soberanía en todos los aspectos de la vida pero especialmente en su cuerpo y sexualidad. Lo que generó comportamientos iban en contra de cualquier deber ser de la sociedad en esa época.

Gracias a los documentos inquisitoriales que hablan sobre las brujas en la Nueva España, como las denuncias, procesos judiciales y declaraciones, se han podido registrar parte del

[38] Alberro, Solange. "Herejes, brujas y beatas: mujeres ante el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la Nueva España." *Presencia y transparencia: la mujer en la historia de México* (1987): 79-94.

[39] Alberro Solange, cit. (n. 33), p. 3

[40] Baena Reina, Fuensanta, *NEGRAS Y MULATAS EN EL NOROESTE DE NUEVA ESPAÑA: la transgresión de la norma entre las parteras de San Miguel de Culiacán*, Revista Brasileira Do Caribe, vol. 17 (2016) núm. 33, pp. 37-51

comportamiento, aspecto físico y costumbres que caracterizaban a las brujas. Estela Roselló en su escrito *El cuerpo de las mujeres en la Nueva España: Herencia de una identidad femenina medieval* considera que estos documentos y procesos inquisitoriales hacen manifiesto de testigos que siguen muy de cerca la tradición medieval[41]. Razón a esto, menciona que en su mayoría las acusaciones hechas contra este grupo de mujeres trataban sobre atentar la fuerza viril de conocidos, de inhibir el deseo, de enfermar vecinos. Lo que resulta interesante haciendo reflexión a estas denuncias, es que las propias brujas no son las que eran temidas, sino sus acusaciones y actos.

Siguiendo su descripción, establece a las brujas como las mujeres que, dentro de la sociedad tomaron como elección una vida ejercida bajo su libre albedrío, tomando de sus propias decisiones (dentro de sus posibilidades) de la vida que ellas quisieran llevar; teniendo presentes los principios de autonomía, autoconciencia y autodeterminación [42]. Siendo las brujas personas que sin estar poseídas o tener algún espíritu maligno, buscaban crear un camino alterno.

En cuanto a su aspecto físico, son mujeres que usaban su cuerpo de forma peculiar en sus reuniones secretas, contaban con marcas o señales en su cuerpo[43]. En los documentos inquisitoriales se menciona concurridamente que sus cuerpos además de tener impreso el estigma diabólico, podían ser de la forma de paloma, para elevarse y volar, igual podían convertirse, tornando su apariencia en múltiples objetos.

Haciendo contraste de esta idea de mujer frente a la imagen de la virtuosidad en el matrimonio desarrollada en el punto III, las brujas son sujetos independientes, con toma de sus propias decisiones. Sobre la cuestión social, puede observarse de forma clara, que las brujas son muy distintas y están muy lejos de lo deseado o aceptado para la mujer dentro de la sociedad, no siguen con los estereotipos. Por lo tanto, además de ser consideradas como pecadoras y contrarias a la iglesia, puede entenderse por qué fueron excluidas e impugnadas; tomando en cuenta, que por la misoginia presente, era de suma importancia el buen comportamiento y la sumisión de la mujer.

VI. Conclusión

A modo de conclusión, queremos manifestar las razones por las cuales hemos querido abordar en específico la problemática existente en torno a la brujería y a nociones conexas a ésta como la del género o la de la mujer ideal en la cultura católica. Concentradas en el fenómeno de la brujería, consideramos que estos tres conceptos están intrínsecamente vinculados y corresponde su tratamiento en una propuesta como ésta. Con este objetivo, más allá de la mirada que nos ofrecía el Derecho, hemos rescatado la denostada imagen de la bruja para mostrarla como una mujer con criterio propio, autónoma, independiente, resiliente y que vivía al margen de lo establecido tomando sus propias decisiones y sin caer en la "debida obediencia" ante ningún esposo o autoridad civil o religiosa. Razón por la cual estas mujeres fueron estigmatizadas por la sociedad de su tiempo, perseguidas en ocasiones hasta enjuiciadas por la Iglesia bajo el pretexto de ser impuras, obscenas, hacer uso de su cuerpo y llevar a cabo prácticas "oscuras" en favor del demonio.

41 Roselló Soberón, cit. (n. 17), p. 98
42 Roselló Soberón, cit. (n. 17), p. 100
43 Roselló Soberón, cit. (n. 17), p. 102

Por otro lado, se presentó la imagen de la "perfecta casada" retrata Fray Luis de León, en sintonía con el discurso establecido por la Iglesia Católica para las mujeres unidas en matrimonio. De ellas se decía que tenían el alma pura, y que eran mujeres dignas y que alcanzarían "la vida eterna". Bajo nuestra premisa, aquella sociedad las oprimía situándolas en una posición de subordinación hacia la figura de su marido, al que debían complacer y satisfacer como la primera de sus obligaciones conyugales. Como hemos podido comprobar, sus necesidades, inquietudes, anhelos y su desarrollo personal quedan relegados y son considerados como una cuestión claramente marginal; sin relevancia alguna. Era esta disyuntiva y esta diferencia en el trato según qué identidades femeninas se tratara, una de las miradas más interesantes que nos permitía desarrollar este trabajo.

Por supuesto, este texto no es más que una aproximación preliminar a la cuestión expuesta. Un punto de partida que tomamos como pretexto para invitar a las lectoras y lectores de este foro a un espacio de reflexión conjunta y multidisciplinar sobre la identidad femenina en la Historia del Derecho. También, por qué no, para establecer comparativas sobre las categorías asignadas a las mujeres del pasado y su contraste con las identidades masculinas por entonces en juego. La brujería se muestra ya, pues, no solo como un tema atractivo y sugerente, sino como una fantástica propuesta para dar luz a la falta de perspectiva de género en la historia del derecho.

Referencias bibliográficas

ALBERRO, Solange, "Herejes, brujas y beatas: mujeres ante el Tribunal del Santo Oficio de la inquisición en la Nueva España", *Presencia y transparencia: la mujer en la historia de México* (1987): pp. 79-94.

ARMENGOL, Anna, "Realidades de la brujería en el siglo XVIII: entre la Europa de la caza de brujas y el renacimiento hispánico", *Revista electrónica de Historia*, Moderna, 2003, vol. 3, no 6.

BAENA REINA, Fuensanta, "Negras y mulatas en el noreste de la Nueva España: la transgresión de la norma entre las partes de San Miguel de Culiacán", *Revista Brasileña Do Caribe*, vol. 17 (2016) núm. 33 , pp. 37-51.

BLANCO, Jacqueline; CÁRDENAS, Margarita, *Las mujeres en la historia de colombia, sus derechos, sus deberes*, (Universidad Militar Nueva Granada, 2009).

CACCIAVILLANI, Pamela VITA, Leticia, *La argumentación y el litigio judicial sobre derechos sociales una caja de herramientas interdisciplinaria,* (1era edición,.-Ciudad Autónoma de Buenos Aires,Ediciones Z, 2021)

CIOLLI, Karina Gabriela, "Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación ordinaria", *Revista Latinoamericana de Antropología del Trabajo*, no. 4, 2008.

DE LEÓN, Luis, *La perfecta casada*, (Barcelona, 1587).

FABREGAT, VELO, Elizabet, "Una aproximación al estudio de la represión sobre las mujeres durante el Franquismo desde Historia del Derecho: las juzgadas en el Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas.", Revista de historia 26, (2020) núm. 1 , pp. 54-79.

MONTER EDWARD, William, Witchcraft in France and Switzerland: The Borderlands during the Reformation, (Ithaca, Cornell Univ. Press, 1976.) p 51-144. citado en ARMENGOL, Anna, "Realidades de la brujería en el siglo XVIII: entre la Europa de la caza de brujas y el renacimiento hispánico", Revista electrónica de Historia, Moderna, 2003, vol. 3, no 6

ROSELLÓ SOBERÓN, Estela. "El cuerpo de las brujas en la Nueva España: herencia de una identidad femenina medieval." (2015).

SCOTT WALLACH, Joan, Género e historia (1era edición, trad. de Consol Vila I. Boadas. - México FCE, Universidad Autónoma de la Ciudad de México 2008) II, 2008 s.I.

VASSALLO, Jaqueline, *¿Es posible hacer historia del derecho desde una perspectiva de género?*, (Brasil, 2009, p. 427 - 437)

VIJARRA, René, "La representación del cuerpo en La perfecta casada de Fray Luis de León", *Revista de Estudios de teoría literaria*, año 12, núm. 15, 2019.

LA REVOLUCIÓN FRANCESA; LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBREY DEL CIUDADANO Y SU APORTE EN LA CREACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOSDERECHOS HUMANOS*

[*The French revolution; declaration of the rights of man and ofthe citizen and its contribution to the creation of the human rights doctrine*]

Catalina Araya Díaz[1]
Universidad de Santiago de Chile

Resumen:

En este artículo se analizará cómo la Revolución Francesa y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano dictados el 26 de agosto de 1789 han influido en la construcción y formación de la doctrina de los derechos humanos, consagrada en la Declaración Universal promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en Paris, mediante un exhaustivo análisis en como dichos antecedentes han sido pioneros en la consagración de derechos mediante la positivación de estos para así poder comprender su gran impacto que ha tenido en el catálogo actual.

Palabras claves: Revolución francesa – constitución – derechos humanos- derechos del hombre-ciudadano

Abstract:

This paper will analyze and study how the French Revolution and the declaration of the rights of man and the citizen issued on August 26, 1789 have influenced the consacration of the doctrine of Human Rights, enacted in the General Assembly of the United Nations on December 10, 1948 in Paris. through an exhaustive analysis of how these antecedents have been pioneers in the consecration of rights through the affirmation of these in order to understand its great impact that it has had on the current catalog.

Keywords: French revolution – constitution – human rights – man rights – citizen.

I. Introducción

La Revolución Francesa fue un fenómeno político, social, cuyos episodios más notables acontecieron entre 1789 y 1804. Desde el punto de vista de la historiografía tradicional, el sucesoque habría dado inicio al proceso revolucionario habría sido la toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789.

---

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[1] Estudiante de cuarto año, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Chile. Dirección electrónica: catalina.araya.d@usach.cl

Aquel día, un numeroso grupo de habitantes de la ciudad de París asaltó la fortaleza utilizada por la monarquía como prisión y arsenal, erigiéndose en un símbolo del poder real en la ciudad. Este alzamiento del pueblo francés y soldados disidentes a la monarquía provocó un antes y después en la Francia; fue el comienzo de uno de los periodos más sangrientos, violentos, pero asimismo rindió algunos de los principios jurídicos más notables, los cuales repercutieron en buena parte del mundo, y en cuya influencia sigue siendo relevante hoy en día.

En general, se ha concluido que uno de los detonantes principales de la revolución habría sido el abismante descontento que existía en buena parte de la población con sus gobernantes y con su inacción frente a la suma de problemáticas económicas y sociales que agobiaba a la población en aquella época. Francia pasaba por una crisis económica terrible, los derechos de buena parte de la población francesa estaban coartados por la existencia de un sistema de organización social de carácter estamental y por las lógicas políticas propias de una monarquía absoluta. Por otra parte, las diferencias en el pago de tributos eran abismante, siendo mucho más brutales para los sectores populares, afectados por una seguidilla de malas cosechas, lo que había ocasionado un alza sostenida en el costo de la vida, especialmente de los alimentos. Por otra parte, la burguesía mercantil y citadina, pugnaba y reclamaba por espacios de acceso al poder político, un asunto que consideraban necesario y acorde a su poder económico, entre otras.

Así las cosas, aquel 14 de julio de 1789, elementos rebeldes del ejército real y una poblada de opositores al régimen, tomaron la Bastilla, liberando a los pocos prisioneros que se encontraban dentro de la fortaleza y tomaron la artillería que se encontraba ahí. Fue un hecho sumamente importante, ya que la caída de la Bastilla, símbolo del poder real en la ciudad de París, implicaba que la monarquía no era invulnerable. Ante la amenaza, Luis XVI, ordenó la movilización de tropas alrededor de la capital francesa, marcando un antes y después en las relaciones entre la nación y su monarca, ya que las acciones del rey parecían erigirse en una clara respuesta de que el régimen absolutista se encontraba en una gran desventaja, viéndose indeciso en las decisiones que estaba tomando. Este fue el principio del fin de un régimen que había fracasado y comenzaba el surgimiento de un nuevo periodo en la Francia del siglo XVIII[2]

Uno de los signos más claros de los cambios que sobrevinieron en la monarquía francesa, más por el peso de los hechos que por su propia decisión, fue la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la cual se contemplan ciertas bases ideológicas que dieron un rumbo distinto tanto al derecho como a la política en Francia, posicionándola como una de las primeras naciones en cristalizar dichos derechos en un catálogo. Cabe señalar que dentro de esa declaración, es uno de sus artículos el que marcará un claro quiebre en el orden establecido; el primero de la Declaración de 1789, el que dicta que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común"[3]. Siendo abruptamente distinto a como se concebía el concepto de libertad, derechos y distinción social en la monarquía francesa, en cambio de aquí en adelante comienza una positivización de derechos tal como la libertad, la propiedad, seguridad y la resistencia a la opresión, como lo menciona el artículo segundo de la declaración de 1789[4]. Por otra parte, en dicha declaración se hace mención sobre las detenciones ilegales, encarcelamientos y acusaciones fuera de lo que dicta la ley, específicamente en su artículo séptimo cual dicta lo siguiente: ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar ordenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la ley debe obedecer inmediatamente (…)[5]. Permitiendo la regularización del uso de las fuerzas del rey en aquel entonces

[2] MARTIN, Jean-Clément. La Revolución Francesa: Una nueva historia. (crítica, 2013). p. 184

[3] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 1

[4] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 2

[5] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 7

pero al mismo tiempo consolidando un antecedente en la discusión sobre el uso de las fuerzas militarizadas y policiales, asimismo siendo una influencia en la declaración delos derechos humanos, viéndose reflejado en los artículos quinto, séptimo, octavo, noveno, entre otros.[6] Por otra parte, entre los grandes avances jurídicos posteriores a la Revolución Francesa son la carrera constitucionalista, la positivación del Código Civil, permitiéndose estos textos ser de gran influencia para otras naciones e influir en ellas en su proceso de construcción jurídica e institucional.

Si bien, sabemos que aparte de Francia hay varias naciones más que lograron un exitoso proceso de constitucionalización y de codificación, cuales perduran hasta el día de hoy, pero lo que ha destacado del proceso francés es que este fue uno de los pioneros en esta lucha política de emancipación ciudadana y asimismo en los avances jurídicos e institucionales, tales como la creación del Código Civil francés, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración de los Derechos de las Mujeres y de la Ciudadana[7] y sus posteriores constituciones[8].

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, lo que nos concierne a estudiar es el hecho de cómo influyeron la Revolución Francesa, sus textos jurídicos y la primera declaración de derechos; los del hombre y del ciudadano. En la posterior creación y Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada coincidentemente en París, el 10 de diciembre de 1948[9]. asimismo, como ciertos hechos históricos potenciaron la transformación de los derechos ya conocidos.

II. La Revolución Francesa y su impacto ideológico

1. Antecedente de la Revolución Francesa

Como es sabido, la Revolución Francesa no es un acontecimiento que surgió de la nada, sino que proviene de una acumulación de distintos factores cuales acomplejaban y afectaban directamente al estamento más bajo de la jerarquía social francesa, a los denominados; tercer Estado. Este estamento es uno de los principales precursores en llevar a cabo la realización delos hechos cuales denominamos Revolución Francesa, pero como mencionamos anteriormente, todo esto tiene una razón de ser.

En la Francia de los siglos XVII y XVIII se vivía bajo un sistema absolutista, en el que el poder se concentraba en la figura del rey[10], Este modelo político con el cual contaba Francia, coexistía con un sistema arcaico de organización social y jurídica basado en estamentos, encontrando su raíz histórica en los regímenes feudales de la Europa medieval. Este orden social y jurídico se caracterizaba por la existencia de un orden jerárquico de las posiciones que ocupaba cada individuo en la sociedad, es decir, cada ser humano tenía un rol predeterminado por ciertas cualidades, siendo muchas de ellas definidos por un derecho divino[11] -por no decir todas-.

La organización estamental del régimen feudal consta de una pirámide; en la cúspide se encuentra su majestad el rey, lo sigue el clero en conjunto con la nobleza y al final de dicha pirámide encontramos al tercer Estado, donde podemos encontrar a la burguesía. Cuando hablamos de la burguesía, es necesario hacer hincapié que el concepto cual conocemos hoy en día

---

6 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948

7 OLYMPE DE GOUGES, *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*. (1791)

8 Constitución Francesa (1791), Constitución Francesa (1793), Constitución Francesa (1795), Constitución Francesa (1799)

9 Asamblea General de las Naciones Unidas. Cit (n. 6)

10 PANTOJA MORÁN, David. *La Asamblea Nacional Francesa de 1789-1791 y la invención de la Constitución*. (1ra edición, Ciudad de México, instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2017) p. 11

11 PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 11

es distinto a la burguesía francesa de aquellos tiempos. Durante el periodo prerrevolucionario, la burguesía en Francia tenía cierto poderío económico, pero este no se veía reflejado en el ámbito político ni social, al menos con la intensidad que le hubiese gustado tener a los burgueses de la época. Empero, se veían de igual forma afectados que el resto del llamado "Tercer Estado" por la mala administración de la corona, ya que no contaban con beneficios políticos ni libertades adicionales. La única diferencia trascendental, estaba dada por su situación económica más acomodada. Sin embargo, el que la burguesía no contase con una gran influencia política prerrevolucionaria ya que su posición en los estamentos no se lo permitía no significa que no haya tenido un rol importante a lo largo de los siglos, permitiéndose ser precursora de grandes cambios a lo largo de la historia, no siendo excluyente la Revolución Francesa. Esta contaba con una distinción con los demás integrantes del Tercer Estado -campesinos y artesanos- por tener una situación económica más acomodada, además de contar con oficios y profesiones bien remuneradas, estas les permitieron poder acceder a un mayor grado de educación siendo así los mayores conocedores de los postulados de la Ilustración siendo capaces de desgarrar los velos emotivos y sentimentales que envolvían (…) y puso al desnudo la realidad económica de las relaciones familiares[12].

Retomando por otra parte, las causas del descontento de la población francesa es que, como se vivía en una sociedad estamental, aquellos que se encontraban en la cúspide tenían más beneficios para gozar. El clero y la nobleza se veían exentos del pago de impuestos potenciando aún más la crisis financiera y económica por el cual estaba pasando Francia en aquel momento, siendo el tercer Estado el único responsable de proporcionar un sustento económico a la corona.[13]

Otro punto que cabe mencionar como antecedente, cual es de suma importancia es cómo se administraba justicia en dicha época. Como los integrantes del clero y la nobleza contaban con ciertos beneficios, al momento de verse enfrentados a algún procedimiento judicial, estos no se veían amedrentados por la posibilidad de ser sujetos a algún tipo de apremio físico o tortura, en cambio los franceses comunes se veían enfrentados a un procedimiento criminal sumamente bárbaro, como se veían exento de privilegio alguno, eran sometidos a penas severas y dolorosas[14].

Como se mencionó anteriormente, el hecho de que los únicos encargados de tener que pagar tributo al rey fueran los miembros del Tercer Estado[15] y asimismo como los impuestos fueron aumentando cada vez más, esto condensó un descontento que fue en aumento cuando los tributos empezaron a ser usados principalmente para gastos en la corte real y de una burocracia que se mostraba inútil para resolver los padecimientos de la población general[16].

Finalmente, la llegada de las ideas ilustradas a la Francia del siglo XVIII, un periodo bautizado con el nombre de *Siglo de las Luces*, brindó a los burgueses, entre ellos distintos filósofos, científicos, escritores, juristas, en definitiva sujetos letrados, nuevas visiones en términos de organización política, social, económica, cultural, artística, etc.[17]. estableciendo así planteamientos ideológicos para la construcción de un régimen completamente distinto a cuáll os franceses estaban acostumbrados, ya que dichas ideas eran totalmente opuestas al régimen que gobernaba Francia en ese entonces, porque uno de los postulados estrella de dicho movimiento es la gobernación mediante distintos poderes estatales[18].

Estas ideas se veían integradas por postulados secularistas, racionalistas, pragmatistas, idealistas, etc., centrados en la igualdad, libertad, seguridad y en la propiedad. completamente ajeno

---

[12] HOBSBAWM, Eric, *Las revoluciones burguesas*, (Barcelona, Editorial Labor, 1987) y SOBOUL Albert, *Compendio de la Historia de la Revolución Francesa*, (Madrid, Tecnos, 1966).

[13] H. ZORRILLA, Rubén. *La Revolución Francesa*, en revista Libretas (1991) pp.1 - 24

[14] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 12

[15] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 13

[16] H. ZORRILLA, Rubén. Cit (n. 13) pp. 1-24

[17] H. ZORRILLA, Rubén. Cit (n. 13) pp. 1-24

[18] MAYOS, Gonçal. *La ilustración*. (1ra edición, Barcelona, editorial UOC, 2007) p.44

a lo que el sistema político de ese entonces les permitía[19] ya que vivían sumidos en un absolutismo político donde el ordenamiento social se veía establecido por una sistema de estamentos, limitando completamente la libertad política, patrimonial y económica de algunos sectores del Tercer Estado, por ende, al momento de conocer que podía existir otro tipo de organización social, económica y política, se vieron envueltos en la necesidad de exigir esto comosuyo y aplicarlo en la organización gubernamental francesa.

2. Bases ideológicas de la Revolución Francesa

A raíz de la precaria situación que se vivía en Francia, nació un movimiento cual fue clave para el desarrollo de este alzamiento; la Ilustración.

Este fue un movimiento intelectual, ideológico, social, académico y científico[20], que postulaba que el ser humano, como sujeto se veía envuelto por un velo, en una neblina de ignorancia, y solo mediante una revelación del conocimiento y razón, se disipaba la envolvente ignorancia de la que adolecía el hombre. Asimismo, aquellos que pertenecían a los estratos socioeconómicos más bajos, eran los que menos oportunidades tenían para poder acceder al conocimiento, y los filósofos de las "luces" denunciaban su incapacidad de discernir sobre su realidad, de poder cuestionar su el entorno que los rodeaba, y solo la Ilustración podía salvar la distancia entre ellos y su emancipación. Así lo menciona Immanuel Kant cuando se refiere a la ilustración, Kant llega a la conclusión de que la ilustración es "la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligenciasino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro"[21]. Asimismo para Hegel es una espléndida aurora, es el entusiasmo del espíritu[22]. Por otra parte, Robespierre menciona que es la base ideológica de la Revolución Francesa[23].

En concordancia con lo anterior, la Ilustración se contempla entre los autores de dicho periodo conocido también como el "siglo de las luces"[24] como una inmolación de los valores preconcebidos, una disposición moral[25] en donde todo lo preconstituido por los hombres esta erróneo en respecto a las libertades preconstituidas antes de la revolución. Pichot-Bravard[26]citado por Alveal, menciona que lo destacable de la Revolución Francesa es que aquella descarta toda idea de restauración de las libertades tradicionales, además expone que el racionalismo como concepto exige que el hombre revolucionario disponga de todo, es decir, la sociedad debe ser reconstruida desde cero[27].

Las ideas que tuvieron más revuelo entre los varios postulados en los textos ilustrativos,

---

[19] ALPONTE, Juan María. Lecturas filosóficas (La lucha por los derechos humanos y el Estado de Derecho) (2ra edición, México, Biblioteca jurídica virtual, 2017) p. 96

[20] I. ISRAEL, Jonathan. La Ilustración radical. (1ra edición, traducción de Ana Tamarit, Ciudad de México, editorial fondo cultural económica, 2012) p. 22

[21] Immanuel Kant, "Qué es la Ilustración?, en Foro de Educación, n.º 11, 2009, pp. 249.

[22] ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la "Declaración" Francesa de 1789* (Santiago, Revista del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015), p. 349

[23] ALVEAR TÉLLEZ, Julio, cit (n. 22), p. 348

[24] Se conoce como "siglo de las luces" al periodo histórico donde surge un movimiento intelectual cual tenía como principal propósito renovar todas aquellas áreas que se veían aun envueltas en el manto de la iglesia y de la edadmedia, entre aquellas se logra identificar la filosofía, la política, la ciencia, el arte, la religión, la tecnología, entre otras. Dicho periodo fue "iluminado" por aquellas mentes que salían del seno de lo naturalista, del oscurantismo cual acaecía en dicha época, forjando así luces de progreso.

[25] ALVEAR TÉLLEZ, Julio, cit (n. 22), p. 349

[26] Philippe Pichot-Bravard es profesor de historia del derecho de la Universidad de Brest. su obra con mayor revuelo ha sido su tesis doctoral, Conserver l'ordre constitutionnel (2011)

[27] ALVEAR TÉLLEZ, Julio, cit (n. 22), p. 355

cuales tuvieron y aún tienen relevancia en los tiempos modernos, son entre algunas de ellas; la separación de los poderes del Estado, libertad personal y de dominio, laicización de la política y del Estado, entre otras.

En lo que respecta a la separación de poderes, tenemos a uno de los mayores exponentesy defensores de esta tesis, el Barón de Montesquieu. Según Montesquieu, la separación de las funciones del Estado tendía a combatir el despotismo, ya sea en una monarquía o en una república. Montesquieu no tenía tanto interés sobre quien gobernase, sino que lo necesario para evitar el despotismo debía estar consagrado mediante una constitución, ya que ambos tipos de gobierno podían verse afectados por tal práctica[28]. Y que además de la carta magna, se estableciera en ella la separación de poderes, este menciona que cuando los poderes legislativo y ejecutivo están unidos en un mismo cuerpo, no puede haber libertad[29]. Estas ideas de Montesquieu, estuvieron influenciadas por las prácticas políticas en la Grecia y Roma clásicas, encontrando su precedente en la organización de una *trias política*[30][30], reconociendo así una división entre los poderes ya en la época antigua[31].

La separación de poderes positivizada en una constitución originaria un equilibrio y garantizaría un gobierno estable, con un mínimo de riesgo de caída en el despotismo (…) ningún cuerpo administrativo llegaría a ser todopoderoso, ya que cada uno de ellos podría frenar cualquier abuso de poder por parte de otros[32].

Entre otras de las tesis que integraba el movimiento intelectual es Jean-Jacques Rousseau, un fiel defensor de las libertades individuales siempre y cuando estén reguladas en la legislación de cada sociedad. Rousseau en una de sus obras más conocidas y más trascendentales a lo largo de la historia moderna -en su último periodo- y contemporánea ha sido *El contrato social* (1762)[33], donde esta obra expone que el ser humano se encuentra en un estado de naturaleza donde son felices y tienen cierta semejanza con el mundo animal, pero dicha libertad se ve interrumpida debido a la conciliación de un intercambio; dicha libertad por con contrato social y leyes. Pero la disyuntiva en los postulados de Rousseau es que renunciar a la libertad es renunciar a ser hombre, es renunciar a la naturaleza del hombre mismo, entrando así en un conflicto etimológico-conceptual, además de conjuntamente tener conflictos teleológicos sobre que es ser un hombre; si la naturaleza de este es ser libre y al momento de ceder mi libertad a cambio deque la sociedad se rija por leyes y un contrato social donde queda estipulado esto. Lo que haceRousseau en tal caso, es poner en la balanza dos situaciones; volver a un estado natural del hombre o crear un nuevo contrato social donde las libertades del hombre estén positivizadas enla ley de dicha sociedad y que mediante este nuevo pacto social se delimiten las libertades de la población para que así la vida en sociedad civil sea más fructífera, las instituciones políticas no se vean afectada por la corrupción y que la soberanía recaiga en el pueblo. Donde esta última es la tesis que adopto Rousseau en su obra principal.

Las ideas mencionadas anteriormente fueron un icono revolucionario para toda la Francia del siglo XVIII, ya que el hombre ilustrado creía en la soberanía del pueblo, en la perfectibilidad de este y en el bien común, siendo la piedra de toque en quienes deseaban una reforma drástica de la sociedad.

Al final el *Siglo de las Luces* fue un periodo en el cual la sociedad francesa se vio envuelta en grandes

---

[28] MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes.* (1ra edición, Ciudad de México, editorial partido de la revolución democrática, 2018)

[29] KELLY ET AL, El libro de la política (traducción de Juan Andreano Weyland), Londres, Cosar editores, 2014), P.110

[30] *Trias politica* es el termino griego para definir la separación de los poderes del Estado, cuales se encuentran en latesis del filósofo y jurista francés; barón de Montesquieu.

[31] KELLY ET AL, cit (n. 29) p. 111

[32] KELLY ET AL, cit (n. 29) p. 111

[33] ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social* (s.l, Francia, 1762)

cambios políticos, sociales e ideológicos, estableciéndose un gran quiebre en la forma cómo se realizaba la política, así como también se desenvolvían las relaciones sociales y jurídicas,abriendo también derroteros particularmente importantes para el futuro de la sociedad como lacodificación y positivización de distintos derechos.

III. Consecuencias jurídicas

1. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano

La principal consecuencia que tuvo la revuelta francesa fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cual fue aprobada por la asamblea nacional francesa[34] el26 de agosto de 1789. Sin embargo, ciertos miembros de dicha asamblea no sentían necesidad de realizar una declaración de tales derechos, estos presentaron sus aprensiones a dichas propuestas ya que se consideraban moderados y temían por aquellos desordenes que se habían desarrollado entonces[35]. Empero, David Pantoja cita a un diputado del Tercer Estado cual afirmó que el pueblo francés necesita y quiere una constitución pero antes de esta, es necesario determinar qué es una constitución y que la hace serlo, cual es la base ideológica de una carta magna, sabemos que no son leyes, ni un Código[36]. Entonces se llega a la conclusión que es sumamente necesario establecer un precedente a la constitución para que esta tenga ciertas bases ya prestablecidas, dicho hilo rector es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

El 7 de julio se designó una comisión redactora la cual fue conformada por treinta comités; el 14 de julio se creó otra comisión redactora integrada por ocho miembros: Mounier, Talleyrand-Perigord, Sieyès, Clermont-Tonerre, Lally-Tollendal, Champion De Cicé, Le Chapelier y Bergasse, y el 12 de agosto, es creada otra comisión pero más pequeña, compuesta por Demeunier, Mirabeau, La Luzerne, Redon y Tronchet[37].

De dichos comités salieron según Jellinek[38] veintiún proyectos de declaración, otros dicen que son menos y los aproximan a unos quince, pero Gauchet[39] identifica treinta y seis proyectos redactados por los mismos constituyentes y otros onces por autores externos[40]. Empero el proyecto de Declaración que se seleccionó fue el que presentó la Comisión Sexta presidida por el arzobispo de Bourdeaux, Champion de Cicé[41]. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano tiene una marcada influencia ideológica de John Locke, asimismo de los *Bills of rights*[42]. Pero a pesar de que tiene cierta influencia inglesa, los constituyentes franceses querían que la Declaración tuviese la misma rebeldía que tuvo en su momento la Revolución Francesa, David Pantoja cita a Rabaut donde este indica que "Francia ha tenido a América por ejemplo, pero que no se os diga que por ello que nuestra declaración debe ser semejante. Las circunstancias no son las mismas (…) La declaración de Derechos no debe ser, de alguna forma,

---

[34] La Asamblea Nacional Francesa fue una institución creada el 17 de junio de 1789 para poder discutir sobre elfuturo de la república francesa, permitiendo así ser una institución de transición entre el antiguo régimen francés yel nuevo régimen francés, donde su principal objetivo era redactar la constitución francesa cual se aprobó en 1791.

[35] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 53

[36] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 54

[37] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 56

[38] Georg Jellinek fue un jurista y profesor judío alemán de origen austríaco de las Universidades de Basilea y de Heidelberg.

[39] Es un filósofo y profesor francés en el Centre de recherches politiques Raymond Aron, en la École des Hautes Études en Sciences Sociales en París y director de la publicación Le Débat.

[40] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 57

[41] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 58

[42] Declaración de derechos documentados, donde fue impulsado por el Parlamento inglés para ser presentado ante el príncipe Guillermo de Orange, donde dicha declaración fue aprobada en 1689, Inglaterra.

sino el preámbulo de la constitución (…) Si la Asamblea Nacional se decidepor una declaración no debe seguir servilmente y limitarse al ejemplo de los Estados Unidos"[43].

De esta manera se nos expone que los constituyentes franceses querían redactar una declaración que fuese independiente ideológicamente, en el sentido de que el pueblo francéstiene sus propias necesidades cuales responden a procesos sociopolíticos totalmente distintos acomo lo fue la independencia estadounidense y también como se dio el proceso de *los Bills of rights* en Inglaterra.

La estructura de la Declaración comienza con una breve introducción y la sigue diecisiete artículos. Algo curioso de esta es que como la asamblea nacional francesa no sabía si redactar primero la constitución francesa sin una base positivizada o con un antecedente político -cual es esta Declaración-, la estructura de dicha Declaración se vio revestida por una parte orgánica yotra dogmática cuales caracteriza a las constituciones modernas, esta Declaración contiene principios orgánicos de gobierno cual deja en evidencia que las dos categorías de derechos que hacen presencia son: los derechos del hombre y los derechos de la nación[44].

En lo que respecta a los derechos de la nación francesa, el artículo tercero de la Declaración establece un gran quiebre en la organización política que llevaba Francia, ya que estedicta que el origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano, ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella[45]. Esto termina por destronar al rey, despojándolo así de la soberanía para entregársela a la nación[46], permitiendo así, ampliar las libertades del ciudadano francés y también la participación política de este, sin olvidar que el Estado se ve también liberado de las viejas prácticas feudales que lo venían atando a una política retrógrada a inicios del siglo XVIII. También otro artículo que deja en evidenciala relación dogmática y orgánica[47] es el artículo dieciséis cual menciona que toda sociedad en lacual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución[48], permitiéndonos así, asegurar que la Declaración es un precedente en la construcción de la república francesa y así comenzar su proceso constitucionalista.

A pesar de que tal catálogo fue aprobado en 1789, el contenido de este ha tenido grandes repercusiones en la política contemporánea, especialmente en materia doctrinaria de Derechos Humanos, permitiendo así considerar esta Declaración como base para la formulación de estos derechos universales, teniendo como antecedente directo las ideas ilustradas de la Revolución Francesa. En los artículos séptimo, octavo y noveno de la Declaración se consagran garantías procesales cuales pretenden proteger la libertad del hombre. Los artículos decimo, undécimo y décimo séptimo tratan la libertad religiosa, de imprenta y la difusión de ideas, por otra parte, tenemos los artículos duodécimos, décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto cuales tratan la fuerza pública como garantía, las contribuciones, gastos administrativos y como se puede comprobar la contribución y rendimiento de cuentas de agentes públicos[49].

IV. La Declaración y su influencia en los Derechos Humanos

1. *Qué son los Derechos Humanos*

[43] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 64
[44] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 64-65
[45] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 3
[46] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 65
[47] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 66
[48] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 16
[49] PANTOJA MORÁN. Cit (n. 10) p. 68

Es necesario en primer lugar comprender la etimología del concepto de "los DerechosHumanos", y como la construcción de dos conceptos independientes logra brindar significados sumamente sustanciales.

Al definir la palabra "derechos" según lo que nos dicta la Real Academia Española, indicaque es un conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden[50], esdecir, el derecho es un orden normativo que regula conductas, y al hacerlo reconoce o atribuye obligaciones o deberes y al mismo tiempo, valga la redundancia, derechos[51]. Sin embargo, cuando se usa dicha palabra con el adjetivo "humano", podemos interpretar que dicho conjunto de principios y normas cuales se basan en la idea de lo justo y el orden se hacen en su medida exigibles mediante la aceptación de la comunidad[52], por ende, al tener dichas normas con una aceptación entre la población, podríamos entender por Derechos Humanos que son aquellos poderes amparados por una comunidad, cuales generan conductas obligatorias en los demás, y de los que se es titular por el simple hecho de ser un miembro de nuestra especie[53].

El concepto de Derechos Humanos consta con distintas denominaciones, entre ellas encontramos el concepto de Derechos fundamentales de la persona humana, estableciendo una relación con el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable que esta tiene y con el carácter de lo fundamental[54] de la persona, restringiéndose solamente a los derechos que cuentan con la propiedad de lo fundamental a la persona humana. Por otra parte, también se les conoce como "Derechos Naturales" pero en lo que respecta a la doctrina no se utiliza mucho ya que esta tiene una fundamentación iusnaturalista, cosa que al tener ya una base ideológica condiciona a tener una determinada fundamentación de los Derechos Humanos y asimismo un concepto pre-formulado de los mismos, por tal razón la doctrina no acostumbra a utilizar este concepto[55]. También se ha llamado "Derechos del Ciudadano" haciendo alusión a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, Squella cita a Simone Goyar-Fabre donde indica que se "pensaba menos en el fundamento ontológico de los derechos del hombreen tanto que persona que en el estatuto del hombre en cuanto ciudadano en el Estado[56].

Squella cita a Pérez-Luño, donde este menciona una distinción entre el concepto de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, brindándole un carácter más restrictivo a los Derechos fundamentales, ya que estos responden a los derechos consagrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos de los Estados, cuales están regidos en su mayoría por la normativa constitucional de cada territorio[57], siendo estos limitados por la constitución vigente en cada Estado soberano, permitiendo una interpretación del legislador sobre qué es lo fundamental para la persona, cosa que en nuestra legislación chilena se ve reflejado en nuestra constitución actual[58],en su capítulo tercero: de los Derechos y deberes constitucionales, donde en el mencionado capítulo se consagran varias facultades y obligaciones para el ciudadano chileno, permitiendo re afirmar la tesis de que los derechos fundamentales dependen de la calidad que le den en la constitución de cada Estado. En cambio, los Derechos Humanos es algo que trasciende a los derechos fundamentales, es más amplio que el anterior concepto, Squella menciona a Pérez- Luño y este lo define como un "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional e internacional"[59]. Sin embargo, a

[50] Consulta realizada el 15 de julio en la Real Academia Española

[51] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al Derecho. (Chile, editorial jurídica de Chile, 2011) p 199

[52] D. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?: un viaje por la historia de los principalesderechos de las personas*. (Editorial Didot, 2013) I. p. 32.

[53] D. RABINOVICH-BERKMAN. Cit (n. 52) I. p. 32

[54] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 51) p. 203

[55] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 51) p. 204

[56] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 51) p. 204

[57] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 51) p. 205

[58] Constitución Política de la República (22/09/2005)

[59] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 51) p. 205

pesar de que teóricamente son conceptos que deben ser analizados individualmente, no significa que en la práctica no puedan trabajar en conjunto, ya que revisten que una personalidad dual ambos conceptos[60], permitiendo así que los derechos fundamentales tenganun rol interno en un determinado Estado y al mismo tiempo los Derechos Humanos tengan un rol nacional-internacional, permitiendo así una defensa ardua de estos.

2. Contexto histórico de su creación

Después de finalizar la primera guerra mundial el 11 de noviembre de 1918 mediante la firma de El Tratado de Versalles[61], cual fue un tratado de paz que puso fin a las relaciones bélicas entre los Países Aliados y Alemania, pero el contenido de lo que ocurrió en Versalles beneficiaba solamente a los Países Aliados, dejando así, a Alemania en una situación sumamente difícil, viéndose imposibilitada de poder recuperarse de la gran guerra, con castigos completamente estrictos y descabellados. De esta forma, este Tratado en vez de unificar a la Europa central golpeada por una gran guerra, la fragmenta en razón por las nuevas fronteras acordadas en Versalles, Alemania con estas sanciones ultrajantes, tuvo que afrontar la humillación y la penuriade la derrota, con su orgullo herido[62]. Inclusive, Juan Francisco Fuentes y Emilio La Parra López nos menciona que a "pocos días después de la firma del pacto (*covenant*) de creación de la SDN[63], la Conferencia de Paz presentó a Alemania el texto del tratado de paz bilateral, elaborado sin la participación alemana, lo cual constituía una novedad en los usos diplomáticos y, al mismo tiempo, una humillación para la potencia vencida, que con justicia lo consideró una imposición (…) Aunque Alemania rechazó el texto[64]. En razón de esto, nace un sentimiento patriótico y nacionalista, que al pasar los años fue cada vez teniendo más adherentes.

Ya para el inicio del periodo conocido como "Los locos años 20", Estados Unidos, siendo uno de los mayores beneficiados política y económicamente de la guerra, se vio envuelto en un optimismo y una bonanza económica ya que al ser país aliado, por los respectivos tratados de paz, los países perdedores se veían en la obligación de pagar una indemnización a los países vencedores[65], siendo Alemania obligada a pagar de forma inmediata 20. 000 millones de marcos de oro, valor fijado antes de mayo del 1921[66]. En consecuencia, Alemania ya hacia los años 1923a 1924 le estalla una gran inflación donde la burguesía germánica vio afectada su seguridad y su futuro como pertenecientes a esta, permitiendo así una ira irracional, un sentimiento de vergüenza nacional[67] por tener que verse tan desprotegido y humillado frente a las otras potencias.

Después del crack bursátil ocurrido en la bolsa de valores de Nueva York entre los días 24 a 29 de octubre de 1929, la economía alemana se vio azotada a pesar de que durante la segundamitad de los años veinte se fue recuperando gracias a los prestamos realizados por los norteamericanos, sumándole a esto que Inglaterra y otros países decidieron abandonar el patrón oro en 1931[68]

---

[60] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 51) p. 206

[61] Tratado de Versalles, (1919)

[62] BEEVOR, Antony. *La segunda Guerra Mundial*. (traducción por Teófilo de Lozoya y Juan Rabaseda, ediciones depasado y presente, 2012) p. 10

[63] Sociedad de las Naciones fue un organismo internacional donde el responsable de su creación es el Tratado de Versalles, en 1919, donde el principal propósito de esta institución es restablecer la paz entre las relaciones internacionales después de la primera guerra mundial.

[64] FUENTES, Juan Francisco – LA PARRA LÓPEZ, Emilio (editores). *Historia Universal del siglo XX: De la Primera GuerraMundial al ataque a las Torres Gemelas.* (editorial Sekk, 2001) I. p. 139

[65] FUENTES, Juan Francisco – LA PARRA LÓPEZ, Emilio. Cit (n. 64) I. p. 140

[66] FUENTES, Juan Francisco – LA PARRA LÓPEZ, Emilio. Cit (n. 64) I. p. 140

[67] BEEVOR, Antony. Cit (n. 62) p. 11

[68] BEEVOR, Antony. Cit (n. 62) p. 11

A raíz de todo esto, el sentimiento nacionalista y patriótico de los alemanes fue el pilar para poder afrontar todas estas crisis, cosa que durante este periodo de desamparo surge un personaje que les promete a todos los alemanes recuperar el orgullo y el respeto por la nación alemana. El pueblo alemán frente a tales promesas y no tener nada que perder, deposita su plena confianza en Adolf Hitler, quien se destacó por tener una ideología ultranacionalista y fascista, teniendo fuerte convicción en sus ideas, permitiendo afirmar que su filosofía la basaba en ciertos postulados de Nietzsche, ya que Hitler defendía su tesis del "super hombre" diciendo que el hombre alemán debe ser seguro, independiente e individualista.

En el transcurso de la década de los '30, el discurso hitleriano tomó una fuerza impensable, permitiéndole llegar al poder en Alemania en 1933 como canciller[69] junto a su partido nacionalsocialista obrero alemán que defendían la tesis de la supremacía aria sobre las demás razas, donde estas tenían el deber de serviles. Al asumir el poder como presidente en 1934[70], Hitler sostenía una política de revancha, suprimiendo así varios organismos democráticos y restringiendo los partidos políticos a solo uno al cual el pertenecía, creando así un gobierno totalitarista. A raíz de esto, los demás países satélites deciden ir formando alianzas ante una posible nueva guerra.

Sin embargo, los países que preveían una posible guerra no estaban tan equivocados ya que Hitler estaba defendiendo constantemente una política de espacio vital o *lebensraum*[71], política expansionista que Hitler defendía mediante la justificación que el pueblo alemán estaba en constante crecimiento por lo tanto se debían anexar territorios de lengua alemana o que su mayoría demográfica fuese población alemana. Fue en este instante donde ya los países satélites encendieron sus alarmas de una posible guerra donde nuevamente su protagonista iba a ser Alemania. El 1 de septiembre de 1939 Alemania invade Polonia y la respuesta a esto fue la declaración de guerra de Inglaterra y Francia el 3 de septiembre[72].

Durante esta segunda guerra, se potenciaron las ideologías totalitarias, donde las que más se destacaron fue el régimen de Stalin, Mussolini y Hitler. Quienes en sus regímenes se experimentaron actos tan deshumanizantes que dieron muerte alrededor de 60 millones de personas según historiadores a lo largo de todo lo que fue la segunda guerra mundial. Los perpetuadores de estos actos fueron procesados en los juicios de Núremberg en 1946[73].

La humanidad nunca había experimentado tal destrucción y deshumanidad a una escala tan descomunal hasta el entonces fin de la segunda guerra. Todo crimen ocurrido allí manifestó la nula protección y existencia de derechos básicos que debiese poseer todo ser humano por la comunidad internacional haciendo caso omiso a los postulados del ius Gentium.

En razón a los hechos ocurridos, la comunidad internacional por la defensa de derechos comunes a todo ser humano y por los vejámenes ocurridos antes, durante y después de la segunda guerra mundial, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, adopta y proclama la Declaración de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, según la Resolución 217 A (III).[74]

3. *Como la Revolución Francesa y la Declaración de 1789 influyeron en la construcción de los Derechos Humanos*

Como sabemos, la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del

[69] BEEVOR, Antony. Cit (n. 62) p. 13
[70] FUENTES, Juan Francisco – LA PARRA LÓPEZ, Emilio. Cit (n. 64) I. p. 251
[71] FUENTES, Juan Francisco – LA PARRA LÓPEZ, Emilio. Cit (n. 64) I. p. 188
[72] FUENTES, Juan Francisco – LA PARRA LÓPEZ, Emilio. Cit (n. 64) I. p. 542

[73] FUENTES, Juan Francisco – LA PARRA LÓPEZ, Emilio. Cit (n. 64) I. p. 544

[74] Asamblea General de las Naciones Unidas. Cit (n. 6)

ciudadano se vieron influenciados por la filosofía de la Ilustración, donde lo predominante en ella es el racionalismo, permitiendo así consagrar en la Declaración derechos esenciales cuales era sumamente importante positivizar en un documento siendo estos la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, tal como menciona el artículo dos de la Declaración. Estas bases ideológicas de la Revolución Francesa y de la Declaración de 1789 tuvieron un papel determinante en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, influyendo en su realización y tomando el articulado de la Declaración de 1789 como directriz para la redacción de estos.[75]

Sin embargo, es de suma importancia identificar quién será el ente encargado de respetar y proteger los Derechos Humanos y, asimismo, quién se responsabilizará ante una hipotética violación a estos. Según la doctrina clásica el encargado de resguardar, respetar y proteger los Derechos Humanos es el órgano estatal, inclusive, siendo este mencionado en el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos, menciona que es esencial que estos derechos sean protegidos mediante un régimen de Derecho, permitiendo así la interpretación de que es esencial que estos sean protegidos constitucionalmente teniendo una consagración efectiva en el derecho positivo interno de las naciones[76], recogiendo e integrando en rasgos generales lo que nos menciona el artículo dieciséis de la Declaración de 1789: Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución[77]. Este artículo nos permite hilar la relación constitucional en conjunto a los derechos, dejando en claro que si la consagración de derechos no existe en una sociedad, al mismo tiempo no tiene constitución o no es posible crear una. Además, en el preámbulo nos dicen explícitamente que los "Estados miembros se han comprometido a asegurar, en conjunto con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre", sumándole, que "la concepción de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso"[78], confirmando la tesis de que el Estado es el principal defensor de los Derechos Humanos, pero al mismo tiempo es uno de los perpetuadores de las violaciones a estos, ya que al solicitar a los Estados que suscriben esta Declaración la protección y respeto a estos es porque solo esa institución reviste la calidad para poder llegar a violar dicho catálogo.

En lo que respecta a lo anterior, se han sumado nuevas teorías sobre quien puede violar los derechos humanos, entre ellas como un reflejo de las concepciones más contemporáneas es la responsabilidad que sufren los entes privados frente a la problemática de los Derechos Humanos y sobre si estos al verse en una situación hipotética de una latente violación a estos se deben hacer responsables frente a esta violación. Empero, el Dr. Luciano Ortiz Almonacid nos indica que los particulares, las organizaciones políticas, los grupos de personas o individuos no pueden violar los Derechos Humanos, solamente los Estados pueden violar los Derechos Humanos[79], menciona "Cuando un policía tortura o mata a una persona, está violando los Derechos Humanos pero cuando un particular, una banda, o un grupo armado, comete distintos delitos contra los miembros de la sociedad, no ocurre tal violación"[80]. Sin embargo, tales abusos que puedan realizar estos entes privados, si bien no los podemos clasificar como una violación a los Derechos Humanos pero si podemos condenar tales hechos desde el derecho penal interno de cada país o inclusive desde el derecho laboral cuando se trate de abusos laborales o de discriminación sindical, estableciendo en la legislación interna parámetros para que todas estas situaciones de

[75] J. SUÁREZ, Omar. *La Revolución Francesa y su legado de Derechos Humanos*. (Conferencia en UDELAS, Panamá, 2020) p. 14-15
[76] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 51) p. 236
[77] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 16
[78] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948
[79] ORTIZ ALMONACID, Luciano. *¿quiénes pueden violar los Derechos Humanos? ¿quiénes pueden resultar responsables ante este tipo de violaciones?* (s.l. 2017) p. 1
[80] ORTIZ ALMONACID, Luciano. Cit (n. 76) p. 1

abuso o de criminalidad no se vean impunes y puedan ser sancionada mediante los respectivos órganos judiciales. Además, Ortiz nos indica que "el concepto de Derechos Humanos se substrae al marco de relaciones Ciudadano/Estado (…) y se le resitúa en un marco distinto de relaciones, como sería el de Ciudadano/Ciudadano"[81], asimismo que "son los Estados los signatarios de los instrumentos de Derechos Humanos, las convenciones y pactos internacionales de Derechos Humanos, lo que los compromete a la vez ante sus propios ciudadanos y ante la Comunidad Internacional, por encima del Derecho Interno de cada Estado, a ser garantes de esos Derechos"[82], dejando claro la estricta relación del Estado y responsabilidad sobre la protección y resguardo a los Derechos Humanos, estableciendo también su delgada relación del aparato estatal y la violación de estos derechos.

Como se mencionaba anteriormente, la Declaración universal de los Derechos Humanos tiene una poderosa influencia de la Declaración de 1789, aunque no consagró el derecho de asociación y restringió el derecho de sufragio a los propietarios[83], logró influir en casi la totalidad de dicho catálogo universal con los postulados que se defendieron en la Revolución Francesa constituyendo un hito fundamental en la historia de estos ya que dentro de la Declaración de 1789 establece la importancia de la internalización de los derechos dentro del sistema jurídico interno cosa que se vio reflejada en la influencia que tuvo y tiene los Derechos Humanos al momento de integrarlos al derecho interno[84], sin embargo, la Declaración de los Derechos Humanos no significa la sustitución de la protección de aquellos derechos en los sistemas jurídicos internos, sino es una garantía internacional de los mismos en el ámbito europeo[85], cita Squella a autores del derecho positivo de los derechos humanos.

En cuanto al contenido de la Declaración, esta cuenta con 30 artículos en contraste con la Declaración de 1789 teniendo esta 17 artículos, donde ambas coinciden en la consagración de libertades personales, derechos económicos, sociales y culturales[86]. Permitiendo observar claramente que en la mayor parte del catálogo de Derechos Humanos la consideración e importancia que el legislador le da a la libertad, dejando divisar también desde el artículo tercero hasta el artículo veinte cómo se posiciona la libertad en la cúspide de las materias más relevantes, siguiéndole así la consagración de los Derechos económicos, sociales y culturales cuales se ven mencionados en los artículos veintidós hasta el veinticinco[87], dónde las bases de estos derechos se ven revestidos en la libertad y la propiedad, tal como se consagra en el artículo dos de la Declaración 1789 mencionando que los principios rectores de esta son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, permitiendo asociar la relación estrecha entre ambas Declaraciones en razón a su contenido, específicamente en la filosofía que la Declaración 1789 se basó para poder construir su estamento.

Si realizamos un análisis más específico en torno al contenido de ambas Declaraciones podemos encontrar relaciones sumamente estrechas entre artículos, viendo fieles influencias de la Declaración de 1789 en la Declaración de Derechos Humanos, tal como en el artículo dieciocho de la Declaración de los Derechos Humanos, menciona "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente"[88], viéndose influenciado por el artículo diez y once de la Declaración de

[81] ORTIZ ALMONACID, Luciano. Cit (n. 76) p. 3
[82] ORTIZ ALMONACID, Luciano. Cit (n. 76) p. 3
[83] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 48) p. 236
[84] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 48) p. 238
[85] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 48) p. 240
[86] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 48) p. 239
[87] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 48) p. 239

[88] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. Art 18

1789, donde el artículo décimo menciona que "nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley"[89], también el artículo once indica "la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre (…) salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley"[90]. De esta manera, es inminente la relación que podemos hacer entre ambas Declaraciones por la clara similitud que hay entre ambos textos. Si bien, fueron dos procesos de positivación sumamente distinto, pero a pesar de eso y de la diferencia de periodos históricos, el reconocimiento que hace la Asamblea de las Naciones Unidas hacia las bases ideológicas de la Declaración de 1789 dejan en claro que los derechos que protege y consagra el catálogo francés es trascendental temporalmente hablando, al final son dignidades humanas que bajo cualquier concepción política y gubernamental deben ser protegidas y consagradas físicamente en un documento para así hacerlos más ciertos y favorecer la efectividad de estos.

Es importante mencionar que si bien, la Revolución Francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano no reconocieron en el universo sufragista a gran parte de la población y la restringieron solamente a los hombres, e inclusive haciendo distinciones entre ellos donde el modo de diferenciar era mediante al patrimonio que tenían. Se menciona esto, debido a que los Derechos Humanos "en su modelo clásico aparecen como expresión de la racionalidad, con destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, todo lo cual es expresivo de una deseada igualdad ante la ley" cita Squella a Peces-Barba[91]. A lo que apunta, es que si bien la Declaración tiene una influencia bastante fuerte de la Declaración francesa, el propósito de los Derechos Humanos en ese instante era adaptarse al contexto socio político cual estaba sufriendo el mundo, siendo este la salida reciente de una de las guerras más sangrientas y mortales de la época contemporánea, por ende, la finalidad de estos es tratar de ampliar sus garantías y protección a la totalidad de la población humana sin distinción política, religiosa, patrimonial, etc. En razón a los recientes crímenes tan deshumanizantes que ocurrieron, rompiendo así en ese punto específicamente, el camino que venía recorriendo en conjunto con el catálogo francés.

Sin embargo, a pesar de ese quiebre no quita el hecho que en la gran mayoría de los artículos del catálogo de las Naciones Unidas podemos ver un gran aporte de los acontecimientos franceses, pudiendo identificar en cada artículo de la Declaración de los Derechos Humanos mínimo 2 artículos del catálogo francés, dónde en algunos es meramente sustancial la influencia y recogen lo esencial para poder replicarlo en la Declaración de 1948 como en el caso del artículo catorce, menciona que en "caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país"[92], tiene directa relación con el artículo diez y once, dichos artículos tratan la libertad de expresión, de pensamientos, cultural y que nadie debe ser inquietado por sus opiniones personales. En base a lo anterior, la influencia de ambos artículos no es directamente replicada en la Declaración de 1948 si bien, toman lo sustancial de aquellos, que básicamente es que nadie debe ser inquietado por su forma de pensar -siempre y cuando no atente con el orden público y la seguridad nacional- y que toda persona es libre de manifestar sus preferencias de todo ámbito, toman lo sustancial de estos y lo interpretan de tal forma que en caso de persecución la persona tiene la libertad de obtener asilo y que en dicho país que le brinde asilo pueda expresarse libremente. Pero por otra parte, tenemos también réplicas directas de la Declaración francesa en el catálogo de 1948 como lo es en el caso del artículo diecisiete, menciona que "toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente" "nadie será privado

[89] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 10
[90] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 11
[91] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Cit (n. 48) p. 246
[92] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. Art 14

arbitrariamente de su propiedad", este artículo tiene una influencia directa de lo que fue el artículo diecisiete de la Declaración francesa, indica que "siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa"[93]. Eneste caso, podemos evidenciar la extrema similitud entre ambos artículos, siendo que entre ambashay una diferencia de más de 150 años, evidenciando que las bases ideológicas sobre la protección de la libertad, la seguridad, la propiedad son sumamente tangibles en nuestros tiempos.

V. Conclusiones

En esta investigación a través de una breve revisión a la historia de la Revolución Francesa, asimismo a sus bases ideológicas, sus consecuencias jurídicas como la Declaración de 1789 y por consiguiente la historia y creación de la Declaración de los Derechos Humanos, se logró identificar ciertas similitudes históricas, políticas y asimismo estructurales y de contenido, dejando una clara evidencia que el legislador de la Declaración de 1948 basó su génesis en los hilos rectores del catálogo Francés, ya que al hacer una minuciosa comparación entre ambos textos se logra evidenciar similitudes entre dichas declaraciones, si bien, tales similitudes no son textuales más bien son influencias que tiene la Declaración de 1948 de la Declaración Francesa, donde son meramente sustanciales, permitiendo así la modificación a la conveniencia del contexto sociopolítico que sufría el mundo después del término de una de las guerras más sangrientas ocurridas en el siglo pasado.

Otro rasgo importante que destacar es como los valores que se consagraron en la Declaración Francesa lograron perdurar por más de 150 años para después verse aplicados enun texto de tal relevancia a nivel mundial como lo son los Derechos Humanos, permitiéndonos divisar una clara importancia en los hilos rectores de esta y como la filosofía de la Ilustración jugó un papel fundamental en la Revolución Francesa y en la construcción de las posteriores legislaciones nacientes del anterior movimiento mencionado; entre ellas la Declaración del Hombre y del Ciudadano, la Constitución Francesa de 1791, entre otras. Asimismo, la influenciade esta filosofía en los distintos sucesos mundiales específicamente en las construcciones de las Repúblicas latinoamericanas hasta la construcción de la Declaración de los Derechos Humanos siendo esta un rebote ideológico de las ideas principales de la Ilustración.

BIBLIOGRAFÍA

ALPONTE, Juan María. *Lecturas filosóficas (La lucha por los derechos humanos y el Estado de Derecho)* (2ra edición, México, Biblioteca jurídica virtual, 2017)

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la "Declaración" Francesa de 1789* (Santiago, Revista del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015),

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948

BEEVOR, Antony. *La Segunda Guerra Mundial.* (traducción por Teófilo de Lozoya y Juan Rabaseda, ediciones de pasado y presente, 2012)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (22/09/2005)

D. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?: un viaje por lahistoria de*

[93] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (París, 1789) Articulo 17

los principales derechos de las personas. (editorial Didot, 2013) I.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. (París, 1789)

FUENTES, Juan Francisco – LA PARRA LÓPEZ, Emilio (editores). *Historia Universal del siglo XX: De la Primera Guerra Mundial al ataque a las Torres Gemelas.* (editorial Sekk, 2001) I.

H. ZORRILLA, Rubén. *La Revolución Francesa*, en revista libertas (1991)

I. ISRAEL, Jonathan. *La Ilustración radical.* (1ra edición, traducción de Ana Tamarit, Ciudadde México, editorial fondo cultural económica, 2012)

J. SUÁREZ, Omar. *La Revolución Francesa y su legado de Derechos Humanos*. (Conferencia en UDELAS, Panamá, 2020)

KANT, Immanuel, "Qué es la Ilustración" en Foro de Educación, n.º 11, 2009

KELLY ET AL, *El libro de la política* (traducción de Juan Andreano Weyland), Londres, Cosar editores, 2014)

MARTIN, Jean-Clément. *La Revolución Francesa: Una nueva historia.* (crítica, 2013) MAYOS, Gonçal. *La ilustración.* (1ra edición, Barcelona, editorial UOC, 2007)

MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes.* (1ra edición, Ciudad de México, editorial partido dela revolución democrática, 2018)

ORTIZ ALMONACID, Luciano. *¿quiénes pueden violar los Derechos Humanos? ¿quiénes pueden resultar responsables ante este tipo de violaciones?* (s.l. 2017)

PANTOJA MORÁN, David. *La Asamblea Nacional Francesa de 1789-1791 y la invención de la Constitución.* (1ra edición, Ciudad de México, instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM,2017)

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social* (s.l, Francia, 1762)

SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Introducción al Derecho*. (Chile, editorial jurídica de Chile, 2011)

TRATADO DE VERSALLES, (1919)

SÍNTESIS DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA CODIFICACIÓN ALEMANA EN EL SIGLO XIX. THIBAUT VERSUS SAVIGNY*

[*Synthesis of the discussion about the German codification in the 19th century. Thibaut versus Savigny*]

Daniel Alberto Castillo Morales
Universidad de Piura

Resumen:

El objetivo principal de este trabajo es examinar dos posturas propuestas por juristas alemanes, Thibaut y Savigny, del siglo XIX acerca de la posible codificación que se quiso implementar en Alemania después de la caída de Napoleón. Ambos autores argumentan a favor de tesis diametralmente diferentes: Thibaut proponía la creación de un Código Alemán en donde se establezca una lista taxativa y perfecta de derechos para todas las naciones germanas mientras que Savigny, jurista de la corriente historicista del derecho, propone una revalorización de la jurisprudencia de los pueblos como principal sistema de ordenamiento jurídico. El método empleado ha consistido en contraponer las tesis de ambos autores para que se analice a través de la dialéctica cómo es que se refutan mutuamente en sus postulados, para luego obtener como resultado principal una síntesis armonizadora gracias a un filósofo alemán coetáneo a los juristas mencionados: Hegel, quien llega a proponer un punto medio entre ambos extremos.

Palabras clave: Codificación – Escuela histórica del derecho – Teoría del derecho – Siglo XIX – Fuentes del derecho

Abstract:

The main objective of this work is to examine two positions proposed by German jurists, Thibaut and Savigny, from the 19th century about the possible codification that was intended to be implemented in Germany after the fall of Napoleon. Both authors argue in favor of diametrically different theses: Thibaut proposed the creation of a German Code where an exhaustive and perfect list of rights is established for all Germanic nations, while Savigny, a jurist from the historicist current of law, proposes a revaluation of the jurisprudence of the peoples as the main system of legal order. The method used has consisted of opposing the theses of both authors so that a dialectical analysis can be done on how they mutually refute each other in their postulates, and then obtain as the main result a harmonizing synthesis thanks to a contemporary German philosopher to the aforementioned jurists: Hegel, who proposes a middle point between both extremes.

Keywords: Codification – Historical school of Law - Theory of law – 19th century – Sources of law

I. Planteamiento del problema

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

A inicios del siglo XIX ocurrieron hechos trascendentales en la vida de los germanos: fueron atacados duramente por Francia durante las invasiones napoleónicas en su afán de someter a toda Europa. En ese proceso, en el aspecto jurídico, fueron fuertemente influenciados por el Código Napoleónico, que era difundido por Bonaparte en cada lugar al que sometía. Esto tiene como consecuencia que mientras sucedían estos ataques, empezara a nacer del pueblo alemán un sentimiento nacionalista para resistirse a las tropas francesas. Tiempo después, durante el tiempo del káiser Guillermo I, de la mano del canciller Otto von Bismark se lograría la unificación alemana. Pero antes de alcanzar ese álgido momento, luego de la caída de Napoleón, acontecieron movimientos políticos conservadores que trataron de restaurar y rescatar a aquella Europa que existía antes de la interrupción de Bonaparte en todo el continente, lo cual incluía rechazar cualquier política que el emperador francés haya establecido[1].

Ante este contexto, las teorías de derecho dirigidas a renovar las fuentes del Derecho también fueron cambiando de la mano de la historia. Se presentan dos propuestas totalmente contrapuestas casi simultáneamente: por un lado, se tiene a Anton Friedrich Justus Thibaut que, por influencia del racionalismo jurídico, la codificación napoleónica y el nacionalismo alemán, propuso la elaboración de un código civil de la nación germana en donde se pudiera tener establecidos de manera absoluta, perfecta y taxativa todas las disposiciones jurídicas para el todo el pueblo alemán, mientras que por otro lado está Friedrich Carl von Savigny como gran exponente de la escuela historicista del derecho en donde propone que se debía de procurar la primacía de un derecho hecho por los juristas a través de la jurisprudencia.

Ante tal disyuntiva, este trabajo se centrará en exponer aquellas propuestas que Thibaut y Savigny presentan respectivamente y cómo es que ambos se refutan mutuamente sin lograr alcanzar un punto de comunión en que acepten las falencias de sus posturas y las refutaciones presentadas por el otro autor. Sin embargo, a durante aquellos años en Alemania también vivió Hegel, un filósofo de gran calidad, un genio en diferentes ramas humanísticas que también se interesó por este problema de la conveniencia o no de la codificación alemana. Él propondrá una tesis intermedia éntrelas propuestas de Savigny y Thibaut. Ese filósofo se interesó bastante por el derecho, prueba de ello es que en el año 1821 publicara su libro *Filosofía del derecho*, pero además de ello se tendrán en cuenta las *Lecciones* de Hegel, cursos que han sido recogidos por sus discípulos y publicados en aquel título común[2] que sin duda aportan un acercamiento más profundo al pensamiento de Hegel como respuesta a esta problemática.

Para llegar a entender correctamente la síntesis que propone Hegel, primero se tiene que analizar la contraposición que se presenta en las posturas de Savigny y Thibaut. Es así que, siguiendo las teorías de Hegel, se presentará un orden dialéctico. Es decir, se expondrá una tesis de uno de los dos juristas antes mencionados y seguidamente su antítesis propuesta por el otro autor, para que sea más claro el choque entre las posturas y así superando aquello se pueda acoger la síntesis que propone Hegel. De esa manera se podrá analizar los mejores argumentos de ambas posturas tanto de Savigny y de Thibaut para determinar qué de ideas de ambas posturas tienen viabilidad, cuáles son sus principales falencias, qué de erróneo tienen y cómo se pueden cohesionar para intentar llegar a una conjunción de ambos para conseguir una nueva que adopte los mejores aspectos de las propuestas mencionadas. Hoy en día con el auge del positivismo jurídico y con la relegación de la jurisprudencia como una secundaria en los ordenamientos jurídicos que adoptaron un sistema de *Civil law* es fundamental y enriquecedor analizar cómo estas teorías han sido enfrentadas a través de la historia para lograr tener una comprensión completa del correcto uso de las fuentes del derecho en los ordenamientos jurídicos.

---

[1] COMELLAS, José Luis, *Historia breve del Mundo Contemporáneo* (2ª edición, Madrid, Rialp, 1998) p. 36

[2] VERNEAUX, Roger, *Historia de la filosofía moderna* (3ª edición, Barcelona, Herder, 1971) p. 220

II. Desarrollo de la discusión

1. Propuesta de Thibaut

En referencia a lo mencionado en la obra de Thibaut titulada "La necesidad de un derecho civil general para Alemania" (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts in Deutschland*) se mencionan varias justificaciones por las cuales es sumamente necesaria la creación de un código autóctono, "hecho por alemanes y para alemanes". Como primer punto, Thibaut menciona que el antiguo ordenamiento jurídico previo a la codificación es un "maremágnum"[3]. Lo que Thibaut intentaría decir es que el Derecho usado hasta entonces era un conjunto de disposiciones desordenadas que se anulaban o se contradecían recíprocamente en el mismo territorio alemán. Lo cual por evidencia trae como consecuencia un gran desconcierto y confusión en el momento en que se intente dar a cada quien lo suyo en un caso concreto, pues la cantidad de antinomias y contrariedades dificultaba que se supiera qué aplicar. A esto se le debe de añadir de que Thibaut se encontraba a favor de una unificación jurídica de los estados alemanes, mas no una unificación política pues pareciera que esa no era su intensión sino que, en miras a evitar el maremágnum de los antiguos ordenamientos y teniendo en cuenta que existe un mismo modo de ser alemán, propone una mayor efectividad jurídica con un solo código civil para Alemania.

Un segundo punto que menciona Thibaut en su obra para considerar necesario el establecimiento de una codificación es que parecía que las normas vigentes en el territorio germano estaban hechas a posta para dividir internamente a los alemanes y para impedir a los jueces y abogados un conocimiento profundo del Derecho. Asimismo, para Thibaut, gracias a que el contenido del código recogerá de forma exhaustiva y rigurosa el derecho, se podrá resolver con eficacia y sin mayores dilataciones en el proceso cualquier controversia que se presente. Por otro lado, permitirá que las relaciones jurídicas entre los miembros del pueblo sean estables y duraderas, esto significa sin duda alguna que favorecería a un clímax pacífico, en el que el derecho no sea cuestionado ni sometido a modificaciones por cualquier desconocedor del mismo.

En tercer lugar, el autor denuncia que el derecho germánico es tan incompleto que gran número de cuestiones jurídicas deben siempre resolverse requiriendo el uso de códigos extranjeros y no un código propio que procure la seguridad jurídica de todos los alemanes. Esto lo afirma por el recurrente uso del derecho romano y el derecho canónico en aquellos tiempos. Se rehúsa al derecho romano pues considera que en primer lugar fue creado para una sociedad totalmente distinta a la alemana hace muchos siglos atrás. Así mismo que existen contradicciones entre las propuestas de los juristas, que al estar en vigencia en Alemania generan confusión. También alega que al encontrarse este derecho bastante modificado por los comentaristas y los glosadores de la Edad Media perdería su original valor pues estaría contaminado y por lo tanto no sería útil y prestigioso para resolver conflictos de manera supletoria en el pueblo alemán. En cuanto al derecho canónico, se limita a descalificarlo con un *ad hominem* pues este ordenamiento jurídico estaría hecho por la Iglesia y no contaría con el suficiente valor como para ser usado en los conflictos jurídicos privados.

Como extensión a todo lo anteriormente expuesto, el jurista civilista propone que la ley se posicione como fuente superior e incuestionable porque su legitimidad se encuentra en la buena voluntad del príncipe alemán, quien desde su nacimiento recibe el linaje real de sus antepasados y ha sido formado en un entorno distinguido, teniendo como base valores y principios. Quien a su vez es modelo ejemplar para sus súbditos, por tanto, debe mantener

[3] Según la Real Academia Española significa "muchedumbre confusa de personas o cosas". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (s.f.). Maremágnum, *Diccionario de la lengua española*.
[Visible en internet: https://dle.rae.es/maremágnum]

una reputación intachable que no ponga en tela de juicio su capacidad para ser el encargado de configurar el derecho.

Por lo tanto, Thibaut justifica y defiende el criterio empleado por el legislador, quien es el único sujeto con la potestad de crear derecho, y en este sentido, la labor del juez debería de quedar sometida al cumplimiento al pie de la letra del contenido del código compuesto de leyes redactadas por el legislador competente, puesto que resulta ahora innecesario su interpretación gracias a la completitud y simpleza de la nueva forma de ordenamiento jurídico propuesta por el civilista. Es decir, crear un código para toda Alemania.

Como analogía que ejemplifica perfectamente lo dicho anteriormente, Thibaut escribe lo siguiente: "La felicidad de los ciudadanos no requiere de los abogados eruditos, y tendríamos que agradecer (…) si se consiguiera, mediante leyes sencillas, que nuestros abogados prescindieran por completo de la erudición, de igual modo que supondría a para nosotros un motivo de regocijo si nuestros médicos pudieran curar automáticamente todas las enfermedades con solo seis medicinas"[4]. Es así como se puede afirmar que para la felicidad de los alemanes la labor del juez debe reducirse a un ámbito netamente técnico, ya no científico.

Por lo tanto, Thibaut en su libro concluye que el surgimiento de este tipo de código es la solución para la falta de unidad y coherencia al conjunto de leyes vigentes. Ello significa unificar el Derecho mediante una codificación que se caracterice por su simpleza y completitud en la organización jurídica y como única fuente jurídica del Derecho.

2. Propuesta de Savigny

A continuación se expondrán las ideas principales de las propuestas de Savigny en su libro "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho" (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) para defender la supremacía del desarrollo jurisprudencial sobre la posible legislación del código alemán que Thibaut propuso.

El jurista historicista propone en primer lugar que el derecho positivo debe encontrar su fundamento en el desarrollo de la historia de cada pueblo, siendo este singular por tener su propia lengua, costumbres, constitución, etc. Si bien es cierto que cada aspecto cultural existe en un diferente campo, estos se presentan como un todo único gracias a la convicción general del pueblo. Esto se da, propone Savigny, porque surge de la necesidad interior que supone tener un origen natural y definido que tenga un desarrollo paulatino en la evolución espontánea de la historia y no un origen accidental o arbitrario. En este sentido, el derecho se identifica con la conciencia del pueblo. Los miembros del pueblo deben identificarse con este derecho para que así su aplicación no sea tenida como una carga o un mandato arbitrario; todo lo contrario, hacer uso del derecho como elemento inherente a su propio origen.

Por tanto, se podría afirmar que en la medida que un pueblo pierda sus rasgos distintivos, a la par el derecho irá desapareciendo, puesto que no tiene ya fundamento. Es así que, parte de la eficacia de la aplicación del derecho positivo depende directamente de si se reconoce o no las singularidades de acuerdo al tiempo y lugar que pretenda regular, ya que de lo contrario se estaría negando el carácter histórico que tiene el derecho.

Asimismo, Savigny postula que el derecho tiene un doble principio vital, que permitirá un ordenamiento completo. Por un lado, se encuentra el elemento político que refiere a la conexión orgánica del derecho con la vida general del pueblo (todo lo ya explicado previamente); y, por otro lado, un elemento técnico del derecho que refiere a la vida científica separada del mismo, vida científica en la que el protagonista principal será el jurista en quien recae la función de elaboración del derecho[5].

---

[4] THIBAUT, Anton, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania* (Heidelberg, 1814), p. 18

[5] SAVIGNY, Friedrich, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (Heidelberg, 1814), p. 57

En suma, se puede sostener que, partiendo de la cita de Savigny, todo derecho nace como consuetudinario al encontrar su fundamento en las diversas manifestaciones presentes en un pueblo. Y que solo posteriormente el derecho será compendiado por la labor del jurista.

Como segundo argumento, se tiene que la jurisprudencia por su naturaleza es fuente productora del derecho. En ese sentido, la labor de interpretación y creación del derecho por parte del jurista resulta imprescindible para la consolidación de garantías tanto formales como materiales, así como también para brindar seguridad en los diferentes ámbitos de desenvolvimiento de los habitantes.

Sumado a esto, el derecho se ve enriquecido por el estudio y desarrollo de la ciencia jurídica, que también se configura como elemento intrínseco al derecho y su fuente productora. La ciencia jurídica estudia su objeto, que es la repartición de lo justo a cada uno según le corresponde, pero a su vez, lo complementa y desvela su esencia, permitiendo así su mayor perfeccionamiento.

En este sentido, la pluralidad de fuentes del Derecho, permite que el jurista tenga un mayor campo de acción para poder resolver las cuestiones jurídicas concretas, demostrando el nivel de su conocimiento jurídico que se requiere para aplicar los principios de interpretación y en algunos casos resolver vacíos de ley.

3. Contraposición de Thibaut a Savigny

Si bien, se conoce que el libro de Thibaut sobre la discusión tratada en este trabajo fue publicado meses antes del de Savigny, se puede distinguir que entre los postulados de Thibaut se refuta parte de lo que diría Savigny luego en su libro de contestación a lo escrito primero por el civilista.

Es así como Thibaut afirmaría que admitir la existencia de una pluralidad de fuentes en el Derecho, aunque estén arraigadas a las costumbres de un pueblo, conlleva atentar contra la principal finalidad que pretende alcanzar la consolidación de un sistema codificado: la seguridad jurídica. Se está hablando de la obligada necesidad de garantizar que la resolución de todas las controversias jurídicas sea conforme a las exigencias que posee la nación alemana, en contraste con las distintas realidades del derecho en tiempos pasados. Pudiéndose evidenciar tanto en el Derecho canónico y Derecho romano, como ejemplos en los que ninguna de estas fuentes puede ser utilizada para resolver las controversias jurídicas del país. Respecto a la primera fuente, afirma que es ineficaz, porque "no es más que un montón de disposiciones oscuras, mutiladas e incompletas, (…), y tan despótico en la consideración de la influencia del poder espiritual en los asuntos seculares que ningún gobernante prudente puede sujetarse por completo al mismo"[6]. Y con respecto a la segunda fuente, tampoco se puede pedir su "ayuda", a causa de que "no poseemos las ideas del pueblo romano, (…) para nosotros constituye un enigma"[7]. Por lo tanto, el uso de una pluralidad de ordenamientos jurídicos anteriores se encuentra lleno de fragmentos incompletos que no poseen suficiente firmeza, por lo que se consideraba que los alemanes se veían en la necesidad de formular nuevas obras que se adecuen a la época y rompan con las anteriores establecidas.

Así mismo, Thibaut en su escrito prevé la posible crítica de la escuela historicista y sentencia que, si el Derecho se funda en las realidades propias de un pueblo, sus costumbres, territorio, clima, etc., supone considerar la posibilidad de "declarar todo lo imaginable como justo (…), ya que se encontrará que hasta lo más disparatado ha contado en alguna ocasión con partidarios"[8]. Por lo tanto, se puede caer en el error de considerar como justo algo que en realidad no lo es por el simple contexto de un pueblo. Además el fundar el Derecho en esta situación sería contrario a las exigencias del mismo pues, este "debe ser empleado para conciliar los hombres y no para afianzarlos en sus hábitos relajados o para enaltecer sus

[6] THIBAUT, Anton, cit. (n.4), p. 13
[7] THIBAUT, Anton, cit. (n.4), p. 15
[8] THIBAUT, Anton, cit. (n.4), p. 34

vicios, sino para imponerles una plena sensatez y sacarlos del pantano del miserable egoísmo y la mezquindad"[9]. Es así como se llegaría a la conclusión de que la postura que plantea Savigny con sus postulados de la escuela histórica del derecho es un terrible error.

Thibaut defiende firmemente la puesta en marcha para la redacción de un Código que perdure y sea símbolo de unificación del desequilibrado ordenamiento jurídico alemán. Responde a la necesidad de poner fin al variable acontecer diario de sucesos que dan lugar a relaciones de difícil conciliación, y por ende suponen un obstáculo para una ejecución íntegra del Derecho en la que no se vea afectado por la carente falta de unicidad en su esencia. Para lograr este objetivo la ley debe posicionarse de forma superior y exclusiva en todo el ordenamiento jurídico. Esto va de la mano con el cumplimiento sin mayor objeción alguna de la voluntad del legislador y agregado a lo anterior se plantea una última idea, la cual manifiesta que el código debía ser patrimonio de todos, cuyos principios deben ser puestos al conocimiento de todos. Con esto se exterioriza el deseo de Thiabut de la exigencia de transparencia del derecho, es decir, un ordenamiento jurídico que pueda ser conocido por todos, pues si se realiza de esta manera "cada uno tendría la ocasión y la esperanza de colaborar en el ulterior perfeccionamiento de esta gran obra nacional".

El jurista civilista también considera que sería de gran valor que todos los jurisconsultos alemanes tuvieran un mismo objeto para sus investigaciones, para que mediante la constante comunicación de sus ideas en torno a la misma obra puedan apoyarse mutuamente, y que en consecuencia acabaran por completo los problemas en que caían los juristas de aquel entonces por las innumerables leyes particulares.[10] Y, según Thibaut, con esto se pone en evidencia el error que comete Savigny al momento de plantear un ordenamiento jurídico basado en la labor de los juristas y en las costumbres de los pueblos.

4. Contraposición de Savigny a Thibaut

El libro de Savigny, muy aparte de tener la finalidad de presentar su propuesta de un ordenamiento jurídico dirigido por juristas en su actividad científica, tiene como fin criticar el libro de Thibaut pues surge como una respuesta crítica a este. Es así que todo lo que a lo largo de su libro se encuentran grandes contraposiciones directas entre ambas tesis (más de las que Thibaut prevé en su libro).

Es así como el jurista de la escuela histórica del derecho afirma que el triunfo de la unificación de todo el derecho en un único código atenta fuertemente con la doble naturaleza de todo ordenamiento jurídico: material y formal. Esto debido a que, en el intento de englobar la pluralidad de fuentes existentes en la realidad, se comete el grave error de obviar la naturaleza social y jurídica del hombre que se desenvuelve en una gran variedad de relaciones jurídicas que se enmarcan en tiempos y lugares diferentes. Por ende, al homogenizar todas las relaciones jurídicas en un código es imposible que no se pierdan sus peculiaridades y exigencias específicas que son precisamente las que dan sentido y razón de ser a la labor interpretativa del jurista.

Asimismo, Savigny afirma que resulta falso asegurar que un derecho nacional sea garante de la más elevada certeza jurídica y con ello la más elevada seguridad de una aplicación uniforme, ello es así porque depende realmente de los medios utilizados en su ejecución, por lo que existen las mismas posibilidades de salir ganando o perdiendo.

La elaboración de un código por la intervención exclusiva del legislador no es consciente del reto que supone la completitud que supuestamente recoge su contenido. En este sentido, es falso alegar que la codificación es el único medio que asegura el cumplimiento de las garantías formales del ciudadano y a su vez la convivencia pacífica y segura. Tampoco el código garantiza un conocimiento completo de los casos singulares en sí mismos para resolver cada uno de ellos mediante el artículo correspondiente, sino que más bien da lugar

[9] THIBAUT, Anton, cit. (n.4), p. 36
[10] THIBAUT, Anton, cit. (n.4), p. 21

a una insatisfacción por parte de los ciudadanos al momento de recibir las sentencias de sus casos. Esto se daría porque el juez al no poder interpretar ni recurrir a otras fuentes como la jurisprudencia, aplicaría leyes con supuestos abstractos parcialmente o mínimamente cercanos al caso concreto presentado e intentará alcanzar a la fuerza una resolución, que como resulta evidente, será inconsistente e inclusive injusta.

Aún más, al negar la naturaleza de la jurisprudencia como fuente productora del derecho y defender la supremacía de la ley como única fuente y manifestación del derecho, el legislador supedita todo el sistema jurídico a su voluntad, convirtiéndolo en un sistema cerrado. El legislador supone un peligro al desarrollo espontáneo de la historia, que es precisamente donde el derecho encuentra su origen, y cierra toda posibilidad de mantener puro el derecho efectivo, que yace en la voluntad propia del pueblo.

Savigny sostiene que la imposición de un sistema codificado en la nación alemana resulta indefectiblemente nocivo no sólo para el carácter histórico que tiene el derecho, sino también perjudicial para el desempeño de la labor del jurista en el mundo jurídico. Todo aquello repercute directamente en la sensación de conformidad que tendría el pueblo respecto a su sistema jurídico. Esto no es baladí pues es al pueblo a quien verdaderamente se le debe el reconocimiento justo de sus derechos y que no existan preferencias injustas.

Como se mencionó anteriormente una de las principales consecuencias del asentamiento de un único código nacional es el de contravenir la identificación del origen del derecho con la conciencia del pueblo. Savigny realiza un peculiar énfasis en este punto debido a que sostiene que es literalmente imposible reunir las singularidades de cada pueblo en un todo homogéneo (su lenguaje, costumbres, religión, constitución) sin que de la mano se pierda el verdadero origen del derecho y con ello la imposición arbitraria de una solución desfasada a las singularidades actuales.

El jurista de la escuela histórica propone que peor aún es pretender justificar que la voluntad del legislador será capaz de resolver toda controversia con la mayor rectitud y justicia posible. Ello implica ocultar el hecho innegable que todo hombre por su naturaleza al ostentar el poder siempre se inclinará al beneficio de una minoría, a la creación de leyes que estén acordes a las exigencias de su grupo social. Y por tanto, cualquier sistema jurídico que se base en una naturaleza abstracta del individuo se enfrentará a que cada caso requiere un análisis diferente y solución concreta. Esto lo afirma el autor cuando dice: "Pero quien haya observado con atención casos litigiosos se dará cuenta fácilmente de que esta empresa ha de ser infructuosa, porque los casos reales presentan diversidades más allá de lo imaginable"[11].

Por tanto, rechaza totalmente cualquier intento de reducir al derecho como manifestación exclusiva de la ley, y negar la riqueza de fuentes que pertenecen a él y respetan la historicidad del derecho. De acuerdo con lo expuesto, Savigny revaloriza la naturaleza de la jurisprudencia como fuente del derecho y con ello el accionar del juez, quien es el encargado de hacer un correcto ajustamiento de lo justo al caso concreto, incluso si ello implica inaplicar una ley.

Concluye que el derecho encuentra su origen en la convicción del pueblo, que permanecerá como elemento vivo de una sociedad, en la medida en que su configuración vaya de la mano con el desarrollo espontáneo de la historia. Asimismo, reclama un mayor énfasis en la labor interpretativa judicial y el otorgamiento de los medios necesarios para su realización.

Se finalizará este apartado con una cita de Savigny que desvela su dura y firme aversión a un sistema codificado: "el código mediocre tiende a fortalecer el predominio de una concepción del Derecho rígida e inanimada"[12].

---

[11] SAVIGNY, Friedrich, cit. (n.5), p. 64

[12] SAVIGNY, Friedrich, cit. (n.5), p. 66

III. Solución al problema: Síntesis de Hegel

Ante tal enfrentamiento jurídico, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, un filósofo coetáneo a los juristas mencionados a lo largo del debate, también se ha manifestado para dar una conclusión ante tal problema. Un primer acercamiento a sus escritos permitiría llegar inexorablemente a la conclusión de que su apoyo en esta cuestión es para el jurista civilista Thibaut con algunos matices. Esto se ve en su un pasaje de su obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts* donde argumenta contra las teorías propuestas por Gustav Hugo, otro jurista de la escuela historicista del derecho, identificando el derecho positivo con la ley y por ende resulta partidario de la codificación propuesta. Además, esto se termina de aclarar en la publicación del curso de Lecciones donde menciona: "La forma en que el derecho es ley, es una forma esencial. Cuando se pregunta qué es ahora derecho, de acuerdo a qué derecho puedo yo ser tratado, la respuesta es: aquello que es ley"[13].

A pesar de lo mencionado previamente, Hegel no apoya del todo las teorías de Thibaut, sino que es consciente que un código es necesario, pero no sería posible que se tratase de una obra destinada a mantenerse ajena a continuos perfeccionamientos e integraciones. Es decir que aquel código propuesto sería incompleto: "Un código perfecto, completo es un ideal irrealizable; debe siempre ir perfeccionándose. Un código del derecho debe por tanto existir, pero este código se perfecciona siempre, se hace siempre"[14].

Esto aun no podría ser tomado como una síntesis de ambos juristas mencionados previamente, sino solo es un diferente punto de vista al de Thibaut. A pesar de ello, el filósofo también sostiene que es utópico sostener que la realización de un código conseguiría relegar la actividad de los juristas a un mero uso mecánico de la ley que esté establecida en el código. Aquellas disposiciones inevitablemente necesitarían de una constante actividad científica de los juristas para interpretarlas. Esto se puede apreciar en el siguiente pasaje de Hegel:

"Las prácticas de los tribunales y las distinciones resultantes de los casos, aquello a partir de lo cual se desarrolla la necesidad de ulteriores determinaciones y el perfeccionamiento indeterminado del intelecto jurídico contrastan con la necesaria simpleza de las leyes"[15].

Por lo tanto, se llega a la conclusión de que Hegel también es consciente de las ideas de Savigny y las acoge pues defiende un espacio para que los juristas interpreten las leyes y resalta el valor de la decisión judicial.

Y es así que dentro de sus escritos se pueden encontrar multiplicidad de pasajes en los que parecería que se decanta por uno u otro autor. En esta ocasión, siendo fiel a los pasajes de Hegel y sobre todo a su teoría de la dialéctica, se puede observar cómo se llega a una síntesis de este problema donde Hegel acoge lo mejor de las tesis y antítesis de ambos juristas alemanes protagonistas de esta discusión.

Hegel sostiene que la actividad judicial no debe reducirse a aplicar mecánicamente la ley, ni tampoco el juez está en condición de hacerlo. Esto únicamente sería posible si derecho y ley fueran una y la misma cosa. Pero la ley es solo una norma abstracta y general que posee validez para una gran cantidad de posibles casos; mientras que el juez siempre se encuentra en la necesidad de dar un veredicto en una situación real concreta. Entonces, la abstracción de la norma requiere de la actividad judicial para que esta sea aplicada al caso concreto. Es justo aquí, en este paso de lo abstracto a lo concreto donde el juez posee el

---

[13] HEGEL, Georg, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* en BECCHI, Paolo, *La codificación posible: Hegel entre Thibaut y Savigny,* en *Anuario de derecho civil* 48 (1995) 1, p. 207

[14] HEGEL, Georg, cit. (n. 13) p. 208

[15] HEGEL, Georg, cit. (n. 13) p. 211

espacio para llevar a cabo su labor creativa y jurisprudencial. La ley en sí misma representa solo una garantía que podría decirse formal, pero el juez tiene la obligación de actuar de tal modo que al ciudadano que requiera de la justicia, no solo le sea garantizada la seguridad jurídica formal, sino que también se haga justicia concreta en el caso correspondiente. Es así que el trabajo del juez consiste en actuar de tal forma que la determinación abstracta y general de la ley, en contacto con los casos de la vida, pueda hacerse concreta. Para llevar a cabo dicha labor debe tener un margen suficiente de intervención y de libertad, y de interpretación de las normas. Debe actuar de tal modo que las determinaciones que la ley demanda puedan llegar a perfeccionarse con libertad. Entonces, el autor también propone que si surgiera un conflicto entre el formalismo de la ley y el derecho justo del ciudadano el juez debe primar este último.

Ya se ve que la distinción que hace Hegel entre ley y derecho es clave para resolver el problema.[16] Está en la esencia misma de la ley que esta sea universal, que haga abstracción de los casos concretos y adquiera así validez general para una multiplicidad de casos. Pero esta misma naturaleza de la ley hace que represente solo un momento de la realización del derecho. El otro momento para la realización del derecho es llevado a cabo por la actividad del juez que debe llevar la ley a la realización concreta. En este punto de la línea dialéctica hegeliana el formalismo de la ley queda superado.

El juez debe decidir en una situación concreta, se somete a un tiempo y un espacio determinado al tratar el caso, hace justicia en un aquí y en un ahora; debe asegurarse de que se haga justicia, de que se realice el derecho, pero la actividad judicial, sigue permaneciendo dependiente de la ley. En efecto Hegel, ya habiendo reconocido lo erróneo que es reducir la función del juez al mero mecanicismo de la subsunción de la norma, tampoco considera correcta la idea que equipara la función judicial a la del legislador. La relación del juez con la ley no debe entenderse como si la actividad de éste pueda sustituir a la del legislador pues toda decisión judicial depende de la ley, presupone una ley para que sea aplicada en el caso concreto. Ninguna decisión judicial sería posible sin la existencia de una norma. Las actividades del juez y del legislador deben mantenerse separadas y distintas. Si las dos actividades se unieran, en ese supuesto, el juez se encontraría en condiciones de poder producir él mismo la norma para el caso concreto sometido a juicio y de esta manera ya no tendría lugar la subsunción, como tampoco podría hablarse de la importante seguridad jurídica que desea tener todo ciudadano.[17]

Aquí habla Hegel de subsunción, pero ello no significa que acepte la imagen según la cual la decisión judicial se reduce a una mera operación lógica del caso concreto bajo la ley. Ciertamente tal subsunción debe tener lugar, pero constituye una parte y no la más importante de la actividad del juez. Si Hegel habla de subsunción es porque la decisión del juez no es una creación originaria del derecho sino el resultado de una actividad referida a la actividad del legislador, a la ley. En este sentido hay subordinación de la decisión judicial en su encuentro con la ley, pero se trata de una subsunción innovadora o creativa. En este sentido la aportación del juez depende de la ley. Una subordinación razonable del juez a la ley, aun reconociendo el carácter innovador de su actividad, sigue siendo la mejor garantía para la seguridad del ciudadano. Es además la elección políticamente más coherente con la exigencia de una mayor transparencia y publicidad del poder. Desde este punto de vista Hegel, sin duda presenta trazas del racionalismo jurídico, subraya en efecto la importancia de

[16] BECCHI, Paolo, cit. (n. 13) pp. 214-215
[17] BECCHI, Paolo, cit. (n. 13) p. 215

someter la actividad del juez al control critico de la opinión publica: la institución del jurado, la forma colegiada y la publicidad de los tribunales se introducen con esta finalidad.[18]

Por otro lado, Hegel sostiene como fundamental establecer una relación de mutua fe entre el ciudadano y el jurista. Esta fe es de extrema importancia en cuanto que la creciente complejidad de las relaciones sociales lleva consigo a su vez un desarrollo de las determinaciones jurídicas de modo tal que el ciudadano no está ya en condiciones de tener plena conciencia de las mismas.[19] En una situación tal, en la que el derecho, en cuanto sistema de leyes cada vez más complejo y automatizado, parece hacerse extraño y ajeno a la conciencia del hombre, es tarea del jurista actuar de tal modo que este sentido de alienación pueda superarse a través de su actividad concreta.[20]

Entonces se concluye que el juez se encuentra en el centro de una dualidad: por una parte, depende del formalismo de la ley, por otra su obligación es superar tal formalismo y decidir de acuerdo con la justicia en el caso concreto.[21] Estos dos aspectos, el de la dependencia y el del carácter innovador de la actividad judicial en la aplicación de la ley, son caras de una misma moneda, van juntos si se quiere hacer verdadera justicia. Si no se tiene esto en consideración se cae o bien en el extremo de infravalorar el rol del juez o bien en el opuesto, de sobrevalorar en exceso la actividad judicial. El carácter de dependencia del juez respecto a la ley garantiza al ciudadano su seguridad jurídica formal y la seguridad de que se le va a dar lo que se le es debido, lo suyo, su derecho.

Estos dos caracteres no están necesariamente contrapuestos sino que se complementan mutuamente. En esta complementariedad el derecho de los juristas no aparece ya como un derecho que se contrapone a la ley, sino como una armonía de ambos aspectos para el bien de las personas de una comunidad.

IV. Conclusiones

Bastante se ha concluido ya con la síntesis previamente expuesta de ambas tesis de los juristas. Ningún extremo que ambos juristas proponían era correcto, pues no contemplaban correctamente la naturaleza de un ordenamiento jurídico. El derecho no es solo el derecho positivo legislado en un código perfecto que demanda de la mínima intervención de los jueces para que funcione correctamente, pero tampoco el ordenamiento jurídico es exclusivamente jurisprudencia y costumbres. Es así que una posición de síntesis entre ambas tesis es la correcta, aquella a la cual se puede llegar siguiendo profundamente los pasajes de Hegel.

Los postulados que ambos juristas sostenían eran atractivos para el resto de la comunidad alemana porque encerraban algo de verdad en sus discursos. Por un lado se tiene que sí hay la necesidad de un código que representa la unidad de una misma nación para consolidar de manera firme la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Y por el otro lado, es importante la revalorización de la labor del jurista y de las costumbres de cada pueblo, pues es con la cultura del ser humano que nace el derecho y por ende no pueden separarse el uno del otro. El derecho nace con las costumbres al ser un medio del hombre para asegurar su correcto desarrollo como personas y por eso es importante analizar cómo han ido evolucionando a lo largo del tiempo las diferentes figuras jurídicas.

---

[18] Cfr. HEGEL, Georg, cit. (n. 13) p. 216
[19] BECCHI, Paolo, cit, (n. 13) p. 216
[20] Cfr. HEGEL, Georg, cit. (n. 13) pp. 215-216
[21] BECCHI, Paolo, cit, (n. 13) p. 216

La contraposición entre ambos autores principales durante la primera parte de este trabajo resulta bastante relevante para poder comprender aquellas falencias que tienen ambas visiones y qué de verdad hay en sus postulados. Por ende, se concluye también que la investigación y discusión de ideas jurídicas es enriquecedora para que se pueda llegar a un punto medio que sea razonable; y así ir mejorando cada vez más las teorías del derecho. Para este objetivo está claro que el estudio de la historia del derecho es vital pues muestra precedentes sobre los cuales se puede sacar nuevos aprendizajes.

La discusión entre Thibaut y Savigny, y la solución de Hegel debería de tenerse en cuenta actualmente para rescatar el valor de las fuentes del derecho que hoy en día se consideran como secundarias y también para promover la discusión entre teorías jurídicas para buscar que la ciencia del derecho avance.

Bibliografía

BECCHI, Paolo, *La codificación posible: Hegel entre Thibaut y Savigny,* en *Anuario de derecho civil* 48 (1995) 1

COMELLAS, José Luis, *Historia breve del Mundo Contemporáneo* (2ª edición, Madrid, Rialp, 1998)

HEGEL, Georg, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* en BECCHI, Paolo, *La codificación posible: Hegel entre Thibaut y Savigny,* en *Anuario de derecho civil* 48 (1995) 1

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (s.f.). Maremágnum, *Diccionario de la lengua española.* [Visible en internet: https://dle.rae.es/maremágnum]

SAVIGNY, Friedrich, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (Heidelberg, 1814)

THIBAUT, Anton, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania* (Heidelberg, 1814)

VERNEAUX, Roger, *Historia de la filosofía moderna* (3ª edición, Barcelona, Herder, 1971)

LA PERSONA: SUJETO DE DERECHO O SER DE DIGNIDAD*

[*The person: subject of law or being of dignity*]

Maximiliano Andrés Urrutia Pizarro
Universidad de los Andes

Resumen:

El concepto de persona humana, reconocido en diferentes legislaciones internacionales, tiene su origen en el Derecho romano, el cual procede de la lógica jurisprudencial de la época, la cual permitió un avance considerable en la idea de persona y dignidad humana, logrando una coexistencia entre ambos términos tanto para los ciudadanos romanos, como los extranjeros y los esclavos.

Palabras claves: Persona- Dignidad- Extranjeros-Esclavos.

Abstract:

The concept of human person, recognized in different international legislations, has its origin in Roman Law, which comes from the jurisprudential logic of the time, which allowed a considerable advance in the idea of person and human dignity, achieving a coexistence between both terms for Roman citizens, as well as foreigners and slaves.

Key Words: Person- Dignity- Foreign-Slavery.

I. INTRODUCCION

El concepto de persona ha sido discutido en las diferentes codificaciones. La pugna que existe se basa principalmente si entender a la persona como un sujeto de derechos y obligaciones, o una persona como todo individuo de la especie humana. El código civil prusiano de 1794, en su título primero "*De las personas y sus derechos en general*" (Von Personen und deren Rechten überhaupt), establece en su §. 1 "*El hombre se denomina persona en cuanto goza de determinados derechos en la sociedad civil*"[1]. De acuerdo con el tenor literal de la norma, se establece una concepción de persona como sujeto de derecho.

Por otra parte, el Código Civil Chileno en su art. 55 dice "*son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*". Por otra parte, el art. 74 del mismo Código Civil Chileno, el cual dice "*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás*". Es decir, de acuerdo con el tenor literal de las normas, se puede afirmar que, el

* **Primer congreso internacional de ayudantes y estudiantes de historia del derecho y derecho romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[1] I,1 §1 Preuß. ALR: "Der Mensch wird, sofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, Person genannt".

no nacido o *nasciturus*, adquiere sus derechos desde su nacimiento. Cabe destacar que la norma dice que la existencia legal de toda **persona** principia al nacer, por lo que, se desprende del Código Civil. El reconocimiento del no nacido como persona, aunque no pueda adquirir derechos hasta su nacimiento. Por otra parte, cabe señalar que la misma norma en su art. 75 establece que la ley protege la vida del que esta por nacer. Es decir, haciendo una interpretación extensiva de las normas, se puede entender que el *Nasciturus*, al ser un ser humano no nacido, se considera persona, y, por lo tanto, es sujeto de protección jurídica.

II. ORIGEN DEL CONCEPTO DE PERSONA

El concepto de persona proviene del latín *persōna*, que significa '*máscara de acto*r' o '*personaje teatral*', y este del etrusco *phersu*, que a su vez viene del griego *πρόσωπον (prósōpon*), que significa precisamente '*máscara*'[2]. Veamos a continuación, cómo se entendía este concepto en el Derecho Romano. El concepto de persona es muy discutido entre los juristas; Podría entenderse de dos maneras. La primera acepción romana de persona se refiere al rol o función que se cumple en la sociedad. Así encontramos diferentes manifestaciones en el *corpus iuris civil*, tales como: *sustinere* (que sustenta), *persona militis* (que cumple rol de soldado), persona *suscipece habere* (que representa a otro), *persona gerere* (que administra),[3] tal como consta en Ulpiano 13.41.1.34; en Constituciones de Constantino del año 326 d.c., (C.8.5.1) y del año 319 d.c. (Código Justineaneo 6.60.1.1).

Por otro lado, la acepción contrapuesta del sentido de persona se da gracias a la influencia estoica[4], con la exaltación de la idea de comunidad universal, posteriormente recepcionada por el cristianismo. Uno de sus expositores más influyentes fue Cicerón, que en su obra "*de Legibus*", afirma que todos los hombres han sido creados iguales.[5]

En cuanto a las fuentes jurídicas, Gayo en sus Instituciones plantea:

II.8: "Todo derecho del que nos servimos se refiere a las personas, o bien de las cosas, o a las acciones. Trataremos ante todo lo que se refiere a las personas".

II.9: "En primer lugar, la división generalmente aceptada como principal en lo relativo a la posición de las personas es esta: Todos los hombres son o bien libres o bien esclavos".[6]

En esta cita, Gayo hace sinónimos a los conceptos de persona y hombre, por lo que, cuando afirma que todos los hombres, se refiere a todas las personas. Las cuales son o libres o esclavos. En otras palabras, todos los hombres son personas, aunque en realidad algunos individuos tienen más o menos derechos. Esto entendido desde el sentido subjetivo de *ius*. Es decir, como Derecho o facultad de obrar reconocida por el ordenamiento jurídico. Como por ejemplo, el derecho de usar y adquirir los frutos (*Ius utendi etfruendi*), el derecho sobre cosa ajena (*Ius in re aliena*), el

[2] Zavala Olalde, Juan Carlos La noción general de persona. El origen, historia del concepto y la noción de persona en grupos indígenas de México. Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey [en linea]. 2010, (27-28), 293-318[fecha de Consulta 29 de marzo de 2021]. ISSN: 1405-4167. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=38421211013.

[3] Alvarado Chacón, Joaquín Rafael La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de la américa Latina. Anuario tomo XXV 2002, pág. 23- 88.

[4] Maureira Pacheco, Max. (2006). La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna. Revista de estudios histórico-jurídicos, (28), 269-288.

[5] Cicerón, M.T. (2016) Traducción de Álvarez Pimentel, J. (2016). Universidad Autónoma de México. Pág. 24-28.

[6] Samper Polo, Francisco. Las instituciones de Gayo, editorial jurídica de Chile. Año 2000. Pág. 3-5.

derecho a poseer (*Ius possidendi*), o el derecho a contraer un matrimonio válido (*Ius conubii*).[7]Esta diferencia ocurre debido a tal como plantea el profesor Fortunat Stagl "Gayo reconduce a todos los seres humanos en el *genus* de persona con la finalidad de poderlos clasificar en *species* singulares, y estas especies representan los estatus alrededor de los cuales se articula la sociedad romana".[8]Es decir, en la sociedad romana todos los hombres eran personas, pero tenían un estatus jurídico diferente, debido a la situación jurídica en la cual se encontrara.

III. ORIGEN DEL CONCEPTO DE *DIGNITAS*

Nos parece que el concepto de *Dignitas* está relacionado esencialmente con la posición política y social. En efecto, la condición principal para adquirir dignidad es la acción política, la pertenencia al Senado, junto a la integridad moral. Tamás Nótári, postula, que la *dignitas* no es más que el interés propio o el honor adquirido por el origen[9]. Este tiene su origen en el servicio entregado a las *Res pública.*[10] Por lo que, aquellos que solo participaban de la vida privada, no eran susceptibles de *dignitas*. Por otro lado, esto no quiere decir que no sean personas. El mismo Cicerón afirmaba, *optimus quisque* son todos los ciudadanos romanos de buena casta, la gente que pertenece al orden del nivel más alto, los habitantes de la ciudad de Roma, los agricultores, los comerciantes, los esclavos liberados, quienes naturalmente no son malvados, y los que no encuentran alegría en las luchas internas. Contra los *optimates* sólo se enfrentan los depravados aventureros, los subversivos de la vida pública: "Y estas gentes tan diferentes, ¿qué tiene en común? El objetivo unificador de todos los ciudadanos serenos, de los buenos ciudadanos con un estilo de vida ordenada es preservar la paz y el mantenimiento de la dignidad"[11].

Se puede apreciar en la lógica romana la importancia de la *Dignitas*. Planteando a esta, como un objetivo unificador de todos los ciudadanos.

De este modo, como vimos, el pensamiento romano concede una gran importancia a la *dignitas* y la plantea como una aspiración misma de la sociedad romana. Una de las diferencias que tenían aquellas personas con *dignitas*, se daba en la aplicación diferenciada de las penas. Esto, ya que el sistema penal estaba instituido considerando los grados de dignidad. El mismo Ulpiano comenta que "*Pues ha de saberse que hay diferencias en las penas y que no todos pueden sufrir los mismos castigos"*[12]. Del mismo modo, Cicerón afirma que "*La igualdad misma es desigual cuando no conoce grados de dignidad"* [13].

---

[7] Fernández de Buján, A. (2016). Conceptos y dicotomías del IUS. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (3).

[8] Fortunat Satgl, (2021). Camino desde la servidumbre: Escritos sobre la servidumbre en la Antigüedad, su derrota y la amenaza de su retorno. Editorial DYKINSON, S.L. p. 27

[9] Nótári, Tamás. (2010). La Teoría del Estado de Cicerón en su "Oratio pro Sestio". Revista de estudios histórico-jurídicos, (32), 197-217. https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552010000100008

[10] Cicerón, M.T. Oratio Pro Sestio (1845) traducido por Halms, C. 51,140.

[11] *Numero, si quaeris, innumerabiles, neque enim aliter stare possemus; sunt principes consili publici, sunt qui eorum sectam sequuntur, sunt maximorum ordinum homines, quibus patet curia, sunt municipales rusticique Romani, sunt negoti gerentes, sunt etiam libertini optimates. Numerus, ut dixi, huius generis late et varie diffusus est; sed genus universum, ut tollatur error, brevi circumscribi et definiri potest. Omnes optimates sunt qui neque nocentes sunt nec natura improbi nec furiosi nec malis domesticis impediti. esto igitur ut ii sint, quam tu 'nationem' appellasti, qui et integri sunt et sani et bene de rebus domesticis constituti. Horum qui voluntati, commodis, opinionibus in gubernanda re publica serviunt, defensores optimatium ipsique optimates gravissimi et clarissimi cives numerantur et principes civitatis.* C. 97. *Quis ergo iste optimus quisque?*. Cicerón, M.T. Oratio Pro Sestio (1845) traducido por Halms,

[12] Dig. 48.11, 1.11, Ulpiano

[13] Rep. 1,43

A pesar de los dicho más arriba, la *dignitas* está profundamente ligada a la prerrogativa de la libertad, de tal manera, que dignidad y esclavitud son inconcebibles en la lógica romana. De este modo, solo los libres o los libertos pueden tener dignidad.

IV. CAMBIOS EN LOS ESTATUS

La lógica de los estatus comienza a desaparecer desde el siglo I D.C, puesto que, gracias al trabajo de los juristas, el concepto de persona comienza a extenderse a los esclavos, quienes ya no serían considerados cosas, como ocurría en el derecho romano arcaico. [14]Desde este momento comienza a surgir la idea de dignidad de la persona humana, entendido de acuerdo con el concepto moderno de persona[15]. Si bien, se debe entender que esta concepción, no quiere decir, que tengan el mismo "estatus" que los ciudadanos romanos, puesto que no podían ser considerados sujetos de derecho.[16] De todas maneras, el trabajo de los juristas permite el reconocimiento de ciertas protecciones jurídicas. Se da en el caso del reconocimiento de los grados de parentesco de los esclavos (*cognatio servilis*), y, a partir de este mismo reconocimiento, se les son aplicables las prohibiciones cognaticias generales, como es el incesto[17]. Otro caso similar ocurre con la dote que otorga la mujer a su marido, puesto que, si el matrimonio termina, los juristas establecieron que era posible que la esclava pidiese la restitución, en virtud de un principio recogido de la legislación imperial, el "*favor libertatis",* el cual establece, que, frente a cualquier duda, se debe decidir a favor de la libertad del esclavo[18]. De todas maneras, los juristas niegan la posibilidad de solicitar la restitución por medio de la *actio rei uxoriae*, por tener la calidad de esclava. [19]

Otro cambio que provocó la alteración de los estatus, fueron las limitaciones que se establecieron en el patronato del *Pater Familias*. Puesto que el amo podía perder sus derechos de *patronus* en el caso de que fuera culpable de las más graves violaciones frente al liberto[20].

Con el avance del tiempo y con la difusión del cristianismo en el siglo IV D.C, particularmente desde Constantino en adelante, se producen importantes cambios como la dictación del edicto de Milán del 313 D.C, el cual establece la libertad religiosa, la cual ya era expresada por Tertuliano en el siglo III D.C. "*derecho humano fundamental, un privilegio natural, que todo hombre pueda expresar su fe según sus propias convicciones"*[21]. El mismo, quien posteriormente acuña el término *libertas religionis*. Posteriormente, con la nueva orientación de Juliano y su intento de restaurar los cultos

[14] Spengler, Hans-Dieter: "Zum Menschenbild der römischen Juristen", en: *JuristenZeitung* 66, 2011, pp. 1021-1030

[15] Art. 55 del Código Civil Chileno, publicado el diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 14 de diciembre de 1855. (última versión 11 de septiembre de 2020) Recuperado de: http://bcn.cl/2f6t3

[16] Spengler, cit. (n.8), p. 1027.

[17] Albanese, Bernardo: Le persone nel diritto privato romano, Palermo, Montaina, 1979. Pág. 109-116.

[18] Fortunat Stagl, "El «favor libertatis»: una «institución particular» A propósito de Marcell. D. 28, 4, 3 pr. -1", en esta colección, primera parte, número III. Urbanik, "On the uselessness of it all: the Roman law of marriage and modern times".

[19] Gai. 4.62; D 24,3,21.

[20] Masi Doria, Bona libertorum, 1996, Waldstein, Operae libertorum, 1986, y Waldstein, Ins Herz geschrieben, 2010, pp. 51-76. También en D'ors, Álvaro 1991. En cuanto explica citando a Seneca, que no solo su sepultura debe ser una *res religiosa*, sino que el mismo esclavo es una *res sacra*. Por lo que con posterioridad surgieron diferentes legislaciones para regular esta situación, como es la ley Petronia (de Agusto o Tiberio, completada por los senadoconsultos la cual reprimía echar a los esclavos a las fieras de circo. También se menciona como Adriano y Claudio sancionaron la muerte del propio esclavo, aunque hubiera cometido un delito o de un esclavo ajeno.

[21] Riobó, Alfonso (2013). *La libertad religiosa en el pontificado de Benedicto XVI: La Santa Sede en la ONU*. Palabra. p. 9

tradicionales. Otro cambio importante de la época fue la obra reformadora de Teodosio y su decisión de declarar al cristianismo la religión oficial del Estado. [22]

Por otro lado, los extranjeros, podían encontrarse en la posición jurídica de esclavos o libres. Primeramente, eran esclavos todos los enemigos de guerra que fueran capturados. Esta es una de las causas normales de esclavitud[23]. En cambio, aquellos que eran considerados libres, se dividían en dos grupos. Primeramente, aquellos que no tenían cabida en la sociedad romana[24], por lo que solo eran considerados bárbaros. Y, luego, aquellos a los que se les dio *commercium*, es decir, del derecho de celebrar contratos que producen efectos[25], y *connubium*, es decir, del derecho de contraer matrimonio válido bajo el derecho romano con un ciudadano de Roma[26]. Siguiendo esta lógica, se puede afirmar, que el extranjero con los atributos mencionados sí era susceptible de protección jurídica, pero solo respecto de los derechos que le fueron otorgados. Esto fue posible mediante la creación jurídica del pretor de las acciones ficticias. Estas son aquellas cuya *intentio* aparece una *fictio*. El pretor recurre a esta técnica de las ficciones para superar el caso concreto de inexistencia o existencia de algún elemento del *ius civile*, que impide ejercer cierta acción civil, ordenando al juez que finja no existir el elemento jurídico existente, o existir el no existente, lo que hace posible entablar dicha acción[27]. Esto permitió a los extranjeros poder ejercer acciones civiles, sin tener la calidad de ciudadanos romanos.

Ahora bien, por el contrario, en cuanto al concepto de *Dignitas*, con el progresivo derrumbe del orden político romano del siglo II D.C., comienza un cambio profundo en este concepto, creando así una evolución del concepto de una "dignidad política o social" a una "dignidad moral o intrínseca" [28]. En Cicerón, se pueden observar atisbos sobre esta evolución, en su libro *De officcis*. "*Atañe a toda cuestión moral tener presente siempre en cuánto aventaja la naturaleza del hombre a los animales domésticos y demás bestias. Estos no sienten sino deseo, y a este los lleva todo impulso. La mente del hombre, sin embargo, se alimenta aprendiendo y pensando, siempre busca y hace algo, y es guiado por el deleite de ver y oír. Incluso si alguien es un poco más propenso a los deseos… por mucho que sea cogido por el deseo, por vergüenza oculta y disimula el apetito por el deseo. De lo cual se entiende que el deseo del cuerpo no es suficientemente digno de la prestancia del hombre… si consideramos cuánta excelencia y dignidad hay en* ***nuestra*** *naturaleza comprendemos cuán indecoroso es disiparse por la lujuria".* [29]En este discurso, se puede apreciar un esbozo sobre la dignidad que posteriormente sería recogida por el cristianismo. Si bien, se debe destacar que aun el concepto no es muy claro en cuanto al reconocimiento de la dignidad universal intrínseca de la persona humana, sí es un claro acercamiento.

V. UNIFICACION DEL CONCEPTO

[22] Pérez vivo, Alberto. (1983). El Imperio Romano en el siglo IV: la nueva situación histórica. Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho, N°2, 256-257.
[23] Samper Polo, Francisco. (2017) Derecho romano. 191-192
[24] Fortunat Satgl, (2021). Camino desde la servidumbre: Escritos sobre la servidumbre en la Antigüedad, su derrota y la amenaza de su retorno. p. 30-31
[25] Kaser, Das römische Privatrecht, vol. I, 1971, pp. 35-36.
[26] Fernández de Buján, "Ciudadanía y universalismo en la experiencia jurídica romana", en RGDR 11, 2008.
[27] Guzmán Brito, Alejandro. (2013). Derecho Privado Romano, Tomo I. 175-178.
[28] Chuaqui Jahiatt, (1991), El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. Estudio de Viktor Pöschel pp. 10-16
[29] Cicerón, M. T. (1946). Los oficios (trad. M. de Valbuena). Buenos Aires: EspasaCalpe.

Posteriormente, en el año 212 D.C. con la promulgación de la *constitutio Antoniniana*. Se otorgó la ciudadanía romana a todos los hombres libres del imperio con excepción de los *deditici* [30]. Este edicto de Caracalla provocó que tanto ciudadanos romanos, libertos y extranjeros adquirieran la ciudadanía romana, haciendo así innecesaria la división por estatus, puesto que solo existían los ciudadanos romanos y los esclavos. De todas maneras, la esclavitud también fue siendo mitigada por la influencia del cristianismo y las diversas leyes que regularon la esclavitud. El concepto de persona era aplicado para todo aquel individuo de la especie humana. Este cambio en el concepto se refiere ahora a toda persona libre, sin hacer distinción[31]. Un claro ejemplo ocurre en las *Institutiones I. 4, 1, 5: «La pena del hurto manifiesto es del cuádruplo, tanto respecto a la persona de un esclavo (ex servi persona) como a la de un hombre libre; y del duplo la del no manifiesto».* Entendido como *persona servi*, aquella persona del esclavo, quien debe indicar que el esclavo, en cuanto es esclavo, puede ser perseguido. En cambio, en la ya superada concepción republicana, el esclavo no era tomado en consideración por el derecho, por lo que en consecuencia, no era siquiera punible. En el caso de que el esclavo hubiera realizado una acción ilícita su amo tenía el derecho de castigarlo o de entregarlo a la parte agraviada. Pero el autor del delito no podía ser condenado a pagar una pena, puesto que el dueño de este debía responder.

Ulteriormente, con la punibilidad aplicable al esclavo, se puede inferir de esto un claro reconocimiento de la calidad de persona en el sentido moderno[32].

Cabe destacar, que los delitos cometidos por el esclavo son sancionados de la misma manera que los cometidos por un hombre libre, también los delitos cometidos contra los esclavos son sancionados como si estos fueran libres, siempre que su amo lo deseará, como señala Gayo[33].

En cuanto a la *dignitas*, se puede apreciar como esta no estaba aún ligada al concepto de persona. Aunque todos los individuos de la especie humana, incluidos esclavos y extranjeros, eran susceptibles de protecciones jurídicas. No es hasta el asentamiento del cristianismo, en el siglo IV, en donde la persona es reconocida como digna intrínsecamente. De todas maneras, en Roma no se concebía la esclavitud como algo malo, siendo parte necesaria de su economía[34]. Un claro ejemplo de esta aceptación por parte del cristianismo a la esclavitud en la antigua Roma se pueda apreciar en la epístola de los Efesios, en donde Pablo de Tarso, también conocido como San Pablo, dice:

"Esclavos, obedeced a vuestros amos de este mundo con respeto y temor, con sencillez de corazón, como a Cristo, no por ser vistos, como quien busca agradar a los hombres, sino como esclavos de Cristo que cumplen de corazón la voluntad de Dios; de buena gana, como quien sirve al Señor y no a los hombres; conscientes de que cada cual será recompensado por el Señor según el bien que hiciere: sea esclavo, sea libre"[35].

---

[30] Bancalari Molina, Alejandro. (2000). RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUTIO ANTONINIANA Y LA IMITATIO ALEXANDRI DE CARACALLA. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (22), 17-29

[31] Berger, s.v. persona, en Encyclopaedic Dictionary of Roman Law, 1953, pp. 628-629. V. también en Esposito, Terza Persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale, 2007, p. 101.

[32] Fortunat Satgl, (2021). Camino desde la servidumbre: Escritos sobre la servidumbre en la Antigüedad, su derrota y la amenaza de su retorno. p. 36-38

[33] Gai. 3, 213.

[34] Acuña Barrantes, H. (2014). La historia de la economía desde roma hasta los cristianos. Revista Logos, Ciencia & Tecnología, 6(1),95-107.

[35] Ef 6, 5-8. Nueva Biblia de Jerusalén, ed. J. A. Urbieta - V. Morla - S. García, Bilbao, 1999, pp.

También se puede apreciar una idea similar en:

"Todos los que estén bajo el yugo de la esclavitud consideren a sus dueños como dignos de todo respeto, para que no se blasfeme del nombre de Dios y de la doctrina. Los que tengan dueños creyentes no les falten el respeto por ser hermanos, sino al contrario, que les sirvan todavía mejor por ser creyentes y amigos de Dios los que reciben sus servicios"[36].

Se puede apreciar claramente la aceptación por parte de del apóstol a la condición de esclavitud de ciertas personas, pero, además, se les otorga la esperanza de librarse del sufrimiento de la vida terrenal con la promesa de que después de la muerte y habiendo cumplido con los preceptos adoptados por la doctrina, encontrarán una vida plena y feliz al lado de Dios en el Reino del Cielo.[37]

Por lo que, la dignidad de la persona humana convivía con la lógica de la esclavitud en el mismo momento histórico, lo que, al momento de la abolición de la esclavitud, permite considerar al esclavo como una persona con dignidad intrínseca.

VI. CONCLUSIONES

Para concluir, cabe destacar que el concepto de persona surge con anterioridad al asentamiento del cristianismo, precisamente en el Siglo I D.C. con el trabajo de los juristas disolviendo así la lógica de los estatus parcialmente. Si bien, la posición del esclavo seguía existiendo. El esclavo era considerado una persona, pero no susceptible de *dignitas*.

Por otro lado, los extranjeros, fueron los más favorecidos con el edicto de Caracalla, puesto que se les reconocieron todas los derechos y obligaciones que un hombre libre pueda tener. Y, por lo tanto, susceptible de dignidad. Consiguiente, todo individuo de la especie humana es persona, cuya dignidad es reconocida con posterioridad.

Finalmente, en cuanto al concepto de *dignitas*, cabe mencionar que este convivía con el concepto de esclavitud en la realidad romana de la época, debido a la necesidad de estos en la economía. Lo cual, era aceptado por el cristianismo predominante de la época, según vimos anteriormente.

VII. BIBLIOGRAFIA

Acuña Barrantes, Henry (2014). La historia de la economía desde roma hasta los cristianos. Revista Logos, Ciencia & Tecnología, 6(1),95-107. [fecha de Consulta 19 de septiembre de 2021]. ISSN: 2145-549X. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751550008.

Alvarado Chacón, Joaquín Rafael La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de la américa Latina. Anuario tomo XXV 2002, pág. 23- 88.

1626-1632.

[36] 1 Tm, 6, 1-2., en Nueva Biblia de Jerusalén, ed. J. A. Urbieta - V. Morla - S. García, Bilbao, 1999, pp. 1650-1654.

[37] Cervino Hernando, R. (2013). La justificación teológica de la esclavitud: Agustín de Hipona. Actas del I congreso internacional de jóvenes investigadores del mundo antiguo (CIJIMA I). 739-763.

Albanese, Bernardo: Le persone nel diritto privato romano, Palermo, Montaina, 1979.

Berger, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953.

Bancalari Molina, Alejandro. (2000). RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUTIO ANTONINIANA Y LA IMITATIO ALEXANDRI DE CARACALLA. Revista de estudios histórico-jurídicos, (22), 17-29.

Cervino Hernando, R. (2013). La justificación teológica de la esclavitud: Agustín de Hipona. Actas del I congreso internacional de jóvenes investigadores del mundo antiguo (CIJIMA I). 739-763.

Cicerón, Marco Tulio (1994). Discursos IV (traducción de José Miguel Baños Baños) Madrid: Gredos.

Cicerón, Marco Tulio (1946). Los oficios (trad. M. de Valbuena). Buenos Aires: EspasaCalpe.

Cicerón, Marco Tulio (1845) (Volumen 1, Número 2) Oratio Pro Sestio (traducido por Carolvs Halms). Koehler.

Chuaqui Jahiatt, B. (19991). El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. Estudio de Viktor Pöschel. ARS MEDICA, 20 N°2, 10-16. https://doi.org/ https://doi.org/10.11565/arsmed.v29i1.347

D'Ors, Álvaro. (1991). Derecho privado Romano (8va ed.) Ediciones Universidad de Navarra.

Fortunat Satgl, Camino desde la servidumbre: Escritos sobre la servidumbre en la Antigüedad, su derrota y la amenaza de su retorno. Editorial DYKINSON, S.L.p. 30-31. 2021.

Fortunat Stagl, El «favor libertatis»: una «institución particular» A propósito de Marcell. D. 28, 4, 3 pr. -1. Revista general de derecho romano, N°34. 2020.

Fernández de Buján, Antonio: Ciudadanía y Universalismo en la experiencia jurídica romana, en: Revista General de Derecho Romano 11, 2008, RI §407109.

Fernández de Buján, Antonio: Conceptos y dicotomías del ius, en: Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid 3, 2000, pp. 9-43.

Guzmán Brito, Alejandro: Derecho privado romano, 2. ed., Santiago de Chile, LegalPublishing Thomson Reuters, 2013.

Kaser, Max: Das Römische Privatrecht, 2. ed., München, C. H. Beck, 1971.

Maureira Pacheco, Max, La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna. Revista de estudios histórico-jurídicos, (28), 269-288. 2006.

Masi Doria, Carla: Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali, Napoli, Jovene, 1996.

Nótári, Tamás. (2010). La Teoría del Estado de Cicerón en su "Oratio pro Sestio". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (32), 197-217. https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552010000100008

Preuß. ALR: Der Mensch wird, sofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, Person genannt.1792.

Pérez vivo, Alberto. El Imperio Romano en el siglo IV: la nueva situación histórica. Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho, N°2, 256-257. 1983.

Riobó, Alfonso, La libertad religiosa en el pontificado de Benedicto XVI: La Santa Sede en la ONU. Palabra. p. 9.

Samper Polo, Francisco. Derecho romano. Ediciones UC, 191-192. 2012.

Samper Polo, Francisco. Las instituciones de Gayo, editorial jurídica de Chile. Pág. 3-5. 2000.

Spengler, Hans-Dieter: "Zum Menschenbild der römischen Juristen", en: JuristenZeitung 66, pp. 1021-1030. 2011.

Urbanik, Jakub: "On the uselessness of it all: The Roman law of marriage and modern times", en: Fundamina 20, 2014, pp.946-960.

Waldstein, Wolfgang: Operae libertorum: Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1986.

Waldstein, Wolfgang: Ins Herz geschrieben: Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft, Augsburg, Sankt Ulrich Verlag, 2010.

Zavala Olalde, Juan Carlos La noción general de persona. El origen, historia del concepto y la noción de persona en grupos indígenas de México. Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey [en linea]. 2010, (27-28), 293-318[fecha de Consulta 29 de marzo de 2021]. ISSN: 1405-4167. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=38421211013.

TRASCENDENCIA HISTÓRICO-JURÍDICA DEL SERMÓN DE FRAY ANTÓN DE MONTESINOS (1511 - ISLA LA ESPAÑOLA)*.

Ortiz Nolasco, Rodrigo Mario
Universidad de piura (UDEP)
Prof.ª Guía: Díaz Tarrillo, Lelia

Resumen

El Sermón de Montesinos, es un hecho fundante, con el cual prácticamente se inicia en tierras americanas, el gran debate por el respeto a los pueblos diferentes, por su derecho a la tierra, por su derecho a la vida y su derecho a la igualdad. Esta ponencia busca: exponer y relevar las implicancias jurídico-políticas, del gran discurso pronunciado por el sacerdote Antón de Montesinos en 1511 en la Isla La Española; situarlo en su contexto, analizar y determinar sus relaciones con los mejores planteamientos de los grandes juristas y humanistas españoles como Francisco de Vitoria y Bartolomé de Las Casas. Finalmente señala la vigencia actual de los reclamos formulados en aquél entonces por Montesinos, enla búsqueda de lograr una sociedad inclusiva, no discriminante y que cumpla los debereséticos del humanismo y el amor al prójimo, en su diversidad.

Abstract

The Sermon of Montesinos, is a founding fact, with which practically begins in American lands, the great debate for respect for different peoples, for their right toland, for their right to life and their right to equality. This presentation seeks to: expose and relieve the legal-political implications of the great speech delivered by the priest Antón de Montesinos in 1511 on the island La Española; place it in its context, analyze and determine its relationships with the best approaches of the great Spanish jurists and humanists such as Francisco de Vitoria and Bartolome deLas Casas. Finally, he points out the current validity of the claims made at that timeby Montesinos, in the search to achieve an inclusive, non-discriminating society thatfulfills the ethical duties of humanism and love of neighbor, in its diversity.

Palabras clave: sermón de Montesinos, Las Casas, Vitoria, de la justa guerra, derechosnaturales de los pueblos originarios, derechos humanos, Humanismo español.

SUMARIO:

I. Hechos
1. El contexto.
2. El sermón.
II. Análisis del mensaje
III. Relación del sermón de Montesinos con otros autores.
1. Francisco de Vitoria

* **Primer congreso internacional de ayudantes y estudiantes de historia del derecho y derecho romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

a) *El derecho que poseían los indios sobre sus bienes*
b) *La tesis de la justa guerra.*

2. *Bartolomé de las Casas*
3. *Otras coincidencias*

IV. Trascendencia en nuestros días.

V. Conclusiones

VI. Bibliografía

I. HECHOS.

1. EL CONTEXTO.

En 1492 se inicia un fenómeno trascendental en la historia de la humanidad, llamado descubrimiento de América por unos, conquista por otros y más recientemente "encuentrode dos mundos". Me refiero a la llegada de los primeros pobladores de origen europeo a América; aunque sería más exacto entender este hecho como el inicio de lo que se convertiríaen la invasión y colonización de este "nuevo mundo". Al año siguiente del llamado descubrimiento empezó el poblamiento y colonización de estas tierras por parte de los españoles, siendo uno de los primeros territorios sometidos una isla bautizada como La Española y muchas otras islas situadas en el Caribe, todas ellas habitadas por pobladores originarios, a quienes se les denominó erradamente: indios.

Al igual que la mayoría de fenómenos similares de la historia universal, el encuentro entre estos dos mundos; fue una verdadera colisión, un choque violento y de consecuencias terribles, por no decir demoledoras para la población originaria o autóctona. Y es que existía un abismo cultural, espiritual y tecnológico entre los recién llegados europeos y los nativos de estas tierras, junto a intereses económicos muy concretos que pretendían los conquistadores. Conforme lo han recalcado autores, como Mercant Simó: "*Los abundantes excesos son continuamente justificados por unas peculiares teorías que habitualmente no sirven más que de pretexto para esclavizar a los indígenas*[1]*"*. Efectivamente, tras los encuentros iniciales, generalmente violentos, los ideólogos españoles arguyeron diversos pretextos para justificar la dominación, sometimiento y los terribles abusos que se cometían contra los hombres naturales de estas tierras, con la intención de lograr los fines lucrativos que perseguía cada una de las sucesivas expediciones conquistadoras, que se fueron dando una tras otra.

A consecuencia de esto, las personas originales de las tierras recién conquistadas, fueron diezmadas. Entre guerras, enfermedades, trabajos forzados, esclavitud y suicidios, en pocos años la población se redujo catastróficamente. Hubo una hecatombe demográfica; según menciona fray Bartolomé de las Casas[2], por ejemplo, la isla La Española de tres millones de habitantes que tenía, en cuarenta años pasó a tener tan solo doscientos; sobre las islas de San Juan y Jamaica, De las Casas estima que en ambas islas había más de un millón de habitantes, de las cuales quedaron únicamente doscientos; por último, pero no menos trágico, mencionamos a la isla de Cuba, la cual fue completamente asolada y despoblada de los habitantes naturales de ella.

2. EL SERMÓN.

Es en este contexto, que un pequeño grupo de frailes dominicos provenientes del convento

[1] MERCANT SIMÓ, Jaime, *La conquista de América: "quaestio disputata" en la escolástica española del siglo XV,* en En torno a la historia de las Españas: De la Baja Edad Media a la contemporaneidad (Editorial Y), (s. l, 2021), pp. 84-86.
[2] DE LAS CASAS, Bartolomé, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2011), p. 15; p. 35; pp. 35-40.

San Esteban de Salamanca habiendo apreciado *"la triste vida y aspérrimo cautiverio que la gente natural de esta isla padecía*[3]*",* elaboraron y firmaron los más letrados de ellos un sermón, eligiendo a fray Antón de Montesinos, gran predicador de su comunidad, para que sea quien lo predique aquella tarde del 21 de diciembre de 1511.

Esta Ponencia pretende resaltar la trascendencia jurídico-política de aquel sermón memorable, que fue precursor de las preclaras ideas del Humanismo Español y del humanismo en general; pues incluso se adelantó en 22 años a las ideas que Francisco de Vitoria desarrolló en su Obra: De Indis.

Los dominicos, al ser tiempo de Adviento, escogieron el 4.to domingo para predicar este sermón y tomaron como punto de partida, tema y fundamento una frase de Juan Bautista: ***Ego vox clamantis in deserto*** (yo soy la voz que clama en el desierto). Invitados por los religiosos, al solemne acto asistieron: el almirante Diego Colón (hijo de Cristóbal colón), el gobernador de esa isla, los oficiales reales, los letrados juristas y gran cantidad de encomenderos y demás españoles; cuando todos ya se encontraban reunidos, esperando oírla misa de los domingos, Montesinos sube al estrado y una vez hecha su introducción, luego de decir algo acerca del tiempo de Adviento, empezó a hablar *de la esterilidad del desierto de las conciencias*[4] de los allí presentes, afirmando ser la voz que clamaba en ese páramo.

El texto del sermón, las palabras de Montesinos ese día, las voy a transcribir a continuación, de una de las versiones más fidedignas, la de fray Bartolomé de las Casas, frases que resultaron imperecederas y cuya trascendencia jurídico-política resuena hasta nuestros días[5]:

"Para os los dar a cognoscer me he sobido aquí, yo que soy voz de Cristo en el desierto desta isla; y, por tanto, conviene que con atención, no cual-quiera sino con todo vuestro corazón y con todos vuestros sentidos, la oigáis; la cual os será la más nueva que nunca oísteis, la más áspera y dura y más espantable y peligrosa que jamás no pensasteis oír. […]

Esta voz (dixo él) os dice que todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué auctoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muerte y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades en que, de los excesivos trabajos que les dais, incurren y se os mueren y, por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine y cognozcan a su Dios y criador, sean baptizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Éstos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto, que en el estado que estáis no os podéis más salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo".

II. ANÁLISIS DEL MENSAJE

Es menester analizar frase por frase este sermón, pues cada parte del mismo resulta reveladorde

[3] DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia de las Indias* (Madrid, 1875), III, p. 361.

[4] DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia*, cit. (n. 3), III, p. 361 n. 4

[5] DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia*, cit. (n. 3), III, pp. 365-366 n. 5

planteamientos jurídico – políticos, de gran trascendencia y de carácter precursor respecto al tratamiento que debía darse a "los otros", a "los indios"; ideas que años después se verían reflejadas en el pensamiento de autores posteriores a Montesinos. Surgiendo toda una vertiente histórica y teológica que responde al afán de afirmar los derechos naturales de los pueblos originarios de estas tierras; corriente que con toda justicia muchos conciben comoel "humanismo español del siglo XVI"

Para enfocar este breve, pero intenso SERMÓN, he dividido su texto en fragmentos y seguidamente expongo los alcances de cada uno de los mismos:

El sermón comienza así:

Ego vox clamantis in deserto // Yo soy la voz que clama en el desierto.

Esta frase es la respuesta que Juan Bautista le dio a los fariseos cuando estos le preguntaron quién era; y alude a que el predicador asumía que su consejo o palabra resultaba adversa u odiosa a quienes lo escuchaban. Y esta fue la frase elegida por los dominicos como tema y fundamento de su sermón; pues eran muy conscientes que lo que iban a decir no sería bien recibido por los allí presentes.

Luego de su frase introductoria, Montesinos comenzó a hablar con gran elocuencia y sustento en las fuentes bíblicas, puesto que era gran conocedor de la doctrina cristiana y dijo:

"***Para os los dar a conocer me he subido aquí, yo que soy la voz de Cristo en el desierto de esta isla"***

Estas palabras tienen relación directa con la frase introductoria, en la cual Montesinos previamente había aludido al desierto de las conciencias y a la ceguedad en la que vivían los españoles respecto a su conducta para con los naturales de esas tierras y su insensibilidad frente a los graves hechos o pecados que cometían todos los días contra los originarios delas comarcas conquistadas.

…y, por tanto, conviene que, con atención, no cualquiera sino con todo vuestro corazón y con todos vuestros sentidos, la oigáis; la cual os será la más nueva que nunca oísteis, la más áspera y dura y más espantable y peligrosa que jamás no pensasteis oír. […]

Respecto a este párrafo cabe destacar que los dominicos eran testigos del trato brutal y de las terribles conductas que los conquistadores realizaban en perjuicio de los indios y deseaban hacer tomar conciencia de la gravedad de semejante accionar de los conquistadores ante lafe cristiana. Por ello, advertían que lo que iban a decir resultaría totalmente sorpresivo e inaudito, dado que entonces era muy común considerar que el trato belicoso y esclavista que los conquistadores daban a los indígenas estaba plenamente justificado. Pero tal cosa, no resultada correcta, para quienes como los dominicos pensaban que la defensa de los indios estaba vinculada a la salvación espiritual de los españoles.[6] Debe anotarse que cuando fueron invitados por los religiosos, los conquistadores aceptaron de buena voluntad, pues los frailes habían dicho que querían hacerles saber algo que les correspondía oír a todos; sin imaginarque iban a ser encarados o recriminados de un modo inusitado. Como lo recuerda De las Casas, los conquistadores pensaron que iban a ser halagados o lisonjeados una vez más como siempre, por su supuesta labor evangelizadora sin imaginar que iban a escuchar algo muydistinto: *"Todos concedieron de muy buena voluntad, lo uno por la gran reverencia que les hacían y estima que de ellos tenían, por su virtud y estrechura en que vivían y rigor de religión; lo otro, porque cada uno deseaba ya oír aquello que tanto les habían dicho tocarles, lo cual, si ellos supieran antes, cierto es que no seles predicara, porque ni lo quisieran oír, ni predicar les dejaran."*[7]

[6] DE LAS CASAS, Bartolomé, Historia, cit. (n. 3), III, p. 386 n. 6

[7] DE LAS CASAS, Bartolomé, Historia, cit. (n. 3), III, p. 364 n. 7

Y aquí empieza el momento más impactante del sermón:

Esta voz (dijo Montesinos) os dice que todos estáis en pecado mortal y en él vivís y en él morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid,
¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios?

Montesinos en la frase que acabamos de transcribir se refiere primeramente a la situación de pecado mortal en la que vivían y morían los españoles, de lo cual día a día él y sus compañeros sacerdotes eran testigos; expresando:

1) Que la crueldad y sometimiento a la que eran sometidos los llamados "indios", es decirlos pueblos naturales u originarios, no era justa ni conforme a derecho y justicia, sino que era pecado.

2) Rebatiendo los pretendidos derechos de la Conquista, Montesinos los niega de plano y señala que los indios son inocentes gentes; es decir que no se justificaba de modo alguno los derechos de opresión y servidumbre que pretendían tener a su favor los españoles, como conquistadores. Continuando con ese orden de ideas, Montesinos pasa a exclamar:

¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estabanen sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muerte y estragosnunca oídos habéis consumido?

En la frase arriba anotada, se aborda de manera directa y expresa:

1) El tema de la Guerra Justa, asumiendo la mejor doctrina, según la cual una guerra solo se justifica en la medida en que sea la única manera de reparar una ofensa, cuyo responsable se niega a enmendar. Y siendo que los indios estaban en sus tierras mansos y pacíficos (respecto a los españoles) la guerra contra ellos no es justa.

2) El segundo tema jurídico que plantea esta parte del sermón, es el derecho que los indios tenían sobre "sus tierras", sin que nadie pueda meterse con ellos. Adelantándose con esto a defender al derecho de los pueblos no occidentales a ejercer dominio sobre sus territoriosy posesiones; tal como de Vitoria y De las Casas lo propusieron años después, Montesinos subraya que los indios se encontraban en posesión de sus tierras, las que por derecho natural les pertenecían.

¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curarlos en sus enfermedades en que, de los excesivos trabajos que les dais, incurren y se os mueren y, por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine y conozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos?

En la frase de arriba, Montesinos desenmascara la trágica relación de dominación, subyugación, codicia y muerte que se daba sobre los indios y además desvirtúa los pretextos usados para las encomiendas y las minas, señalando las acciones que se cometían, al tener a los indios tan opresos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos, concluyendo que por obtener el oro eran asesinados día a días y que no existía preocupación alguna en el adoctrinamiento de los indios respecto al cristianismo. Cabe recordar como ya se explicó anteriormente, que existieron fines lucrativos o patrimoniales muy concretos detrás de las justificaciones que los colonizadores daban para someter a los indios.

¿Éstos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amarlos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto,

que en el estado que estáis no os podéis más salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo

En la frase que acabamos de señalar, se suma el argumento definitivo de que los indios son hombres, ergo seres humanos como los españoles y por ende tienen todos los derechos correspondientes. Así se expresa la igualdad sustancial de los indios con los conquistadores, al poseer lengua, entendimiento, uso de razón, entre otros. Y se remata con una alusión rotunda a un mandato evangélico, los naturales de América, los indios son prójimos nuestros y por consiguiente se debe cumplir con ellos la norma máxima o mayor del cristianismo:Ama a tu prójimo como a ti mismo.

Y Montesinos concluye, rematando con una afirmación terminante: con estas conductas contra los indios y las leyes naturales, los conquistadores *no tienen salvación*, al igual que lospueblos más antagónicos de la fe cristiana: los moros o turcos. De ello, se concluye directamente, que, en consecuencia: los conquistadores al no tener justificación evangelizadora o religiosa alguna, no tendrían en consecuencia ningún derecho para justificar su dominación sobre las tierras conquistadas y sus moradores originarios; más que la simple fuerza bruta. ¡¡¡Tal es, la inmensa conclusión implícita del sermón de Montesinos, 400 años antes del desarrollo de la Ciencia Política y del Derecho Internacional!!!

III. RELACIÓN DEL SERMÓN DE MONTESINOS CON OTROS AUTORES

Frente a la existencia de una población autóctona que habitaba las tierras "recién descubiertas" los conquistadores en la búsqueda de sus naturales intereses, asumieron la conducta histórica propia de los pueblos invasores: apropiarse de un botín, ganar territorios,y someter a la población originaria o autóctona a servidumbre o esclavitud. Esto reabrió el antiguo debate acerca del tratamiento que se debía dar a los "otros", a "los conquistados", produciendo dos líneas principales de pensamiento: por un lado aquellos que buscaban justificar la dominación de los pueblos originarios de estas tierras, apoyándose en determinadas interpretaciones del pensamiento Aristotélico; mientras que por el otro lado estaban aquellos que se basaban en el pensamiento escolástico de Tomás de Aquino, arguyendo que dichas justificaciones no eran válidas; destacando en ello, diversos pensadores de órdenes religiosas como los Dominicos. El estudioso Jaime Mercant expresa: *"Ante los primeros teóricos de la represión y del abuso, reaccionan eficazmente, ya desde la primera mitad del siglo XVI, de modo contundente y con espíritu vigoroso, unos humildes frailes –dominicos españoles en su mayoría-, creando un nuevo derecho de gentes (ius Gentium) –hoy llamado derecho internacional- a partir de una teología y filosofía rigurosamente tomistas".*[8]

En lo que concierne al legado precursor del sermón de fray Antón de Montesinos y sus coincidencias o relaciones con otros pensadores, cuyos escritos, reflejan los temas esencialesque ese discurso memorable desarrolló, nos referiremos en concreto a dos autores clásicos del pensamiento jurídico humanista español: Francisco de Vitoria (1486-1546) y Bartolomé De Las Casas (1484–1566); ambos propugnadores de un trato justo y humano hacia los naturales de América.

1. FRANCISCO DE VITORIA

Se formó en París con una sólida educación tomista, es académicamente considerado comoel fundador del derecho internacional, *"Lo que hizo Vitoria fue, en esencia, fundir la doctrina cristiana de la Guerra Justa con la doctrina clásica del Ius Gentium, obteniendo como resultado lo que sería el núcleo fundacional del Derecho Internacional moderno*[9]*".*

[8] MERCANT SIMÓ, Jaime, cit. (n.1), p. 81 n. 8

[9] ZABALLA, Luis. 2017.Análisis, *Vitoria, Grocio y el origen del Derecho Internacional*, 2017, 10, pp.2-3

En su famosa RELECCIONES SOBRE LOS INDIOS logró rechazar de manera audaz muchos motivos avanzados que se dieron para justificar el dominio español; en relación con un fragmento del sermón de Montesinos *(¿Con que autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas…?)* identificamos dos conclusiones de sus escritos[10]:

a) El derecho que poseían los indios sobre sus bienes

Vitoria plantea la interrogante de sí los indios eran verdaderos dueños de las cosas y de sus posesiones privadas, antes de la llegada de los españoles; para responder tal interrogante cita diversas cuestiones, y fórmula pruebas en contra:

- Mientras se esté en pecado mortal, no se puede ser dueño civilmente:

Según Vitoria el pecado mortal no impide el dominio civil ni el verdadero dominio, pues si el pecador no tiene el dominio civil, tampoco el natural, pero no puede ser de tal manera, puesto que el dominio natural es un derecho humano dado por el don de Dios, al igual que el civil, por lo tanto, si se perdiera el dominio civil se pierde de igual forma el dominio natural, pero se menciona que el pecador mortal no pierde el dominio de sus actos, entonces no pierde el dominio natural y por consecuente tampoco el civil.

- Queda la duda de si el dominio se pierde por razón de infidelidad:

A esto, el autor refiere lo escrito en la Biblia, que señala que muchos infieles fueron llamados reyes, como Senaquerib; el faraón, entre otros; en relación, aludiendo lo mencionado por Santo Tomás, de que, si la fe no quita el derecho natural ni el derecho humano, entonces por la falta de fe no se pierde dominio alguno, ya que este pertenece a un derecho natural o humano.

- La última duda a resolver es si los indios no pueden ser dueños por ser irracionales o dementes.

La respuesta de Vitoria reafirma lo dicho por Montesinos acerca de que los indios eran seres racionales *(¿Éstos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales?)*. En el escrito de nuestro autor se comprueba que efectivamente las criaturas irracionales no pueden tener dominio, debido a que no sufren injurias al ser privadas de algo, de ser así entonces aquel que le quite su presa al león estaría cometiendo hurto, pues el dominio es derecho y estas criaturas (siempre y cuando no sean capaces de sentir las injurias) no lo tienen, ya que ni siquiera tienen dominio sobre sí mismas, esto se comprueba porque es lícito matarlas, ya sea para su consumo o incluso por diversión.

Sobre los que padecen demencia en estado crónico, es decir que no poseen uso de razón, se menciona que sí pueden ser dueños, puesto que pueden sufrir injurias. De esto, Vitoria finalmente afirma que los indios no son dementes, porque a su modo tienen uso de razón, puesto que poseen un orden de las cosas, ciudades establecidas ordenadamente, matrimonios correctamente constituidos, magistrados, señores, leyes, artesanos, mercados, además tienen una religión propia.

Con todo esto, Vitoria logra refutar las cuestiones y argumentos, demostrando que los indios eran dueños, tanto pública como privadamente y que por ninguna de las razones mencionadas anteriormente se puede decir lo contrario, ya que sería injusto negarles el verdadero dominio de sus bienes, cuando esto no se les niega ni a los sarracenos ni a los judíos.

[visible en internet: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Documents/2017_%20ANALISIS_10.pdf]

[10] DE VITORIA, Francisco, *Sobre el poder civil; Sobre los indios; Sobre el derecho de la guerra* (2° edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2007), pp. 66-84

Pero falta responder un argumento que menciona lo dicho por Aristóteles sobre que algunas personas son siervos por naturaleza, por lo que es mejor que sean gobernadas a que se gobiernen ellas mismas, sin embargo, Vitoria da a entender otro punto de vista de a lo queen realidad se refería el Estagirita, ya que este no pretendía afirmar que fuese lícito apoderarsede los bienes y patrimonios ni tampoco reducir a esclavitud a aquellos que eran "cortos deingenio", sino que resalta la necesidad de que ellos sean dirigidos adecuadamente, así como los hijos antes de la edad adulta, necesitar estar bajo la constante guía de los padres.

b) La tesis de la justa guerra.

De modo contundente, Vitoria rechaza las guerras ofensivas sin importar las justificaciones que estas tengan, y acepta únicamente las guerras que vayan en pos de la satisfacción de una injuria:

- *"Yo no entiendo la justicia de aquella guerra. Nec disputo si el Emperador puede conquistar las Indias,que praesuponna que lo puede hacer estrictísimamente. Pero, a lo que yo he entendido de los mismos que estuvieron en la próxima batalla con Tabalipa, nunca Tabalipa ni los suyos habían hecho ningún agravio a los cristianos, ni cosa por donde los debiesen hacer la guerra".*[11]

- *"Aunque los bárbaros no quieran reconocer dominio alguno al Papa, no por eso se les puede hacer la guerra ni ocupar sus bienes*[12]*".*

- *"Aunque la fe haya sido anunciada a los bárbaros de un modo racional y suficiente, y éstos no la hayan querido recibir, no es lícito, sin embargo, por esta razón, hacerles la guerra ni despojarlos de sus bienes*[13]*".*

- *"Los príncipes cristianos, ni aun con la autoridad del Papa, pueden apartar por la fuerza a los bárbaros de los pecados contra la ley natural, ni por causa de ellos castigarlos*[14]*".*

De esto, se desliga de Vitoria la relación existente entre lo que menciona Montesinos acerca de que los españoles están en pecado mortal: *(… todos estáis en pecado mortal y en él vivís y moríspor la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes)* con el siguiente fragmento de su obra RELECCIONES SOBRE LOS INDIOS : *"…porque si así no fuera, como en todas las provincias hay siempre muchos pecadores, cada día cambiarían los reinos. Y esto se confirma considerando que tales pecados son más graves entre los cristianos, que saben que lo son, que entre los bárbaros que lo ignoran*[15]*".* El autor refiere que los conquistadores eran conscientes de la injusticia de sus actos, y que por ello estaban en un pecado más grave que el que ellos les atribuían a los indios por sus comportamientos "pecaminosos", que eran en realidad costumbres y prácticas totalmente habituales entre ellos, pero que a los ojos de los extranjeros y de acuerdo a suspropios esquemas culturales, resultaron exóticas y bárbaras, creándose razones quepretendían justificar el despojo de las tierras de los indios y demás atrocidades.[16]

2. BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Bartolomé de Las Casas nos proporcionó no solamente una voz tan docta como la de Vitoria, sino mucho más directa y elocuente, al denunciar los terribles y perversos tratos que se cometieron contra los pueblos originarios, y que Las Casas como testigo describe a través de sus escritos; razón por la cual ha sido considerado por muchos como exagerado, extremista y difusor de la denominada "leyenda negra" de España. Pero lamentablemente,sus palabras

11 DE VITORIA, Francisco, *Relecciones sobre los indios y el Derecho de guerra* (2° edición, Madrid,Editorial Espasa Calpe, S. A., 1975), pp. 21-23

12 DE VITORIA, Francisco, *Sobre*, cit. (n. 10), p. 103 n. 12

13 DE VITORIA, Francisco, *Relecciones*, cit. (n. 11), p. 78 n. 13

14 DE VITORIA, Francisco, *Relecciones*, cit. (n. 11), p. 80 n. 14

15 DE VITORIA, Francisco, *Relecciones*, cit. (n. 11), p. 81 n. 15

16 RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, Tesis Doctoral: Guerra justa y derechos humanos (Unaaproximación desde la filosofía jurídico-política) (Getafe, 2015), pp. 434-435

no resultan excesivas, si tenemos en cuenta como corroboración de sus afirmaciones: la desaparición o extinción de los indios del caribe, y el escaso número de pobladores originarios o autóctonos que ha quedado en la mayoría de las regiones de América como consecuencia de la imposición conquistadora, en comparación con las elevadas tasas originarias.[17]

Bartolomé de las Casas desembarcó en la isla La Española el 15 de abril de 1502, cuando llegó no fue muy diferente a los demás colonizadores, tuvo asignados muchos indios en encomienda, que, bajo su orden eran obligados a trabajar de sol a sol en las minas, de lo cual se arrepentirá después amargamente; pues en 1511 el sermón de Montesinos retumbó en los oídos y conciencia de Las Casas haciendo germinar escrúpulos en su alma que irían en aumento[18], su conversión no fue inmediata, pero se iría impresionando paulatinamente por los sufrimientos que los indios padecían a causa de las encomiendas y crueldades de la conquista. En 1514 ya completamente conmocionado por el estado inhumano en el que veía a los indios ser tratados, decide definitivamente dejar de servirse de la mano de obra indígena y renunciando a sus encomiendas, empieza a predicar contra aquel injusto sistema, y dedicar toda su vida a la defensa de los derechos del indio, encontrando así lo que muchos han llamado la "primera conversión" de Las Casas.[19]

Ya señalado el impacto que genero el sermón de Montesinos en De las Casas, procedemos a trazar las similitudes existentes entre los pensamientos manifestados en sus escritos y el sermón:

- Reforzaremos también aquí, el último tema que se tocó de Vitoria *("… porque si así no fuera, como en todas las provincias hay siempre muchos pecadores, cada día cambiarían los reinos. Y esto se confirma considerando que tales pecados son más graves entre los cristianos, que saben que lo son, que entre los bárbaros que lo ignoran")*, con relación al pecado mortal en el que se encontraban los españoles, no se puede afirmar que el sermón no genero conciencia en los españoles que lo oyeron, porque sí que lo hizo, pues a partir de ese momento todos los españoles fueron conscientes de los actos injustos con los que procedieron y que de igual manera siguieron procediendo, Las Casas lo consideró así y lo dice con total claridad: *"A lo menos desde el año de diez, este de mil y quinientos y sesenta y cuatro (en que por la bondad de Dios ahora estamos) no ha habido ni menos hay hoy día hombre en todas las Indias que haya tenido ni tenga buena fe".*[20]

- *(¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios?) y […] (¿Éstos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales?).*

- En su obra Apologética historia sumaria, Las Casas da la siguiente conclusión final: "… *todas estas gentes destas nuestras Indias, cuanto es posible por vía natural y humana sin lumbre de fe, y que tenían sus repúblicas, lugares, villas y ciudades suficientísimamente proveídas y abundantes… porque son todas naturalmente de muy sotiles, vivos y claros y capacísimos entendimientos. Esto les provino (después de la voluntad de Dios, que quiso así hacerlas) por la favorable influencia de los cielos, por la dispusición suave de las regiones que Dios les concedió que habitasen… De todas estas causas universales y superiores, y particulares inferiores, naturales y accidentales, se les siguió por vía natural primero, y después por su industria y experiencia, ser dotadas de las tres especies que hay de prudencia: monástica, por la cual el hombre sabe regir a sí mismo: económica, que sabe regir a su casa, y política, que ordena y dispone para regir la ciudad*[21]". A partir de esta conclusión Las Casas da por sentada la

[17] RODRÍGUEZ, Edgardo, cit. (n. 12), pp. 400-401 n. 17

[18] LOSADA, Angel, El Correo de la UNESCO, *Bartolomé de las Casas y los derechos del indio, 1975*, pp. 5-6. [visible en internet: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000074840_spa/PDF/074840spao.pdf.multi]

[19] PINO MONTOYA, José, *El sentido de la vida: el caso de Bartolomé de las Casas* (s.l., 2017), pp. 8-9

[20] Bartolomé de las Casas, Tratado de las doce dudas en Obras Escogidas de B. de las Casas "Opúsculos, cartas, y memoriales", pp. 498; citado por GUTIÉRREZ, Gustavo, *Texto del sermón de Antón Montesino según Bartolomé de las Casas y comentario de Gustavo Gutiérrez* (s.l., 2011), pp. 14-15

[21] DE LAS CASAS, Bartolomé, *Apologética historia sumaria* (s.l., 1566, Fundación El Libro Total), pp. 3521-3524. [visible en internet: https://www.ellibrototal.com/ltotal/?t=1&d=4072]

naturaleza racional del indio, puesto que afirma que son capaces de regirse a sí mismo, a su hogar, y a su ciudad; ala vez se presupone la libertad natural que estos poseen por su entendimiento y voluntad, cabe destacar lo que menciona Mercant Simó sobre como consideraba Las Casas a la esclavitud: *"Según De Las Casas, la esclavitud es un fenómeno accidental. De hecho, Dios creó a todos los hombres libres; la libertad es, pues, un derecho (ius) inherente en la naturaleza*[22]*".*

- *(¿Con que autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansasy pacíficas…?).*

- Las Casas en su Memorial al Consejo de Indias expresa rotundamente la injusticia de todas las guerras realizadas contra los indios, y establece el derecho correspondiente a los indios para realizar justa guerra a los españoles: *"Las gentes naturales de todas las partes y cualquiera de ellas donde habemos entrado en las Indias tienen derecho adquirido de hacernos guerra justísima y raernos de la faz de la tierra, y este derecho les durará hasta el día del juicio".*[23]
  En otro de sus escritos y de acuerdo al esquema aristotélico, Las Casas plantea el siguiente precepto de la ley natural: *"Son también obligados los hombres, por preceptos de la ley natural, a defenderse contra cualesquiera personas que injustamente les quisieren insidiar las vidas y procurar la muerte o privar de la hacienda o cosas con que sustentan las vidas o impiden la muerte."*[24]
- Respecto al dominio que tienen los indios sobre sus bienes, Las Casas reconoce la autoridad de los "reyes" que gobernaban esas tierras antes de la llegada de los españoles y que al ser ellos los dueños naturales, los españoles no tienen derecho a arrebatárselas ni extraer oro o cualquier mineral, ni nada perteneciente a esas tierrasy a sus gentes[25]:
  . *"El rey de España y los españoles tienen las minas del Perú contra la voluntad de los reyes y de los indios particulares… teniendo los indios a los españoles por públicos enemigos y destructores de su nación, y al rey de Castilla por lo mismo, creyendo que todas las injusticias y tiranías que padecen proceden de su voluntad y mandato, manifiesto que les ha de pesar mortalmente que se aprovechen de sus minas de oro y de los otros bienes de su tierra".*
  . *"El rey de Castilla y León no puede tener mina de oro ni de plata ni de otro metal ni de esmeraldas ni de otras cosas algunas en el Perú, sin licencia ni voluntad libre de los reyes del Perú o de sus herederos ni el rey de Castilla les puede dar a otro alguno.*
  Pruébase la conclusión, porque los reyes del Perú y sus herederos son reyes supremos de aquellos reinos por Derecho y ley natural y divino y de las gentes, pues por hacerse cristianos no han perdido sus estados reales, ni han reconocido al rey de Castilla y León por universal príncipe y Emperador. Luego el rey de Castilla no puede tener minas en aquella tierra sin licencia de los reyes naturales".
  . *"Que las minas de oro y de plata y de otros cualquier metales y cosas preciosas que estuviesen descubiertas cuando los españoles entraron en aquellos reinos, o que se descubriesen después de entrados o que las descubriesen los indios o los españoles, como quiera que sea, los dichos españoles, cometieron hurto y rapiña y son obligados a restituir todo el oro y plata y todas las demás cosas quede ellas sacaron, bajo pena de eterna condenación".*

- *(¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine y conozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa,guarden las fiestas y domingos?)*

- Respecto a la *"labor, no solo evangelizadora, sino también civilizadora y promotora de la dignidad del hombre"*[26] con la que justificaban su presencia dominante y actos inhumanos, Bartolomé de las Casas realiza la siguiente crítica: *"El rey de Castilla y León es obligado de precepto divino y natural a proveer de personas idóneas que prediquen y doctrinen y administren los sacramentos a los indios, así a los convertidos como a los infieles, y a hacer los templos y iglesiasy mantener los ministros necesarios del culto divino, sin que los indios se pidan diezmos ni primicias,*

---

22 MERCANT SIMÓ, Jaime, cit. (n.1), p. 96. n. 22

23 DE LAS CASAS, Bartolomé, Memorial al Consejo de Indias (1565), ahora en *Obras Escogidas de fray Bartolomé de las Casas "Opúsculos, cartas y memoriales"* (Madrid, Biblioteca de autores españoles, 1958), V, pp. 536-538.

24 DE LAS CASAS, Bartolomé, *Apologética*, cit. (n. 17), pp. 531-534 n. 24

25 DE LAS CASAS, Bartolomé, Tratado de las doce dudas (s.d), ahora en *Obras Escogidas de B. de las Casas "Opúsculos, cartas, y memoriales"* (Madrid, Biblioteca de autores españoles, 1958), V, pp. 522-523

26 MERCANT SIMÓ, Jaime, cit. (n.1), p. 81. n. 26

por estos tiempos de ahora, ni que paguen tributo ni de otra cosa que valga un maravedí, si de su voluntad los indios no quisiesen contribuir algo para ello. […]

Dije los diezmos no deberse llevar ni pedirse por los tiempos de ahora, lo uno, porque aquellas gentes que ya son convertidas aún están bamboleando en la fe y piensan que los predicadores les han engañado viendo las malas obras de los españoles, y los que están por convertir no se convertirán viendo que allende de los excesivos tributos que pagan, les hacen pagar el diezmo a Dios, que es otro tributo, y así pensarán que Dios también tiraniza como los hombres o pensarán que les vendemos el Evangelio y por sojuzgarlos y tomarles su oro y sus haciendas, les llevamos el Evangelio allá".[27]

3. OTRAS COINCIDENCIAS.

Son diversos los autores, que coincidieron o asumieron la perspectiva jurídica y humanística de Las Casas, y no solo españoles alzaron la voz en búsqueda de un trato más justo para los pueblos originarios, sino que con el pasar del tiempo, indios aculturados y mestizos también lo hicieron, tal es el caso de Felipe Guaman Poma de Ayala, que en su obra: Primer Nueva Crónica y Buen Gobierno , desarrolla una peculiar teoría de un orden universal natural y plantea que los pueblos y naciones son dueños naturales únicamente de las tierras que Dios les concedió para que habitaran, teniendo legítimo derecho a vivir en libertad en ellas:

"*Que avés de conzederar que todo el mundo es de Dios y ansí Castilla es de los españoles y las Yndias es de los indios y Guinea es de los negros. Que cada uno destos son lexitimos propetarios, no tan solamente por la ley, como lo escrivió San Pablo (…) Cada uno en su rreyno son propetarios lexitimos, poseedores, no por el rrey cino por Dios y por justicia de Dios: hizo el mundo y la tierra y plantó en ellas cada cimiente, elespañol en Castilla, el yndio en las Yndias, el negro en Guinea."*[28]

IV. TRASCENDENCIA EN NUESTROS DÍAS

El pensamiento de Antón de Montesinos trasciende aún a nuestros días. El trasfondo del debate alude a la necesidad todavía vigente de entender a los otros, a los pueblos diferentesa los pueblos originarios o autóctonos; que merecen todos los derechos ligados a la personay a las colectividades humanas.

Respecto a ello, hoy en día, vemos que todavía no existe un entendimiento adecuado entrelos distintos componentes étnicos y culturales en nuestras sociedades latinoamericanas, por no decir de toda América. Incluso somos testigos a través de los medios de comunicación,de los casos de genocidio que periódicamente se notician en agravio de determinadas poblaciones autóctonas, en la Amazonía; o de la falta de concientización, olvido y abandono en el que estos pueblos indígenas se encuentran inmersos, por las consecuencias que la pandemia genera en ellos. Inclusive esto se advierte con mayor incidencia en coyunturas electorales, como recientemente se dio en Bolivia donde se hizo patente un racismo notorio entre colectividades indígenas y no indígenas; en Perú por motivo de las elecciones presidenciales (2021), entre los últimos dos candidatos, muchos medios han resaltado la división ideológica, cultural y étnica existente en el país, lo cual se retrató en páginas sociales como Facebook, Instagram y Twitter, con ofensas de fuerte calibre entre sectoresindigenistas y no indigenistas, cada uno con la intención de desestimar la ideología contraria,llegando a ofensas graves contra la dignidad humana. Estos hechos referidos, como una simple muestra, evidencian que estos problemas no han sido superados; por ello, el mensaje de fray Antón de Montesinos y sus sucesores como Las Casas y Vitoria, tienen gran relevancia en nuestros tiempos actuales y debe ser recogido y llevado a la práctica, para que así puedan ser superadas estas diferencias, puesto que los seres humanos estamos obligados a entendernos mutuamente, por encima de

[27] DE LAS CASAS, Bartolomé, *Tratado*, cit. (n. 20), pp. 524-525 n. 27

[28] GUAMAN POMA DE AYALA, Felipe: *El Primer Nueva Coronica y Buen Gobierno* (México, Editorial Siglo XXI, 1980) II, pp. 857- 858

diferencias raciales, culturales, étnicas, costumbristas, y podamos llegar a asumir el sentido cristiano de ser prójimos, a partir delgran mandamiento: " *amaras a tu prójimo como a ti mismo* "; preconizado por fray Antón de Montesinos, viene a levantarse como un mandamiento humanista, enel sentido que todos debemos considerarnos no solo hermanos, sino como una sola unidad o comunidad humana.

V. CONCLUSIONES

- El sermón de Montesinos es precursor de los posteriores pensamientos más detallados de Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, llegando a resaltar la igualdad existente entre los indios y los recién llegados europeos, en cuanto a la calidad de ser humano, y que, por lo tanto, son portadores de todos los derechos correspondientes a su naturaleza humana.

- El sermón de Montesinos, con unas cuantas palabras, plantea el tema de la guerra justa, al señalar que los indios no habían hecho agresión alguna contra los españoles, por lo que al estar estos en sus tierras, como gentes mansas y pacíficas, no existía razón para que hayan sido atacados.

- Con ello igualmente, al señalar que los indios estaban en "sus tierras", el sermón de Montesinos hace alusión a que los indios habían sido invadidos y despojados sin justa causa de sus legítimas posesiones; agregando que no se les podía privar de sus tierras y demás bienes con la justificación de llevarles la fe de Cristo, puesto que la dura realidad era que la tarea de evangelizarlos y tratarlos como prójimos, no era cumplida por los conquistadores.

- De este modo, MONTESINOS se adelanta y es precursor de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, como el Convenio N.° 169 sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo - OIT; puesto que el Artículo 3° de este último, establece que: *"Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación".*[29]

VI. BIBLIOGRAFÍA

Bartolomé de las Casas, Tratado de las doce dudas en Obras Escogidas de B. de las Casas "Opúsculos, cartas, y memoriales", pp. 498; citado por GUTIÉRREZ, Gustavo, *Texto del sermón de Antón Montesino según Bartolomé de las Casas y comentario de Gustavo Gutiérrez* (s.l., 2011), pp. 14-15

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Apologética historia sumaria* (s.l., 1566, Fundación El Libro Total), pp. 3521-3524. [visible en internet: https://www.ellibrototal.com/ltotal/?t=1&d=4072]

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2011), p. 15; p. 35; pp. 35-40.

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Apologética* cit. (n. 17), pp. 531-534 n. 24

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia*, cit. (n. 3), III, p. 361 n. 4

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia*, cit. (n. 3), III, p. 364 n. 7

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia*, cit. (n. 3), III, pp. 365-366 n. 5

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia*, cit. (n. 3), III, p. 386 n. 6

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia de las Indias* (Madrid, 1875), III, p. 361.

[29] MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Compendio de Derechos Humanos: TratadosInternacionales de los que el Perú es parte* (1° edición, Lima, 2012), p. 385

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Memorial al Consejo de Indias* (1565), ahora en Obras Escogidas de fray Bartolomé de las Casas "Opúsculos, cartas y memoriales" (Madrid, Biblioteca de autores españoles, 1958), V, pp. 536-538.

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Tratado de las doce dudas* (s.d), ahora en Obras Escogidas de B. de las Casas "Opúsculos, cartas, y memoriales" (Madrid, Biblioteca de autores españoles, 1958), V, pp. 522-523

DE LAS CASAS, Bartolomé, *Tratado*, cit. (n. 20), pp. 524-525 n. 27

DE VITORIA, Francisco, *Relecciones sobre los indios y el Derecho de guerra* (2° edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe, S. A., 1975), pp. 21-23

DE VITORIA, Francisco, *Relecciones*, cit. (n. 11), p. 78 n.13.
DE VITORIA, Francisco, *Relecciones*, cit. (n. 11), p. 80 n. 14 DE VITORIA, Francisco, *Relecciones*, cit. (n. 11), p. 81 n. 15

DE VITORIA, Francisco, *Sobre el poder civil*; S*obre los indios; Sobre el derecho de la guerra* (2° edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2007), pp. 66-84

DE VITORIA, Francisco, *Sobre*, cit. (n. 10), p. 103 n. 12

GUAMAN POMA DE AYALA, Felipe: *El Primer Nueva Coronica y Buen Gobierno* (México, Editorial Siglo XXI, 1980) II, pp. 857- 858

LOSADA, Angel, El Correo de la UNESCO, *Bartolomé de las Casas y los derechos del indio*, 1975, pp. 5-6. [visible en internet: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000074840_spa/PDF/074840spao.pdf.multi]

MERCANT SIMÓ, Jaime, cit. (n.1), p. 81. n. 8 MERCANT SIMÓ, Jaime, cit. (n.1), p. 81. n. 26

MERCANT SIMÓ, Jaime, cit. (n.1), p. 96. n. 22

MERCANT SIMÓ, Jaime, *La conquista de América: "quaestio disputata" en la escolástica española del siglo XV*, ahora en En torno a la historia de las Españas: De la Baja Edad Media a la contemporaneidad (Editorial Y), (s. l, 2021), pp. 84-86.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS*, Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte* (1° edición, Lima, 2012), p. 385

PINO MONTOYA, José, *El sentido de la vida: el caso de Bartolomé de las Casas* (s.l., 2017), pp. 8-9 RODRÍGUEZ, Edgardo, cit. (n. 12), pp. 400-401 n. 17

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, Tesis Doctoral: *Guerra justa y derechos humanos (Una aproximación desde la filosofía jurídico-política)* (Getafe, 2015), p. 435

ZABALLA, Luis. 2017.Análisis, *Vitoria, Grocio y el origen del Derecho Internacional*, 2017, 10, pp. 2- 3

[visible en internet: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Documents/2017_% 20ANALISIS_10.pdf]

LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO CHILENO (1811-1833)*

[*Judiciary in the early Chilean constitutionalism (1811-1833)*]

Felipe Carrera G[1]
Pontificia Universidad Católica de Chile

Resumen:

El artículo explora el tratamiento de la función judicial en los textos constitucionales chilenos a partir de la Independencia, hasta la consolidación institucional bajo la República Conservadora. Para ello distingue entre las influencias indiana e ilustrada acerca de la función judicial, para luego examinar el diseño institucional a través de la revisión de las principales normas constitucionales del periodo. Argumenta que este proceso se caracterizó por la recepción de la doctrina ilustrada de la separación de poderes, que marcó la principal ruptura en ese sentido con el Derecho Indiano.

Palabras clave: Constitucionalismo – Judicatura – Separación de poderes.

Abstract: The paper explores the treatment of judiciary in the early Chilean constitutional texts since the Independence, until the institutional stabilization under the Conservative Republic. For that purpose, it distinguishes between the colonial and enlightened influences about judiciary, and then examines the institutional designment through the review of the principal norms of the period. It argues that this process was characterized by the reception of the enlightened idea of separation of Powers, which marked the most important rupture with the Spanish colonial law.

Key words: Constitutionalism – Judiciary – Separation of Powers.

I. INTRODUCCIÓN

Parte del debate constitucional actual, necesariamente, ha de pasar por la definición del rol de la función judicial en el entramado institucional y su relación con el poder político, cuestión que ha sido explorada de una u otra manera en los procesos constitucionales anteriores. Esta conferencia, en particular, busca elaborar una síntesis del tratamiento de la función judicial hecha por el constitucionalismo patrio a partir de sus primeros ensayos durante la Independencia, hasta la consolidación institucional que trajo consigo la redacción de la Constitución de 1833. En este

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[1] Ayudante de Historia del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida del Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, Santiago. Correo electrónico: ffcarrera@uc.cl. El tema de la presente conferencia fue desarrollado primeramente en el contexto del Seminario de Investigación en Historia del Derecho dictado por el prof. Javier Infante M., respecto de quien dejamos constancia de nuestro agradecimiento por su orientación y observaciones, así como la guía del profesor Cristián Villalonga T., quien fue profesor guía para efectos de esta presentación.

sentido, se estima que el primer constitucionalismo se aproximó al rol judicial desde una perspectiva ilustrada de la separación de poderes, marcando una ruptura (con ciertos matices, como es natural) con el orden institucional indiano. En este sentido, a partir de estas primeras constituciones, se fija el marco para el desarrollo de una judicatura republicana, a la que se le dota contenido una vez estabilizado el país en la República Conservadora.

No obstante, este no es un proceso lineal. El periodo 1811-1833, como todo periodo revolucionario, se caracterizó tanto por una efervescencia de ideas como por una serie de circunstancias de hecho y necesidades prácticas que matizaron este movimiento. Asimismo, ciertamente no hubo consenso al respecto. Particularmente después de Chacabuco y Maipú, los textos constitucionales tendrían distintas aproximaciones y técnicas de redacción al respecto. Sin embargo, es posible observar una clara tendencia hacia la recepción de esta doctrina, y que caracterizaría la construcción constitucional (y moderna, por consiguiente) de una judicatura relativamente independiente, y republicana.

En un contexto historiográfico, tradicionalmente, los estudios sobre las primeras décadas de la historia institucional patria se han centrado en las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, particularmente respecto a los llamados "ensayos constitucionales" de la década de 1820, la consolidación de la "república autoritaria" con la Constitución de 1833 y la creciente influencia del parlamentarismo durante las décadas venideras. No obstante, han existido algunas obras relativas a la judicatura durante los últimos treinta años. Así, sin un ánimo exhaustivo, pueden señalarse en primer lugar los trabajos de Bernardino Bravo Lira sobre la Corte Suprema[2] y Javier Barrientos Grandón, sobre la Real Audiencia y la fiscalización judicial de los actos de Gobierno[3], que analizan el tema a partir de las continuidades y rupturas con el Derecho Indiano; o de Samuel Tschorne[4], que lo ve desde la historia política; además de los textos de Armando de Ramón, sobre los jueces[5], o Lisa Hilbink[6], que tratan periodos posteriores, y que representan una innovación respecto al "gran olvidado" de la historia de las instituciones nacionales, el primero al hacer un tratamiento bastante exhaustivo de realidad social y administrativa de los Tribunales, y la segunda, al plantear la relación existente entre judicatura y estabilidad institucional. El tema también es tratado por Julio Faúndez[7] a propósito de su relación con las demás instituciones

---

[2] BRAVO LIRA, Bernardino, *Los estudios sobre la judicatura chilena de los siglos XIX y XX*, en *Revista de Derecho Público*, Nos. 19/20 (1976), pp. 89-116;. BRAVO LIRA, Bernardino, *Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario,* en *REHJ,* N° 1 (1976), pp. 61-87; BRAVO LIRA, Bernardino, Oficio y oficina, dos etapas en la Historia del Derecho Indiano (1981), ahora, en EL MISMO, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago, 1989), pp. 219 ss y BRAVO LIRA, Bernardino *La Corte Suprema de Chile 1823-2003. Cuatro caras en 180 años*, en *RChD,* 30 N°3, pp. 535-47.

[3] BARRIENTOS, Javier *La fiscalización de los actos de Gobierno en la época indiana y su desaparición durante la* República, en *REHJ,* N° 15 (1992) y BARRIENTOS, Javier (2000); *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817). La institución y sus hombres,* 2000, Recurso electrónico, disponible en:
http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000180

[4] TSCHORNE, Samuel; *Estado y justicia: el rol de la judicatura en la construcción del Estado constitucional*, ahora, en JAKSIC, Iván - RENGIFO, Francisca (editores); *Historia política de Chile 1810-2010* (Santiago, 2017), II, pp. 271 ss.

[5] DE RAMÓN, Armando, *La justicia chilena entre 1875 y 1924* (Santiago, Universidad Diego Portales, 1989).

[6] HILBINK, Lisa, *An Exception to Chilean Exceptionalism? The Historical Role of Chile's Judiciary*, ahora, en ECKSTEIN, Susan - WICKHAM-CROWLEY, Timothy (editores): *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America* (Berkeley-Londres-Los Ángeles, 2013), pp. 64 ss. y HILBINK, Lisa, *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile,* (traducción castellana de Felipe Millán Zapata, Santiago, Flacso, 2014), particularmente para este rango temporal *cf.* pp. 63-74.

[7] FAÚNDEZ, Julio, *Democratización, desarrollo y legalidad (Chile, 1831-1973)* (traducción castellana de Natalia Babarovic, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011).

estatales a lo largo del proceso de democratización que se abriría con la consolidación institucional a partir de 1831.

Asimismo, otros autores han tratado el tema desde perspectivas historiográficas más modernas que encuadran el tema en el contexto de la construcción del Estado decimonónico paralelamente a otras instituciones que incidieron en el proceso y que han recibido más atención (como el Ejecutivo, el Ejército o la educación pública), como María Rosaria Stabili[8], sobre la relación entre judicatura y Estado liberal; Pauline Bilot[9], sobre la expansión territorial de los Tribunales, o Daniel Palma Alvarado[10], sobre la condición social de los jueces y la realidad práctica de su ejercicio jurisdiccional.

No obstante, los estudios al respecto no le han dado hasta ahora un estudio de conjunto desde el punto de vista de los textos constitucionales, perspectiva desde la cual el presente trabajo busca plantear una interpretación.

II. INFLUENCIAS: LAS CONCEPCIONES INDIANA Y REPUBLICANA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

La construcción del Estado en Indias obedeció a una teoría política y jurídica heredera del *ius commune* y de la escolástica[11], ajena por tanto a la separación de poderes que recién se empieza a recibir como dogma con Locke y Montesquieu en los siglos XVII y XVIII[12], y que recién tendría influencia en el orden institucional chileno en el siglo XIX. Por el contrario, obedeció a una idea más bien unitaria del rol estatal, en cuanto medio para alcanzar el bien común, responsabilidad que recae en la Corona como depositaria del poder político que tenía origen divino. De manera que las funciones que hoy en día se denominan ejecutiva, legislativa y judicial no eran entendidas como manifestaciones del Estado que necesariamente han de estar legalmente delimitadas y recíprocamente independientes. En efecto, era frecuente que muchas de estas funciones se superpusieran entre sí en distintas instituciones, sin una fijación específica de sus competencias[13], especialmente en el periodo de los Austrias, pero también en la época borbónica, cuyas reformas administrativas afectaron mucho menos al ámbito judicial que a otras dimensiones de la administración de las Indias[14]: así como en Chile el Gobernador (que a su vez era Presidente de

[8] STABILI, María Rosaria, "Jueces y justicia en el Chile liberal", ahora, en CARMAGNANI, Marcello (coordinador); *Constitucionalismo y orden liberal. América Latina 1850-1920* (Turín, Otto edttore, 2000), pp. 227-58.

[9] BILOT, Pauline, *Construyendo un esquema de la Administración de Justicia: fuentes, método y resultados, Chile siglo XIX*, en *Revista Historia y Justicia* N° 1 (2013), pp- 1-27; y BILOT, Pauline y WHIPPLE, Pablo, "Los desafíos de la justicia republicana. Profesionalización e independencia de la judicatura en Chile y Perú durante el siglo XIX", ahora, en DE FRANCESCO, Antonino - MASCILLI MIGLIORINI, Luigi - NOCERA, Raffaele (coordinadores); *Entre Mediterráneo y Atlántico. Circulaciones, conexiones y miradas, 1756-1867* (Santiago, 2014), pp. 477-500.

[10] PALMA ALVARADO, Daniel, "La formación de una justicia republicana. Los atribulados jueces del orden portaliano 1830-1850", ahora, en CORREA GÓMEZ, María José (editora); *Justicia y vida cotidiana en Valparaíso. Siglos XVII-XX* (Santiago, Acto, 2014), pp. 12 ss.

[11] GÓNGORA, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación 1492-1570* (Santiago, Universidad de Chile, 1951), p. 29.

[12] LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución* (traducción castellana Alfredo Gallego, 2a ed. Barcelona, Ariel, 1986) pp. 54-7.

[13] BRAVO LIRA, Bernardino, *Oficio y oficina,* cit, (n. 2), pp. 227-30.

[14] BARRIENTOS, Javier, *El gobierno de las Indias* (Madrid, Fundación Rafael del Pino - Marcial Pons, 2004), p. 152.

la Real Audiencia[15]) y el Cabildo poseían ciertas competencias jurisdiccionales, también la Real Audiencia tenía las propias de gobierno[16]. Eso sí, debe matizarse esta argumentación, ya que es verdad que la legislación indiana dispuso varias normas que establecen cierta división de las funciones de *gobierno, justicia, hacienda y guerra*[17], aunque no como un sistema orgánico que dé estructura al Estado.

De este modo, la administración de justicia era entendida como un vicariato del Rey entre sus súbditos, encaminada a cumplir con la justicia en cuanto esta representa una virtud identificada con el monarca mismo[18], en continuidad con la que Ernst Kantorowicz ha denominado "realeza iuscéntrica" del pensamiento bajomedieval[19]. Por lo tanto, resulta impropio hablar de separación de poderes en el período indiano; como se explicará a lo largo de este trabajo, en este respecto, la doctrina ilustrada de la separación de poderes adoptada tempranamente por el constitucionalismo a partir de 1811 representa, con matices, la principal ruptura entre el Derecho de la función judicial indiano y republicano.

Las principales instituciones de justicia constituidas en América fueron las Audiencias, las cuales poseían una competencia principal pero no exclusivamente jurisdiccional[20], como tribunales fundamentalmente de segunda instancia, tanto en materia civil como canónica, y respecto a contiendas entre españoles como entre indios. La Real Audiencia, como bien se sabe, encabezó el aparato judicial en Chile hasta abril de 1811, cuando fue disuelta por la Junta de Gobierno, y después desde 1814, durante la restauración monárquica o "reconquista", hasta su definitiva disolución por O'Higgins y San Martín en 1817[21]. En este sentido, como se explicará más adelante, y si bien las causas más inmediatas de su remoción obedecen a la contingencia política más inmediata (recuérdese que la Real Audiencia respaldó el motín encabezado por el coronel Tomás de Figueroa en 1811 contra la Junta), no deja de ser significativo que los textos constitucionales sucesivos no la contemplen.

Así, la progresiva construcción del Estado nacional y su respectivo derecho constitucional contemplarán a la función judicial a partir de otro punto de vista, como se desarrolla más adelante, teniendo como base el principio de separación de poderes. Así, en concepto de Samuel Tschorne que "si las personas y las instituciones de la judicatura se han mantenido estables, durante el Estado constitucional se produce, en cambio, una importante reconfiguración de la concepción de la naturaleza de la jurisdicción como consecuencia de la doctrina de la separación de poderes y la emergencia del derecho codificado. Así, en primer lugar, se radicaliza la separación entre judicatura y administración -iniciada ya durante el Estado absoluto- excluyéndose toda intervención de la judicatura en asuntos de gobierno, reduciéndose así la

---

15 Donde además supervigila la conducta de los oidores, pero carece de derecho a voto.

16 *Cf.* CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia constitucional de Chile* (6ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983), pp. 48-9; Dougnac, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano* (Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1998), pp. 113-9.

17 MARTIRÉ, Eduardo, *La idea de justicia y la organización judicial indiana,* en *Lecciones y ensayos* N° 37 (1968), pp. 46-7.

18 BARRIENTOS, Javier, *El gobierno,* cit. (n. 14), p. 155.

19 Al respecto *cf.* KANTOROWICZ, Ernst, *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio de teología política medieval* (traducción castellana Susana Aikin Araluce y Rafael Blázquez Godoy, Madrid, Akal, 2012), pp. 115-23. Sobre los fundamentos medievales de esta idea también puede verse ULLMANN, Walter, *Principios de gobierno y política en la Edad Media* (traducción castellana Graciela Soriano, Madrid, Alianza, 1971), p. 129.

20 DOUGNAC, Antonio, cit. (n. 16), pp. 96-7.

21 Sobre este tema *cf.* BARRIENTOS, Javier, *La Real Audiencia,* cit. (n.3), pp. 96-130.

jurisdicción a las materias de justicia[22]". Este ideal se busca materializar en la búsqueda de una judicatura independiente y profesional, tema que si bien excede las dimensiones de este trabajo, encuentra sus fundamentos constitucionales en los textos normativos que pasarán a analizarse. En efecto, como señalan Pauline Bilot y Pablo Whipple, "una de las herramientas que el Estado nacional usó para hacer efectivo ese cambio de orden [*del Derecho tradicional al decimonónico*] fue promover la profesionalización de la judicatura y asegurar la independencia del poder judicial[23]".

III. DISEÑO Y NORMAS DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

En general, el diseño de la función judicial obedeció al paradigma antes reseñado de la separación de poderes, aunque con algunos matices y prevenciones. En primer lugar, como hemos señalado al principio de la exposición, no se trató en absoluto de una evolución lineal, y que dependió mucho de las contingencias políticas y militares del momento, por lo que la calidad técnica de los textos constitucionales fue bastante irregular, en especial al aproximarse al Reconquista y durante la llamada *anarquía* de mediados de la década de 1820. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el tratamiento del tema en los textos fue, en general, menos extenso y detallado que el de otros aspectos orgánicos. Así, la observación que hizo Jorge Huneeus Zegers respecto a la Constitución de 1833 nos parece ser válida para (al menos casi) todos los textos constitucionales del periodo:

> Llama, sí, la atención el laconismo con el que nuestra Carta trata del Poder Judicial, pues él hace contraste con la minuciosidad que ha empleado al organizar el Poder Legislativo y el Ejecutivo. Ello se explica, sin embargo, tomando en cuenta las circunstancias del País en la época en que fue dictada, y las serias dificultades con que se habría tropezado si se hubiera pretendido detallar en ella materias que convenía más bien entregar a la acción del legislador, atendida su naturaleza y s carácter hasta cierto punto variable y relativo[24].

De todas maneras, es posible extraer ciertos lineamientos comunes que nos arrojan cierta luz sobre la evolución de la función judicial en los sucesivos textos constitucionales:

(i) En primer lugar, cierta inspiración en el principio de separación de poderes que trae, como consecuencia, una difusa normativa sobre independencia judicial, que solía incluir una disposición sobre competencia privativa de los Tribunales de Justicia, que les entrega la facultad de conocer y resolver las controversias que se le presentan de forma exclusiva. También se incorporó en algunos textos la prohibición hacia los demás poderes de intervenir en causas ya falladas;

(ii) No hubo mucha consistencia respecto a los nombramientos, materia que en general se vinculó con la necesidad política de fortalecer al Ejecutivo;

---

[22] TSCHORNE, Samuel, cit. (n. 4), pp. 279-80.

[23] BILOT, Pauline y WHIPPLE, Pablo, cit. (n. 9), p. 479.

[24] HUNEEUS ZEGERS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso, o sea, comentario positivo de la constitución chilena,* (Santiago, Imprenta los Vientos, 1879), II, p. 235.

(iii) Cierta indefinición respecto a la naturaleza de la judicatura en cuanto "poder del estado". Terminológicamente, es significativo que la denominación "Poder Judicial" se use en las constituciones de 1822, 1823 y 1828, se abandone en 1833 y recién se restaure en la Constitución de 1925 para llamar a los Tribunales de Justicia como un poder independiente de los otros dos[25]. Al respecto es muy valiosa la observación realizada por un comentarista de la carta de 1833 durante la década de 1850:

> Ante todo, ¿el cuerpo o autoridades encargadas de administrar justicia son un verdadero Poder Nacional, según la presente Carta? Atendiendo a la forma más que al fondo de las disposiciones de esta Constitución, se diría que no establece tal Poder Judicial; porque en efecto, si bien se establece que el Poder Legislativo reside en el Congreso nacional (art. 13), al tratar de la justicia, parece solo considerarla como un objeto de administración, que, como todo lo que toca a este ramo, es de la incumbencia del Poder Ejecutivo. Es de notar en verdad como nuestra Constitución se aleja de la clasificación teórica del derecho público y de su terminología especial[26].

En ese sentido, se confirma que el proceso, si bien presenta cierta evolución al respecto, inspirada por el principio de separación de poderes, a nivel de diseño todavía es dubitativo. En ese sentido, ciertas reminiscencias indianas parecen convivir con la influencia ilustrada del tratamiento constitucional de la función (nótese, todavía no siempre "Poder") judicial.

A nivel de normas, los textos constitucionales propiamente tales comienzan en Chile con el Reglamento constitucional provisional sancionado por el Congreso Nacional el 14 de agosto de 1811. Este instrumento, de solo 19 artículos (más un preámbulo) y destinado únicamente a regir hasta el regreso al trono de Fernando VII[27].

De carácter bastante rudimentario, este Reglamento más que para estudiar la historia de las instituciones, es útil para revisar las ideas que les dieron forma en un principio. Así, el preámbulo señala que, en su redacción, el Congreso actuó "convencido íntimamente, no sólo de la necesidad de dividir los poderes, sino de la importancia de fijar los límites de cada uno sin confundir ni comprometer sus objetos".

No obstante, el desarrollo orgánico de las instituciones fue bastante limitado en el primer reglamento constitucional, el cual se limitó a delimitar las competencias del Ejecutivo y el Congreso, sin mucha aplicación práctica todavía del principio enunciado de separación de poderes. En efecto, no aparece un tratamiento de conjunto del Poder Judicial.

Tres son los artículos referidos a las instituciones jurisdiccionales, señala Ramón Briseño:

> En el primero se concede al Congreso lo que es propio y privativo de los tribunales, a saber: conocer exclusivamente del cumplimiento o infracción de las leyes. El décimo es de mera formalidad. Trata de cómo debe formarse la Corte de Apelaciones en sala de

[25] Al respecto *cf.* ESTÉVEZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949), p. 322.

[26] CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la constitución política de 1833,* Valparaíso, El Mercurio, 1858, p. 180. Para facilitar la lectura, hemos actualizado la ortografía de los textos decimonónicos.

[27] CAMPOS HARRIET, Fernando, cit. (n. 16), p. 328.

> hacienda, de justicia y de guerra. El decimocuarto habla de las recusaciones de los vocales del Ejecutivo, sujetándola en un todo a las de los Oidores[28].

Sin embargo, aterriza la idea de separación de poderes respecto al Ejecutivo, señalando en su art. 9 que "la Autoridad Ejecutiva no conocerá causas de justicia entre partes, sino las de puro Gobierno, Hacienda y Guerra". Dicha norma consagra un principio que se repetirá a lo largo de los textos que le sucederán.

En octubre de 1812 es promulgado un segundo Reglamento Constitucional, ordenado a consolidar el gobierno de José Miguel Carrera, quien había accedido al poder tras dos golpes de Estado[29]. Este reglamento, el más desarrollado de los textos constitucionales de la Emancipación[30], sin embargo, tampoco contuvo un tratamiento orgánico de los Tribunales de Justicia, pero se acercó más en ese sentido que el de un año antes.

No obstante, se avizoran tempranamente algunos elementos que le darían configuración a una judicatura (más o menos) independiente y nacional (o protonacional, cuando menos). El artículo 5 define por exclusión su competencia dentro del territorio del país, en términos bastante categóricos:

> *Ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquiera autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos de estado.*

Además de eso, un conjunto disperso de artículos también reguló sus atribuciones, estructura y estableció normas con respecto a los derechos constitucionales (que debutan con este texto en la historia jurídica del país) que inciden en la función judicial: el art. 11, sobre la responsabilidad penal de los vocales de la Junta de Gobierno; el art. 13, sobre instalación de las funciones públicas; el 16, que asegura la inviolabilidad de "personas, casas, efectos y papeles" sin mediar juramento judicial para su examen; el 17, sobre competencia de los Tribunales; y los arts. 18 al 22, que contienen lo que hoy en día llamaría la doctrina "garantías penales".

Para efectos del presente trabajo, es de especial interés el texto del art. 17, del tenor siguiente:

> *La facultad judiciaria residirá en los tribunales y jueces ordinarios. Velará el Gobierno sobre el cumplimiento de las leyes y de los deberes de los magistrados, sin perturbar sus funciones. Queda inhibido de todo lo contencioso.*

Esta norma le da propiamente fundamento constitucional a la judicatura por primera vez, estableciendo además el principio separador de 1811, aunque matizado al otorgarle cierta supervigilancia al Ejecutivo de la conducta judicial. Este artículo puede entenderse, además, como un claro antecedente de los preceptos base de la función judicial en las cartas fundamentales chilenas, en la medida de que incluye dos elementos fundamentales: uno que podríamos llamar (para efectos de la abstracción histórica) "positivo", la entrega de competencias jurisdiccionales a los Tribunales que correspondan conforme a Derecho (puede

---

[28] BRISEÑO, Ramón, *Memoria histórico-crítica del Derecho público chileno. Desde 1810 hasta nuestros días* (Santiago, Imprenta de Julio Belin y cía., 1849), p. 50.

[29] GARCÍA HUIDOBRO, Cristóbal (2012): *El reglamento constitucional provisorio de 1812: reflexiones para un bicentenario*, en *RChD*, vol. 39 N° 1 (2012), p. 238.

[30] CUMMING, Alberto, *El reglamento constitucional de 1812*, en Revista Chilena de Historia y Geografía, Tomo V N° 9 (1913), pp. 228-9.

verse así una cierta concordancia entre el carácter "ordinario" que exige, con la más evolucionada fórmula de "establecidos por la ley"), por un lado; y uno "negativo" por otro, que dispone la exclusión del Ejecutivo del ejercicio de dichas facultades. La doctrina de la separación de los poderes influye muy fuertemente en este sentido.

No obstante, la vigencia del texto de 1812 fue muy limitada en el tiempo. Menos de un año y medio después, al calor de la lucha contra la expedición enviada por el virrey Abascal, se dictó un tercero, el *Reglamento para el gobierno provisorio*, promulgado el 17 de marzo de 1814. Este reglamento, redactado en un tiempo limitadísimo y sin otro propósito más que el de concentrar el Poder Ejecutivo en una sola magistratura (la de Director supremo, cargo que pasa a ser ocupado por el general Francisco de la Lastra), representó, en concepto de Fernando Campos Harriet, "un retroceso en la evolución constitucional[31]".

En efecto, el único artículo que se refiere a la función judicial es el 8, que contiene una institución indiana que no tendría mayor proyección en el Derecho republicano: el Juicio de residencia, el cual será competencia ya no de la disuelta Real Audiencia, sino que de un juez nombrado para ello por el Congreso.

En este sentido, hay cierto retroceso del constitucionalismo ilustrado, seguramente como fruto de la difícil situación política que enfrentaba el Gobierno del país durante ese año, que se manifiesta en la ausencia de normas que sancionen cierta separación de poderes o que se refieran al judicial como una entidad más o menos independiente. En efecto, tras el desastre de Rancagua el 2 de octubre, el Reglamento constitucional provisorio dejó de regir. Una de las primeras medidas tomadas por el gobernador Osorio tras la derrota patriota fue, en efecto, ordenar la reconstitución de la Real Audiencia de Santiago, que se hizo efectiva en marzo de 1815[32].

Tras el triunfo militar del Ejército Libertador en la zona central, una de las prioridades de los nuevos gobernantes (pero también de la aristocracia santiaguina, preocupada por limitar el poder político del gobierno de los militares independentistas) sería la consolidación jurídica de la nueva nación, a través principalmente de dos instrumentos: la Declaración de Independencia, de febrero de 1818; y un nuevo texto fundamental, promulgado el 23 de octubre. Este texto, el primero denominado propiamente como "Constitución", aunque todavía de carácter transitorio, estableció una serie de novedades referentes a la función judicial y su ejercicio; tanto en su parte orgánica, que incorporó por primera vez un título especialmente destinado a la "autoridad judicial", como en su parte dogmática, que avanzó especialmente en la llamada "constitucionalización del proceso penal[33]".

El tratamiento que se hace de las instituciones jurisdiccionales, bastante más detallado que en los textos anteriores, está en el Título V, dividido en tres capítulos que contienen normas de carácter general, y aquellas que regulan los dos órganos destinados a sustituir a la antigua Real Audiencia: el Supremo Tribunal Judiciario y la Cámara de Apelaciones, así como los tribunales de paz, a los cuales se les encomienda promover la conciliación como método de resolución de conflictos.

En este texto se demuestra claramente el tránsito entre dos concepciones sobre la función judicial que se explicaba anteriormente. Por un lado, la organización de los tribunales tenderá a

---

31 CAMPOS HARRIET, Fernando, cit. (n. 16), p. 332.

32 BARRIENTOS, Javier, *La Real Audiencia,* cit. (n.3),

33 Al respecto *cf.* PALMA GONZÁLEZ, Eric, *La constitución chilena de 1818 (a 200 años de su promulgación)*, en Revista de Historia Constitucional N° 20 (2019), pp. 278-84.

guiarse por los principios del nuevo Derecho del constitucionalismo y la Ilustración; lo mismo pasará con el contenido de ciertas garantías. Pero quedan varias reminiscencias del Derecho Indiano el contenido del Tít. V. Cap. I Art. 2:

> *Integridad, amor a la justicia, desinterés, literatura y prudencia deben ser las cualidades características de los miembros del Poder judicial, quienes ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el Senado, que proveerá de remedio.*

¿Cuál es la fuente teórica de este artículo? Por una parte, es clara la influencia del ideario ilustrado del proyecto político ohigginista: se recurre a la virtud del ciudadano como un principio fundante de la legislación; esta es una idea fundamentalmente ilustrada, no extraña al pensamiento político de O'Higgins[34]. Pero, por otra parte, el sustrato indiano también es muy fuerte, al fin y al cabo, el artículo invoca a la figura del "buen juez" que marcará el ideario judicial de la doctrina indiana. En ese sentido, "integridad, amor a la justicia, desinterés, literatura y prudencia" no se alejan mucho de "ciencia, experiencia, entendimiento agudo, rectitud de conciencia y prudencia" que, siguiendo a Tau Anzoáetgui[35], son las principales cualidades que la literatura jurídica de los siglos XVI al XVIII demandan del "buen juez". Es, en ese sentido, un texto de transición.

Las normas del Título V (y en general las disposiciones orgánicas de la Constitución de 1818[36]), sin embargo, no avanzan en el ideario de la separación de poderes, ya que, en la práctica, someten al Director Supremo al Supremo Tribunal y a la Cámara de Apelaciones (a la que se consagra como sucesora legal de la Real Audiencia) en una serie de materias: nombramiento (cap. II art. 3 y cap. III art. 7), fijación de salarios para ciertos oficios (cap. III art. 9), la firma de las resoluciones del Supremo Tribunal Judiciario (cap. II art. 12; esto es un remanente de las funciones del Gobernador, del cual el Director Supremo era sucesor), e incluso el conocimiento de los recursos contra las sentencias de la Cámara de Apelaciones mientras el Supremo Tribunal no esté constituido.

También hay reglas sobre las relaciones de los poderes ejecutivo y judicial en el Título V, *De la autoridad ejecutiva*. En particular, continúa con la tendencia de hacer expresa la jurisdicción privativa de los tribunales de justicia, aunque esta vez puesto en contexto de los "limites del poder ejecutivo":

> *No podrá intervenir en negocio alguno judicial, civil o criminal contra persona alguna de cualquiera clase o condición que sea, ni por vía de apelación, ni alterar el sistema de administración de justicia, ni entender en los recursos de fuerza, que serán peculiares al Tribunal de Apelaciones*[37].

En la parte dogmática, contenida en el Título I, se consagraron varias normas destinadas a resguardar el debido proceso, especialmente en materia penal. Exigió la existencia de un procedimiento judicial anterior a la aplicación de penas, el derecho a ser oído (ambos en el cap. I art. 2), la presunción de inocencia (cap. I art. 3) y la recusabilidad de todos los jueces (cap. I art. 14) como garantía de imparcialidad. Novedosamente, también dispuso una norma sobre los

---

[34] Sobre esto pueden verse COLLIER, Simon, *Ideas y Política de la Independencia chilena 1808-1833* (traducción castellana Carmen Cienfuegos, Santiago, Ed. Andrés Bello, 1977), pp. 231 y ss. y PALMA GONZÁLEZ, cit. (n. 33), pp. 960-1,

[35] TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano* (Bs. As., Instituto de Investigaciones del Derecho Indiano, 1992), p. 487.

[36] PALMA GONZÁLEZ, cit. (n. 33), p. 985.

[37] CPE 1818, Tít. IV, Cap. II, Art. 1.

deberes de los jueces respecto a la aplicación de penas, en términos muy categóricos, en el art. 6 del capítulo II del primer título:

> *Un juez que mortifica a un preso más de lo que exige su seguridad y entorpece la breve conclusión de su causa es un delincuente, como igualmente los magistrados que no cuidan del aseo de las cárceles, alimento, y el alivio de los presos.*

Tras esta regulación estaría, según Eric Palma, el propósito de que esta "otorgue mayor legitimidad al discurso que promueve la transformación del orden político institucional: el gobierno representativo no hereditario y la constitución, garantizaban la seguridad del individuo ante la arbitrariedad política y judicial y amparaban la libertad personal[38]".

La aplicación de la separación de poderes, sin embargo, no es tan prístina como la hubieran querido los teóricos políticos de su época. La fuerza del gobierno personal del que, al fin y al cabo, era el líder militar más importante de la historia del país hasta entonces generaría cierta tendencia centrípeta del poder hacia el ejecutivo, morigerando la separación de poderes que no dejaba de ser una novedad. Al respecto señala Miguel Luis Amunátegui:

> Su autoridad estaba limitada solo por el Senado, al cual competía el poder legislativo, y por los tribunales, que entendían en lo contencioso. Sin embargo, tanto el primero, como los segundos, eran todavía, como queda dicho, nombrados por el Director (…) O´Higgins, en realidad, después de la promulgación de la carta fundamental, quedaba con facultades tan omnímodas, como las que tenía antes de que subiera dictado[39]".

Más dura todavía sería la apreciación de Ramón Briseño:

> La división de los poderes que esta Constitución establece, es completamente inútil, en atención a que el Senado y todas las demás autoridades son nombradas por el Director, inamovibles a su voluntad soberana. Radícase en él la dictadura, de hecho y de derecho[40].

En 1822 O'Higgins promulgó un segunda Constitución, esta vez con pretensiones definitivas, aunque ésta sería incapaz de sobrevivir a su propio gobierno. Inspirada en la Constitución de Cádiz y redactada por José Antonio Rodríguez Aldea[41], sería el más avanzado de todos los textos constitucionales implementados hasta entonces en el país[42].

En efecto, por primera vez el texto constitucional se refirió a los órganos jurisdiccionales con la denominación moderna de "Poder Judicial", lo cual lleva consigo cierto contenido de separación de poderes. Así lo señalaba, por lo demás, su art. 158:

> *El Poder judicial reside en los Tribunales de Justicia. A ellos toca exclusivamente la potestad de aplicar las leyes, con total independencia del Legislativo y Ejecutivo, si no es en los casos exceptuados en esta*

[38] PALMA GONZÁLEZ, cit. (n. 33), p. 978.
[39] AMUNÁTEGUI, Miguel Luis, *La dictadura de O'Higgins* (Santiago, Imprenta, litografía y encuadernación Barcelona 1914), pp. 256-7.
[40] BRISEÑO, Ramón, cit. (n. 28), p. 99.
[41] INFANTE, Javier (2014): *Autonomía, Independencia y República en Chile 1810-1828* (Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2014), p. 215
[42] CAMPOS HARRIET, Fernando, cit. (n. 16), p. 343.

Constitución: no ejercerán otras funciones que las de juzgar conforme a las leyes vigentes y hacer que se ejecute lo juzgado.

Son notables dos dimensiones de la separación de poderes en este artículo: una, que consagra expresamente su independencia, al menos en teoría, del Director Supremo y del Congreso. Otra, que, a *contrario sensu*, limitaba la competencia de los Tribunales a lo estrictamente jurisdiccional. Esto es muy importante: como se explicó en el tercer capítulo de este trabajo, la concepción indiana de la función judicial, al ser ajena a la separación de poderes, no excluía a la judicatura de las funciones de gobierno, que efectivamente ejerció la Real Audiencia antes de la Emancipación.

El progreso en la técnica legislativa también hará aportes en ese sentido. Por primera vez la Constitución contemplará, en su artículo 166, un listado taxativo de atribuciones del Supremo Tribunal. Algo similar ocurrirá con la Cámara de Apelaciones. Mientras que, en materia de garantías, continúa la constitucionalización del procedimiento penal y del debido proceso.

No obstante, en materia de nombramientos judiciales, la concentración de poder en manos del Director Supremo limitará la aplicación práctica de la separación de poderes: "resulta pues, que el Director Supremo es quien da la existencia a los tres poderes en que está delegada la soberanía del pueblo chileno[43]"

De esta forma, la Constitución de 1822 no estaría llamada a perdurar, debido a lo controversial de su redacción y la pérdida de respaldo político y militar del gobierno de O'Higgins. Solo tres meses tuvo de vigencia, cesando en ella junto con su propia abdicación y autoexilio. Así, una de las primeras misiones que se impondrá el general Freire tras su ascensión al Gobierno será la promulgación de una nueva carta fundamental, cuya redacción recayó, como bien es sabido, en Juan Egaña.

La Constitución de 1823 incorporó varias innovaciones con respecto a los órganos jurisdiccionales, partiendo por la creación de la Corte Suprema, que sucede al Supremo Tribunal como superior de las (ahora llamadas) Cortes de Apelaciones, y de los jueces de conciliación, que suceden por su parte a los jueces de paz en su labor de promover dicha forma de solución de conflictos (la Constitución también buscará promover una especie de arbitraje, en los llamados "juicios prácticos"). Es bastante interesante, en ese sentido, que recoge muchas de las ideas de Egaña sobre la judicatura y que había plasmado en otro proyecto inédito una década antes.

En primer lugar (y esto constituye una innovación que, siguiendo a Bernardino Bravo Lira, tendría recepción práctica recién con el recurso de protección, ¡en 1976![44]), establece expresamente, en su art. 116, que "el Poder Judicial protege los derechos individuales", de conformidad a una serie de principios que enlista a continuación, y que en realidad constituyen un catálogo de derechos fundamentales que se enlistan en el mismo título *Del Poder Judicial*, entendiendo que en la concepción de Egaña, la función principal de los Tribunales sería, precisamente la tutela de los derechos. Esta idea matriz tiende a ocupar el lugar de la separación de poderes en el pensamiento constitucional del texto de 1823. También se crea una garantía judicial para dicha tutela, en su art. 138:

[43] BRISEÑO, Ramón, cit. (n. 28), p. 102.
[44] BRAVO LIRA, Bernardino, *La Corte Suprema,* cit. (n. 2), p. 538.

> *El ciudadano que reclama un atropellamiento o violencia de las autoridades constituidas, en que no se guardaron las formas esenciales, o voluntariamente no se obedeció al decreto superior que mandaba proteger sus derechos, será servido en su reclamación por todos los funcionarios judiciales gratuitamente, afianzando las expensas para el caso de declararse injusto su reclamo.*

En efecto, siguiendo a Bernardino Bravo Lira, más que una sucesora funcional de la Real audiencia o una Corte de Casación, sería una verdadera "corte de protección[45]". En este aspecto se demuestra el escepticismo de Egaña respecto al principio de separación de poderes, puesto que, al concebir como un principio general la protección de los derechos individuales respecto a la Administración, rema a contracorriente del ideario judicial de la Revolución Francesa, que ve con hostilidad el control jurisdiccional de los actos del Ejecutivo, al interpretarla como ajena a la separación de poderes que la inspiraría[46]. El enfoque al respecto parece ser mucho más deudor en lo material del Derecho Indiano que del Constitucionalismo ilustrado, pero con las formas del último.

Sobre la orgánica del Poder Judicial, como se ha señalado, se establecieron jerárquicamente la Corte Suprema, Corte de Apelaciones y los Juzgados de Conciliación. Respecto a la Corte Suprema, también, se configura como una corte de casación[47], siguiendo el modelo francés, al otorgársele a facultad de conocer la nulidad de las sentencias de la Corte de Apelaciones, que era concebido como un recurso excepcional:

> *El recurso de nulidad sólo será admisible faltándose a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios, determinadas literalmente por la ley: reteniendo y conociendo en estos casos el Tribunal que declara la nulidad sobre el negocio principal*[48].

Además, apareció una norma que sería recurrente en los textos posteriores, y que estaría orientada a asegurar una estructura jerárquica al interior de la judicatura, en su art. 148:

> *Tiene la Suprema Corte la superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial, sobre los tribunales y juzgados de la Nación. Tiene también la de la policía criminal conforme al reglamento que se formará sobre estas atribuciones.*

En materia de nombramientos judiciales, sin embrago, tendió a la descentralización, y en este ámbito sí se avanzó en separación de poderes: los ministros de las cortes ya no serían nombrados por el Director Supremo, o por órganos nombrados por éste, sino por las asambleas electorales respectivas, nacional para la Corte Suprema, o provincial, para la Corte de Apelaciones.

Curiosamente, este texto, cuya vigencia en el tiempo fue muy limitada, tuvo su mayor continuidad en esta materia: "de esta carta constitucional lo único que subsistió fue la organización judicial. En elogio de Juan Egaña puede decirse que el régimen de justicia que estableció en su Constitución del 23 ha sido la base del régimen actualmente adoptado entre nosotros[49]".

---

45 BRAVO LIRA, Bernardino, *La Corte Suprema,* cit. (n. 2), p. 538.
46 Al respecto *cf.* BREWER-CARÍAS, Allan (2011): *Los aportes de la Revolución Francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX*, en *Ars Boni et Aequi*, vol. 7 N° 2, pp. 124-5.
47 INFANTE, Javier, cit. (n. 41), p. 243.
48 CPE 1823, art. 137.
49 CAMPOS HARRIET, Fernando, cit. (n. 16), p. 348.

Acaso por lo mismo, pero también por la incapacidad de los dirigentes federalistas de los años siguientes de elaborar un texto completo, el Congreso Constituyente de 1826 no modificó mayormente la estructura de la administración de justicia, concentrándose en las normas sobre gobierno territorial. El Reglamento Federal de ese año solamente incorporó la elección de los jueces letrados por las recién creadas Asambleas Provinciales. Esta disposición, innovadora en teoría pero sin mayor ejecución en la práctica, probablemente se pueda atribuir a la fuerte influencia intelectual norteamericana que se sintió sobre el "ensayo" federalista, ya que era un tema sobre el cual había cierta discusión al fundarse los Estados Unidos[50], aunque en su consagración constitucional se adelantó en algunos años al caso de dicho país, donde recién esto se daría con la democracia jacksoniana[51]. De cualquier forma, no fue una norma destinada a perdurar, y no se puede atribuir influencia relevante en la posterior evolución constitucional chilena.

Sí hizo mayor referencia a la función judicial el proyecto de Constitución federal redactado por una comisión liderada por José Miguel Infante que, pese a no tener nunca entrada en vigor, merece una breve mención, ya que buscó hacer algunas modificaciones a la normativa existente: elección provincial de los ministros de la Corte Suprema, límite de duración en su cargo (seis años). Además, probablemente por el carácter federalista del proyecto, enfatizó la expansión territorial de los Tribunales[52]. Habría que esperar dos años para que un segundo Congreso Constituyente.

La Constitución de 1828, redactada principalmente por el jurista liberal español José Joaquín de la Mora se enfocó, por su parte, en la liquidación del experimento federalista y en la expansión del electorado, y evitó centrarse en el Poder Judicial, donde conservó, en lo fundamental, las normas orgánicas de 1823, pero sin comprender la regla sobre control de la Administración. Le dio, en cambio, reconocimiento expreso al principio de separación de poderes en su art. 22:

> *El ejercicio de la soberanía, delegado por la Nación en las autoridades que ella constituye, se divide en tres poderes, que son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso.*

Sin embargo, el texto de 1828 no se acomodaría al orden político de Lircay, una vez que los conservadores derrocaron al gobierno liberal durante la guerra de 1830-31. El gobierno del general José Joaquín Prieto, vencedor de la contienda, impulsó, a instancias del Cabildo de Santiago, la convocatoria a una convención encargada de redactar una Constitución para la República Conservadora, que sustituya al texto redactado por los liberales. En su redacción destacaron especialmente Manuel José Gandarillas y Mariano Egaña, hijo de Juan y el principal iuspublicista del régimen. Posteriormente sería autor de las llamadas "leyes marianas", que darían marco legal a la judicatura republicana.

La Constitución de 1833, recoge el edificio de 1823 en lo estructural, pero agrega algunas disposiciones especiales: reserva legal en materia de instalación de los Tribunales, responsabilidad personal de los magistrados por el desempeño de su cargo y una delegación a una ley especial que "determinará la organización y atribuciones de todos los Tribunales y

---

[50] ZACCARI, Laura, *Judicial Elections: Recent Developments, Historical Perspective, and Continued Viability*, en *Richmond Jorunal of Law and Public Interest*, Vol. 8 N° 1 (2004), p. 139.

[51] NEWMAN, Sandra e ISAACS, Daniel *Historical Overview of the Judicial Selection Process in the United States: Is the Electoral System in Pennsylvania Unjustified?,* en *Villanova Law Review* vol. 49 N° 1, (2004), p. 7.

[52] CAMPOS HARRIET, Fernando, cit. (n. 16), p. 353 INFANTE, Javier, cit. (n. 41), p. 271.

juzgados que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República[53]".

El tratamiento orgánico que le da a los tribunales es bastante escaso; en ese sentido, se confía más en la regulación de nivel legal que será obra de Mariano Egaña, y que determinará el contenido de la normativa al respecto hasta la codificación procesal setenta años después[54]. Tanto es así, que la misma Corte Suprema no es nombrada ni una sola vez en todo el texto constitucional. Asimismo, tampoco hay reconocimiento expreso del principio de separación de poderes; y significativamente el capítulo sobre la judicatura ya no se denominó "Poder Judicial", sino simplemente "Administración de Justicia". En ese sentido, la Constitución de 1833 se nota inspirada por un espíritu acaso más pragmático que en los textos anteriores, que reacciona contra la fuerte influencia del principio ilustrado de separación de poderes.

Pero no del todo. Sigue haciendo reconocimiento de la independencia judicial, y especialmente, de la competencia privativa de los Tribunales para conocer y fallar los conflictos. Así, el art. 108, según Javier Infante, siguiendo la Constitución de Cádiz[55], dispone:

> *La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos.*

No obstante, el desarrollo orgánico de dicho principio sería objeto de críticas, dadas las "desviaciones ilógicas dadas por varias otras disposiciones constitucionales[56]", especialmente en materia de nombramientos. Esto se dejaba en manos del Presidente de la República a partir de una terna propuesta por el Consejo de Estado a partir de los quince nombres propuestos por el propio Poder Judicial[57]. Seguía siendo una fórmula que fortalecía al Ejecutivo, pero limitadamente, al incorporal cierto nivel de autogeneración dentro del propio Poder Judicial. Sin embargo, no es propio exagerar este elemento: no hubo bajo el imperio de la carta de 1833 una carrera judicial propiamente independiente, como bien lo ha demostrado Armando de Ramón[58]. En efecto, este aspecto fue criticado por los primeros constitucionalistas nacionales y por la historiografía posterior, que vería en la regulación sobre el Poder Judicial una manifestación más del pesado presidencialismo de la Carta de 1833, que tanto la costumbre constitucional como la doctrina y las sucesivas reformas procuraron atenuar. Manuel Carrasco Albano, por ejemplo, comprende que la intervención del Consejo de Estado buscaría resguardar la idoneidad de los nominados para proveer los cargos, pero de todas maneras critica que "un cuerpo, cuyos miembros son nombrados y removidos a la voluntad del Presidente, es (…) un eco muy débil del espíritu público[59]"

Así, observa Federico Errázuriz Zañartu en una célebre obra que redactó para la Universidad de Chile hacia finales de la administración de Manuel Montt:

---

53 CPR 1833, Art. 114.

54 Al respecto *cf.* BRAHM, Enrique, *Mariano Egaña: Derecho y Política en la fundación de la República Conservadora* (Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2007), pp. 204 y ss., y BRAVO LIRA, Bernardino, *La Corte Suprema,* cit. (n. 2), pp. 540-1.

55 INFANTE, Javier, *La República discreta. Otro estudio sobre la Constitución chilena de 1833*, en *REHJ* N° 42, (2020) p. 574.

56 CARRASCO ALBANO, Manuel, cit. (n. 26), p. 182.

57 CAMPOS HARRIET, Fernando, cit. (n. 16), p. 366.

58 De Ramón, Armando, cit. (n. 5).

59 CARRASCO ALBANO, Manuel, cit. (n. 26), p. 171.

> La Constitución promulgada en 1833, dando en todo una preponderancia ilimitada al ejecutivo, destruyó ese justo y necesario equilibrio entre los poderes, que es la más sólida prenda de libertad (…) la independencia del judicial fracasó con la facultad otorgada al ejecutivo de nombrar y promover por sí solo a todos los empleados judiciales desde la suprema corte de justicia[60].

De la misma manera, la amplitud de las facultades extraordinarias por parte del Presidente de la República (de las cuales los tres mandatarios pelucones harían un uso bastante recurrente), morigerarían la separación de poderes.

IV. CONCLUSIONES.

Como se señaló en la introducción, el periodo 1811-1833 fue un periodo revolucionario, y lo fue también en lo relativo a la concepción que hace el Derecho de quienes son llamados a aplicarlo. Es en ese aspecto, donde el constitucionalismo de mostrará innovador, y por medio de la recepción de un principio ilustrado, como lo es de la separación de poderes, desarrolló toda una configuración institucional de los tribunales de justicia construida sobre esa idea.

En efecto, aquella permeó a todos los textos constitucionales del periodo, sin excepción. Esto, sin embargo, debe considerarse con cierta cautela: su recepción no implicó, naturalmente, una transformación absoluta de las instituciones jurisdiccionales ni una división a rajatabla de los ahora llamados poderes del Estado. Las diferentes circunstancias políticas, el irregular nivel de técnica legislativa y el sometimiento de este tema a la discusión sobre los demás poderes del Estado no permiten sacar conclusiones demasiado radicales sobre la recepción de este principio en el diseño de la función judicial. En efecto, es notable que el texto más influyente sobre esta materia, el de 1823, haya sido redactado con cierto escepticismo al respecto; y que la más duradera, la de 1833, evitara hacer alusión expresa sobre el tema. Sin embargo, y a pesar de que no es posible trazar una evolución lineal al respecto, es posible observar una recepción muy fuerte de la idea de separación de poderes, y consiguientemente, la ruptura con el Derecho Indiano sobre la función judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos y tesis

AMUNÁTEGUI, Miguel Luis, *La dictadura de O'Higgins* (Santiago, Imprenta, litografía y encuadernación Barcelona 1914).

BARRIENTOS, Javier *La fiscalización de los actos de Gobierno en la época indiana y su desaparición durante la* República, en *REHJ,* N° 15 (1992), pp. 105-130.BARRIENTOS, Javier (2000); *La Real*

[60] ERRÁZURIZ ZAÑARTU, Federico, *Chile bajo el imperio de la Constitución de 1828* (Santiago, Imprenta Barcelona, 1861), p. 269.

Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817). La institución y sus hombres, 2000, Recurso electrónico, disponible en: http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000180

BARRIENTOS, Javier, *El gobierno de las Indias* (Madrid, Fundación Rafael del Pino - Marcial Pons, 2004).

BILOT, Pauline, *Construyendo un esquema de la Administración de Justicia: fuentes, método y resultados, Chile siglo XIX*, en *Revista Historia y Justicia* N° 1 (2013), pp- 1-27.

BILOT, Pauline y WHIPPLE, Pablo, "Los desafíos de la justicia republicana. Profesionalización e independencia de la judicatura en Chile y Perú durante el siglo XIX", ahora, en DE FRANCESCO, Antonino - MASCILLI MIGLIORINI, Luigi - NOCERA, Raffaele (coordinadores); *Entre Mediterráneo y Atlántico. Circulaciones, conexiones y miradas, 1756-1867* (Santiago, 2014), pp. 477-500.

BRAHM, Enrique, *Mariano Egaña: Derecho y Política en la fundación de la República Conservadora* (Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2007.

BREWER-CARÍAS, Allan (2011): *Los aportes de la Revolución Francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX*, en *Ars Boni et Aequi* vol. 7 N° 2, pp. 111-142.

BRAVO LIRA, Bernardino, *Los estudios sobre la judicatura chilena de los siglos XIX y XX*, en *Revista de Derecho Público*, Nos. 19/20 (1976), pp. 89-116.

BRAVO LIRA, Bernardino, *Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario,* en *REHJ,* N° 1 (1976), pp. 61-87.

BRAVO LIRA, Bernardino, Oficio y oficina, dos etapas en la Historia del Derecho Indiano (1981), ahora, en EL MISMO, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago, 1989), pp. 219 ss.

BRAVO LIRA, Bernardino *La Corte Suprema de Chile 1823-2003. Cuatro caras en 180 años*, en *RChD,* 30 N°3, pp. 535-47.

BRISEÑO, Ramón, *Memoria histórico-crítica del Derecho público chileno. Desde 1810 hasta nuestros días* (Santiago, Imprenta de Julio Belin y cía., 1849.

AMPOS CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia constitucional de Chile* (6ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983.

CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la constitución política de 1833,* Valparaíso, El Mercurio, 1858.

COLLIER, Simon, *Ideas y Política de la Independencia chilena 1808-1833* (traducción castellana Carmen Cienfuegos, Santiago, Ed. Andrés Bello, 1977.

CUMMING, Alberto, *El reglamento constitucional de 1812*, en Revista Chilena de Historia y Geografía, Tomo V N° 9 (1913), pp. 214-229.

DOUGNAC, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano* (Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1998.

ERRÁZURIZ ZAÑARTU, Federico, *Chile bajo el imperio de la Constitución de 1828* (Santiago, Imprenta Barcelona, 1861.

ESTÉVEZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949.

FAÚNDEZ, Julio, *Democratización, desarrollo y legalidad (Chile, 1831-1973)* (traducción castellana de Natalia Babarovic, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011).

GARCÍA HUIDOBRO, Cristóbal (2012): *El reglamento constitucional provisorio de 1812: reflexiones para un bicentenario*, en *RChD*, vol. 39 N° 1 (2012), pp. 235-43.

GÓNGORA, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación 1492-1570* (Santiago, Universidad de Chile, 1951).

HILBINK, Lisa, *An Exception to Chilean Exceptionalism? The Historical Role of Chile's Judiciary*, ahora, en ECKSTEIN, Susan - WICKHAM-CROWLEY, Timothy (editores): *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America* (Berkeley-Londres-Los Ángeles, 2013), pp. 64 ss.

HILBINK, Lisa, *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile,* (traducción castellana de Felipe Millán Zapata, Santiago, Flacso, 2014).

HUNEEUS ZEGERS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso, o sea, comentario positivo de la constitución chilena,* 2 vols. (Santiago, Imprenta los Vientos, 1879).

INFANTE, Javier, *Autonomía, Independencia y República en Chile 1810-1828* (Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2014).

INFANTE, Javier, *La República discreta. Otro estudio sobre la Constitución chilena de 1833*, en *REHJ* N° 42, (2020), pp. 555-77.

KANTOROWICZ, Ernst, *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio de teología política medieval* (traducción castellana Susana Aikin Araluce y Rafael Blázquez Godoy, Madrid, Akal, 2012).

LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución* (traducción castellana Alfredo Gallego, 2a ed. Barcelona, Ariel, 1986).

MARTIRÉ, Eduardo, *La idea de justicia y la organización judicial indiana,* en *Lecciones y ensayos* N° 37 (1968), pp. 45-62.

NEWMAN, Sandra e ISAACS, Daniel *Historical Overview of the Judicial Selection Process in the United States: Is the Electoral System in Pennsylvania Unjustified?,* en *Villanova Law Review* vol. 49 N° 1, (2004), pp. 1-21.

PALMA ALVARADO, Daniel, "La formación de una justicia republicana. Los atribulados jueces del orden portaliano 1830-1850", ahora, en CORREA GÓMEZ, María José (editora); *Justicia y vida cotidiana en Valparaíso. Siglos XVII-XX* (Santiago, Acto, 2014), pp. 12 ss.

PALMA GONZÁLEZ, Eric, *La constitución chilena de 1818 (a 200 años de su promulgación)*, en Revista de Historia Constitucional N° 20 (2019), pp. 941-997.

DE RAMÓN, Armando, *La justicia chilena entre 1875 y 1924* (Santiago, Universidad Diego Portales, 1989).

STABILI, María Rosaria, "Jueces y justicia en el Chile liberal", ahora, en CARMAGNANI, Marcello (coordinador); *Constitucionalismo y orden liberal. América Latina 1850-1920* (Turín, Otto edttore, 2000), pp. 227-58.

TSCHORNE, Samuel; *Estado y justicia: el rol de la judicatura en la construcción del Estado constitucional*, ahora, en JAKSIC, Iván - RENGIFO, Francisca (editores); *Historia política de Chile 1810-2010* (Santiago, 2017), II, pp. 271 ss.

ULLMANN, Walter, *Principios de gobierno y política en la Edad Media* (traducción castellana Graciela Soriano, Madrid, Alianza, 1971).

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano* (Bs. As., Instituto de Investigaciones del Derecho Indiano, 1992).

Zaccari, Laura, *Judicial Elections: Recent Developments, Historical Perspective, and Continued Viability*, en *Richmond Jorunal of Law and Public Interest*, Vol. 8 N° 1 (2004), pp. 138-156.

Textos constitucionales:

Reglamento constitucional provisorio de 1811.

Reglamento constitucional de 1812.

Reglamento constitucional de 1814.

Constitución de 1818.

Constitución de 1822.

Constitución de 1823.

Constitución de 1828.

Constitución de 1833.

LAS PENAS INFAMANTES: ORIGEN, DESARROLLO Y SU EVOLUCIÓN ANTE LOS PRINCIPIOS DE LA ILUSTRACIÓN[*]

[*The infamous penalties: Origin, development and its evolution in front of the principles of enlightenment*]

Kathia Alveal[*]
Camila Aravena[**]
Universidad de Santiago de Chile
Profesor guía: Cristóbal García-Huidobro

Resumen:
Esta ponencia relata las fuentes, desarrollo y evolución de las sanciones jurídicas cuyo fin era el provocar deshonra a sus condenados. Se analizan los diferentes aspectos que las hicieron proclives en determinados lugares y épocas, observando de cerca a Francia e Inglaterra, naciones con tradiciones jurídicas opuestas. Aun cuando fueron prácticas comunes en diversas sociedades, se propone que la Ilustración presentó un nuevo enfoque para observarlas como lo que realmente eran: actos contrarios a la dignidad humana. Estas concepciones filosóficas y jurídicas del siglo XVIII y sus principios marcarían un antecedente jurídico clave en el entendimiento y evolución futura que en los Estados tendrían respecto de las penas a aplicar y la racionalidad de las mismas.

Palabras clave: Penas, Infamia, Evolución, Ilustración.

Abstract:
This paper analyzes the sources, development and evolution of legal sanctions whose purpose was to cause dishonour to their convicts. The different aspects that made them prevalent in certain places and times are analyzed, studying France and England, both nations with diverse legal traditions. Even though infamous punishments were standard practices in various societies, we propose that the Enlightenment presented a new approach to seeing them for what they were: acts contrary to human dignity. These philosophical and legal conceptions of the eighteenth century and its principles would mark a critical legal antecedent in the understanding and future evolution that States would have regarding the penalties to be applied and their rationality.

Keywords: Penalties, Infamy, Evolution, Enlightment.

INTRODUCCIÓN

[*] **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[*] Estudiante de cuarto año, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Chile. Correo electrónico: kathia.alveal@usach.cl
[**] Estudiante de cuarto año, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Chile. Correo electrónico: camila.aravena.a@usach.cl

Las consecuencias de la acción humana comprenden un fenómeno natural que impacta a todo sistema de vida conocido. Así entonces, todas las culturas y civilizaciones a lo largo del tiempo, han desarrollado sistemas jurídicos que permiten imponer sanciones a los sujetos que lleven a cabo actos que sean considerados desdeñables por la sociedad, generando concepciones legales que hacen de estos actos, contrarios a un ordenamiento jurídico determinado.

Desde cuerpos normativos arcaicos como el Código de leyes de Ur-Nammu o el Código de Hammurabi, pasando por el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, *opus magna* de la compilación de leyes romanas, es posible percibir el intento de quien legisla de crear sanciones concebidas como justas dentro de su contexto de aplicación. No obstante, existieron penas extraordinarias, que su fin no sólo era dar lo correspondiente a quien cometía un delito, sino la infamia pública como una forma de identificar a los sujetos considerados culpables de los delitos, dejándolos estigmatizados ante la sociedad[1].

En esta presentación definiremos estas penas como aquellas sanciones penales que causaban la deshonra del condenado[2]. Sin embargo, esto no quiere decir que será la única definición utilizada, ya que el desarrollo de esta investigación se basará en la premisa de que; el fenómeno de la Ilustración será clave para otorgar una nueva visión del derecho penal, afectando de manera inevitable todo este tipo de sanciones, sentando las bases para la visión que se tiene de ellas en la actualidad, donde son consideradas como penas contrarias a la dignidad humana, que impiden una reinserción social del condenado[3], lo cual es incompatible con los valores que rigen al derecho penal actual.

Para ello, se hará una primera revisión a grandes rasgos sobre cuál fue el contexto en el cual se desarrollaron y materializaron ese tipo de penas, ya que, analizar el ámbito, religioso, sociopolítico y económico, permitirá contrastar las visiones de la época, con las realidades que permiten el nacimiento y expansión de ideas que dieron vida a la Ilustración, posicionándola como un movimiento cultural e intelectual fundamental en la historia de Occidente.

Por otra parte, se abordará el desarrollo de las penas infamantes en Francia e Inglaterra debido a que, son dos países europeos que han tenido un desarrollo jurídico importante de manera temprana. El primero de ellos adscrito a la tradición jurídica de derecho continental y el segundo a la tradición jurídica del *common law*, pero que, a pesar de las diferencias en sus tradiciones jurídicas integraban numerosas normas relativas a penas infamantes en sus ordenamientos. Esto nos servirá para comprender el sustrato ideológico y la aplicación práctica de las penas infamantes, en base a sus similitudes y diferencias, para posteriormente poder analizar cómo vieron afectadas las concepciones de estas penas con la llegada de la Ilustración.

Finalmente, el enfoque de esta ponencia estará puesto en asimilar como las ideas de la Ilustración generaron un cambio cultural en Europa occidental, ocasionando no solo una variación en el derecho penal, en cuanto a los fines de las penas y la manera efectiva de implementarlas, sino causando además, un cambio en la comprensión de los sujetos que participaban de él, obligando a que el sistema de manera paulatina avanzara a lo que hoy conocemos por derecho penal, el cual no solo se centra en la retribución del daño generado a una víctima, sino que comprende al culpable de los hechos punibles como un sujeto de derechos.

Con los fines propuestos, el análisis bibliográfico se enfocará en evidenciar el contraste respecto a las penas infamantes desde época pre a post-ilustrativa con obras de autores que den cuenta de aquellas mutaciones. Bajo estos lineamientos, se analizarán autores como Ricardo

[1] ZAMBRANA MORAL, Patricia, *La marca como pena en el derecho histórico español: consideraciones sobre su naturaleza jurídica* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XL (2018), p. 647.

[2] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, "pena infamante".

[3] CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal parte general* (8º Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005) p.133-136.

Krebs que en su texto "*La Monarquía absoluta en Europa, El desarrollo del Estado Moderno en los siglos XVI, XVII y XVIII"* el ambiente social, político y religioso que permitió la materialización de las penas contra el honor en las monarquías absolutas junto, con *"Mitigar el mal de la infamia: el reformismo conservador de Pierre-François Muyart de Vouglans"* del francés Michel Porret, y "*Las penas infamantes en las postrimerías del antiguo régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal"* que brindarán una mirada de lo que fueron las penas infamantes y su regulación no sistemática dentro de Europa.

Respecto al fenómeno de la Ilustración y su impacto en el área jurídica penal, se examinará *"Utopía y Reforma de la Ilustración"* de Franco Venturi, quien aporta una mirada crítica y objetiva a tal movimiento, junto a sus consecuencias y aportes. En esta misma línea, Goncal Mayos y su obra *"La Ilustración",* es central al señalar un punto similar de cambio e inflexión con la fuerza intelectual del denominado siglo de las luces.

Por otro lado, un material angular en el desarrollo de esta investigación será, "*Tratado de los delitos y de las penas"* de Cesare Beccaria, autor ilustrado del siglo XVIII, que, desde su enfoque jurídico, expone en su material un resultado en primera línea, de cómo los nuevos principios traídos por la Ilustración modifican las concepciones del derecho penal, aportando una mirada reinterpretar lo que era naturalmente aceptado. Así mismo, cobra relevancia la obra de Daniel Jousse, *"Tratado de la justicia criminal de Francia",* que plantea la realidad de las naciones europeas respecto a su regulación penal bajo las nuevas corrientes de pensamiento del siglo XVIII.

Por último, el penalista Enrique Cury, traerá una mirada actual, evidenciando en *"Derecho penal parte general",* el resultado de las nuevas concepciones en el siglo XX-XXI, afirmando mediante su texto, lo propuesto en esta ponencia, que la Ilustración y su nuevo enfoque jurídico de razonabilidad y dignidad en las penas, no solo se relegó a un siglo y un continente, sino que sirvió de cimiento para el desarrollo de las concepciones futuras de las penas.

I.-FACTORES INFLUYENTES A LA MATERIALIZACIÓN DE LAS PENAS INFAMANTES

Es posible colegir que los contextos y afanes de las comunidades o sociedades determinan su realidad normativa; dicha realidad normativa a su vez expone el ambiente que las rodea, las sanciones ligadas a la infamia no fueron la excepción de este principio, ya que no solo se formaron de la espontaneidad del desenvolvimiento humano, sino de factores presentes en las épocas previas al surgimiento de la Ilustración.

Resulta complejo actualmente juzgar la procedencia de los castigos o penas infamantes con la escala de valores del presente, ya que, fueron calificadas como penas indignas solo luego de tener un punto de contraste claro considerara perniciosa su aplicación. Es por eso, que, para analizar este tipo de castigo, se hace necesario reflexionar brevemente sobre aquellos factores que hacían de las penas infamantes un recurso tan común entre las naciones europeas, lo cual tuvo su replica en todos aquellos territorios que se vieron influenciados por ellas.

1. ÁMBITO SOCIOPOLÍTICO

El contexto social y político de los países influye ampliamente en la forma de concebir y aplicar el Derecho[4], y, por tanto, también en su sistema punitivo, ya sea desde un aspecto meramente normativo o propiamente fáctico.

[4] LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad* (Universidad Iberoamericana, México, 2002), pp. 208 y 209.

Tanto en Francia como en Inglaterra, podemos ver que, previo al surgimiento de la Ilustración, ambos países tenían varias coincidencias en sus modelos políticos, así como también en lo social. Estas naciones solían ser monárquicas y estamentales[5], y tenían por fin esencial la preservación del poder gubernamental, entregándole a cada estamento una labor: los hombres guerreaban y defendían el reino, los campesinos labraban las tierras para generar alimentos y sustento a todos los demás estamentos, y finalmente los sacerdotes eran quienes buscaban guiar a la población y conseguir el apoyo de la Providencia para los tronos de sus monarcas. Esta era la clásica división entre *velatores*, *laboratores* y *oratores*[6], surgida durante el feudalismo, un período considerado inestable políticamente y de cambios constantes.

Como ya se ha mencionado uno de los fines de las penas infamantes consistía en disuadir a los individuos a cometer ciertos delitos ya que como consecuencia verían afectado un bien tan preciado para la época como su honor, concepto que será profundizado mayormente con posterioridad, este objetivo llevó a los gobernantes a castigar los delitos con una visión aleccionadora llegando a practicar actos que incluso han llegado a ser considerados como contrarios a la dignidad humana en la actualidad, donde este principio es entendido como intrínseco a todas las personas[7]. Este principio naturalmente no había sido desarrollado en tal tiempo, por el hecho mismo, de que la forma de vida, no lo permitía.

La concepción integral del individuo social que le permitió tener una concepción concreta hacia el sistema punitivo que lo regía, solo fue materializada luego de la Ilustración, donde la política y sus fines menguan, pues, previamente a los cambios a comentar en esta ponencia con los ideales ilustrados, las formas de gobierno de la época no eran permisivas en la aplicación de penas contrarias al honor, ya que los objetivos políticos eran proteger y fortalecer los gobiernos marcados por guerras, conquistas y dispersión, y por tanto, a favor de esos fines, el sistema jurídico existente era una forma para alcanzar esa fuerza ejemplificadora con los culpables, a fin de dañar de tal manera su honra que no hubiera duda de contra quien atentaban. Bien lo señala Porret, desde una perspectiva en el Antiguo Régimen Francés, donde las penas infamantes tenían el objetivo claro y específico de *"intimidar a los potenciales delincuentes y proclamar el monopolio penal del Estado"*[8].

Tiempos como el siglo XVI al XVIII marcados por monarquías absolutas centradas en la conservación del poder del Rey y su soberanía para fortalecer las esferas de dominio geográfico y poblacional[9], tenían completamente normalizadas las penas de infamia, las cuales, eran vistas como una necesidad y que en ocasiones, no tenían una fuente normativa positiva , sino que eran prácticas jurídicas prudenciales y arbitrarias de los jueces[10], arbitrio posible por el contexto antedicho, provocado por un área sociopolítica inestable y enfocada, por el ambiente de la época en mantener el poder sin detenciones, donde esta forma de sancionar era completamente válida y reconocida.

---

[5] KREBS, Ricardo, *La Monarquía absoluta en Europa, El desarrollo del Estado Moderno en los siglos XVI, XVII y XVIII* (1º Edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1979), p. 15.

[6] NICCOLI, Otavia, *I sacerdoti, i guerrieri, i contadini. Storia di un'immagine della società* (Editorial Einaudi, Milán, 1979), p. 13.

[7] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE 1948, art. 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia…"

[8] PORRET, Michel, *Atténuer le mal de l'infamie: le réformisme conservateur de Pierre-François Muyart de Vouglans*, en *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies* 4 (2000) p. 54.

[9] KREBS, Ricardo, cit. (n.5), p. 19.

[10] RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *La lucha contra el arcaísmo punitivo de finales del Antiguo Régimen* en Revista Estudios Histórico-Jurídicos 32 (2010), p. 332.

La actividad arbitraria de los jueces no es justificada por falta ilustración social, ya que, no carecían de conocimiento, para que pudieran aplicar justamente según el poder que investían. Bien señaló Francis Bacon en el siglo XVII, incluso antes de que la Ilustración ganara más fuerza, que: *"El conocimiento se presenta como instrumento de poder, tanto sobre el mundo, como sobre uno mismo."* [11] Esto afirma la idea que la Ilustración si bien fue decisiva para replantearse aspectos relevantes de la vida, no fue un nacimiento, sino solo una maduración como señala Kant para aquellos que aún no pensaban por sí mismos [12].

La posición de los jueces, y sujetos de poder, era diferente a la masa de sujetos pasivos en las cuales eventualmente serían aplicadas estas penas. Tanto Francia como Inglaterra, países en comento, tenían uno de los índices más altos de analfabetismo, por lo que, la certeza jurídica no era mayormente exigida, y tampoco, cuestionada por la sociedad, llevando a aplicaciones que podían llegar a ser arbitrarias, en aprovechamiento judicial por la normalización y aceptación política y social a tales penas.

2. ÁMBITO RELIGIOSO

La relación entre el ser humano con la divinidad es una realidad aceptada en la mayoría de las civilizaciones. Ceremonias, leyes y concepciones religiosas han llevado a los individuos a nuevas concepciones de la vida.

¿La religión solo afecta a particulares o se califica como una afectación social? Esa misma pregunta se han hecho diversos autores[13], pregunta que será respondida de manera afirmativa, ya que, la religión era un área central de la vida en las sociedades en épocas pre Ilustrativas e incluso posteriormente, el teocentrismo era una característica angular de la época[14], así también lo era de los gobiernos y es probable que, de manera inevitable, también lo fuera del área sancionatoria penal que ellos manejaban.

En naciones como Francia e Inglaterra, las cuales se tocarán especialmente en esta ponencia, la visión religiosa entrelazada con los asuntos sociales y políticos, las hicieron susceptibles prácticas penales infamantes, esto no únicamente por afectar los principios de la fe, sino porque al afectarlas, se vulneraba la unidad del órgano sancionador con la institución religiosa, y en Europa se deseaba tener monarquías espiritualmente unidas[15], deseo propio y natural del período, y observado fuertemente en el Imperio Romano[16] que así mismo influyó en el desenvolvimiento religioso de otras naciones europeas como lo fue Francia[17].

Es necesario mencionar que, respecto a la Inquisición, institución de corte católico de la Edad Media, se ha pensado que dio ocasión a penas infamantes relacionadas con la vulneración de creencias religiosas. No obstante, es menester hacer el punto, en que muchas de esas penas no eran infamantes como las tratadas en esta ponencia, sino que derechamente corporales ya que las penas infamantes, vulneran el honor de la persona, donde las marcas no quedaban en el

---

[11] BACON, Francis, *La gran Restauración (Novum Organum)* (traducción de Miguel Ángel Granada, Editorial Tecnos, Madrid, 2011), p. 12.

[12] KANT, Emmanuel, *¿Qué es la Ilustración?* (Traducción Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2000) p. 1.

[13] WEBER, Max, *Sociología de la religión*, (traducción de Fondo de Cultura Económica, México, 1944) p. 56.

[14] PARRA, Ana, *La figura del doble en el romanticismo como expresión de la crisis del sujeto moderno. Tesis doctoral* (Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016), p. 22.

[15] KREBS, Ricardo, cit. (n.5), p. 61.

[16] GACTO FERNÁNDEZ, Enrique; ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio; GARCÍA MARÍN, José María, *Manual básico de historia del derecho* (1º Edición, Editorial Laxes, Madrid, 1997), pp. 166-167.

[17] TALLON, Allain y VINCENT, Catherine, *Histoire du christianisme en France. Des Gaules à l'époque contemporaine* (Editorial Armand Colin, Paris, 2014), p. 11.

cuerpo, sino en el alma[18], en cambio, las penas corporales que hoy calificaríamos de torturas no tenían por fin específico afectar el honor, sino su cuerpo, lo que no obsta, que muchas veces afectaren ambas[19] o se aplicara una previa a la otra, lo cual según la doctrina, es un aspecto complejo distinguir.

Por otro lado, habiendo cerrado la temática de la Inquisición, vemos que, en Francia pre ilustrada, los ejemplos de penas infamantes son de compleja recopilación, por la diversidad, disparidad y ausencia de una jerarquía clara de fuentes del Derecho que determinase las penas existentes[20]. Lo cual se asocia al desorden e incerteza jurídica planteado previamente por la arbitrariedad de los jueces, y que podía derivar en sanciones dispares a ciertas manifestaciones religiosas ya sean católicas o protestantes, por no provenir de una fuente clara.

Si bien en Francia predominó el catolicismo por su influencia romana, en Inglaterra, una nación donde el protestantismo tuvo proporciones importantes, tiene también ejemplos, como lo sería la pena de azotes, donde a la contravención a principios eclesiásticos, el considerado culpable era puesto en la plaza pública para ser azotado, que, si bien es algo corporal, mezclaba tanto la infamia como su cuerpo.

Una pregunta óptima independiente del país y desenvolvimiento religioso específico de Francia o Inglaterra es, ¿Por qué, en última instancia, fue posible que se sufrieren consecuencias jurídicas por influencias religiosas en las naciones europeas y sus colonias?[21] Las ideas seculares presentes limitan la posibilidad de reflexionar acerca de esta idea, sin embargo, es lo que pasaba en Europa previo al impacto del periodo de la Ilustración, donde lo que hoy se conoce como Estado, estaba mezclando inseparablemente de la vida espiritual, al punto que el rey, *"no estaba sujeto a ningún control (…) el rey absoluto sólo era responsable ante Dios"*[22]. Hecho no sujeto a juicio por esta ponencia, puesto que era lo común de la época, pero, relevante a fin de destacar la idea de que la espiritualidad estaba ligada al gobierno, este último tenía el monopolio penal, y lo que saliera de sus aplicaciones, como lo serían las penas infamantes, tenían por tanto un factor influyente de religión que venía aparejada.

3. ÁMBITO SOCIOECONÓMICO

Al contrario, como podría suponerse, este tipo de sanciones jurídicas no estaban preferentemente marcadas por aplicarse a los de bajos recursos por sobre los de altos, sino a ambos, con sus proporciones. Es interesante señalar que, a diferencia de las clases más bajas, para las élites, el honor era un alto concepto. Por lo cual, las penas infamantes eran especialmente indignas para ellos,

Un ejemplo de lo antedicho es Rusia, que debido a la influencia del continente Europeo y sus sistemas punitivos, pudo ver también, aun con un tradición jurídica distinta la pena llamada "muerte política", aplicada a personas de alto rango económico e importantes a nivel social, a las cuales, se les otorgaba como consecuencia de ilícitos la privación de; su propiedad, derechos

[18] DE QUEVEDO, Francisco, *Historia de la vida del Buscón* (España, 1626), pp. 143-144.
[19] SHIELDS, Nancy, *Marking the Body in Early Modern Judicial Punishment*, en Harvard Ukranian Research Institute 28 (2006), p. 562.
[20] CAÑIZARES, Juan, *Las penas infamantes en las postrimerías del antiguo régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal* en *Foro, Nueva Época* 17 (2014), p. 26.
[21] CORDERO, Macarena, *Las penas y los castigos para la idolatría aplicados en la visitas de la idolatría en Lima durante el siglo XVII* en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* 32 (2010), p.5.
[22] KREBS, Ricardo, cit. (n. 5), p. 26.

civiles y eran etiquetados como "personas difamadas", lo que conllevaba que fueran expulsados del nivel socioeconómico al que pertenecían, lo cual constituía la pena de infamia contra ellos[23].

Hay que señalar que estas penas infamantes, muchas veces, como está de acuerdo Nancy Shields, en armonía con la jurisprudencia de tales años, eran previas a las penas corporales que también han sido calificadas por la doctrina penal actual como indignas y crueles, lo que no obstaba que antes de tocar el físico, destruyeran el honor del condenado, a ser privados en su caso, de los rangos y estatus de nobleza[24].

Aun con este punto de ejemplo de las clases altas de la época y su relación con tales sanciones jurídicas, señalamos que, independiente de la importancia del honor para cada sujeto pasivo en particular, las penas infamantes fueron aplicaciones carentes de dignidad trascendentalmente a todo individuo, sin distinción.

En suma, a estos tres ápices, y recapitulando los argumentos previamente desarrollados, es posible analizar mediante doctrina europea, latina y cierta jurisprudencia que la materialización de las penas infamantes no fue un factor simple de aparición, sino una conjunción de diversos elementos que fueron el sustrato en el cual se desenvolvieron.

Así mismo, aunque se ha hecho referencia al escenario previo a la Ilustración, cabe señalar que estas penas no se extinguieron con la llegada de nuevos pensamientos de tal proceso, sino que este fue uno de los grandes pasos históricos en el camino a crear nuevos enfoque sociales, económicos y políticos, los cuales permitieron que poco a poco fueran abrogándose, penas que al día de hoy son vistas como una vulneración al ser humano en lo intrínseco de su dignidad.

II. MATERIALIZACIÓN DE LAS PENAS INFAMANTES EN FRANCIA E INGLATERRA.

Habiendo esbozado lo que son las penas infamantes, lo que las caracteriza y el contexto que influyó y cimentó el desarrollo de este tipo de penas, tanto en sus matices, religiosos, sociopolíticos y económicos, es que se hace necesario abarcar otro tópico de las mismas, que es su materialización, entendida como la aplicación de estas prácticas sancionatorias como castigo a diversos hechos considerados indeseados.

Para ello, se hará remisión a dos países de Europa Occidental en que las penas infamantes tuvieron un amplio desarrollo a lo largo del periodo en cuestión, los cuales son Francia e Inglaterra.

Lo anterior es necesario para tener un punto de referencia que nos sea útil y nos permita aterrizar los conceptos planteados anteriormente, así como comprender las prácticas que se llevaron a cabo en este periodo histórico, además, de plantear someramente sus fundamentos y lo cual nos será útil para comprender como esto evolucionó a nuevas prácticas, que imponían castigos acordes a la nueva cosmovisión imperante que es la que inundará los fundamentos de los sistemas penales en el derecho occidental hasta la actualidad.

1. MATERIALIZACIÓN DE LAS PENAS INFAMANTES EN FRANCIA

Como ya se dijo en el acápite anterior, muchas de las penas que hoy en día consideramos infamantes, se han calificado como tal a partir de elaboraciones doctrinarias que se ocuparon de establecer una categoría surgida de la comprensión del concepto de infamia, esto debido a que en su periodo de aplicación no fueron tratadas como tal.

[23] SHIELDS, Nancy, cit. (n.19), p. 561.
[24] SHIELDS, Nancy, cit. (n.19), p. 562.

Esto entendiendo que, si bien Francia fue el primer país de Europa continental en aprobar un Código Penal de talante liberal, y que fuera promulgado el año 1791. En este Código se contenía una categoría de "penas infamantes", sin embargo, ellas fueron recogidas de la praxis de la época, ya que antes de sistematizarlas se llevaban a cabo de manera pragmática. Esta falta de sistematización trajo como inevitable consecuencia que muchas de estas sanciones quedaran al arbitrio de los jueces[25].

Como en el Antiguo Régimen francés no existió una sistematización de la normativa penal, la doctrina trabajó en conceptualizar las penas infamantes y se llegó al conceso de que consistían en un tipo de pena que tuvo como finalidad menoscabar el honor del condenado.

En esta época el derecho romano volvió a ser aplicado en Francia, en Roma la infamia era una institución jurídica reconocida que tenía como objeto menoscabar el honor de sus condenados. Por la forma de materialización de estas penas en Francia, es posible desprender que tenían el mismo objetivo, lo cual da a entender que esta categoría de penas fue herencia del derecho romano[26].

Ahora bien, para comprender de mejor manera las penas infamantes es necesario cuestionar cuál es su diferencia con las penas corporales, ya que es indudable que otras categorías de penas como las corporales, capitales y aflictivas menoscaban de igual forma el honor del condenado[27] encontrando incluso el elemento de infamia en algunas, como la pena de muerte para los delitos del artículo cuarto del Código Penal Francés de 1791[28]. La respuesta a lo anterior está dada por su objeto ya que, si bien las otras categorías lesionan el honor de sus condenados, no es su fin último, sino que es una inevitable consecuencia.

A modo de ejemplo, entre la amplia gama de penas infamantes de la época podemos encontrar; los azotes recibidos en público que en ocasiones incluían una marca en el condenado, el *carcan* o yugo, el *bannissement* o destierro (temporal o perpetuo), el colgamiento por las axilas, la abstención de lugares, la interdicción temporal o perpetua de oficio, la privación de beneficios o privilegios, ser llevado por las calles con un sombrero de paja puesto, entre otras[29].

Posteriormente, especificadas en el proyecto de Código Penal de 1791, en el Código de los delitos y las penas de 1795 y en el Código Penal Napoleónico hasta 1994, se calificaron como infamantes las penas de *carcan,* (consistente en un collar de metal que se utilizaba para atar a los condenados, exponiéndolos a una humillación pública) *dégradation civique* (pena infamante que privaba a los condenados de derechos civiles y políticos)[30] *y bannissement* (que implicaba un destierro temporal o perpetuo de los condenados), ya que, como se mencionó anteriormente nunca existió una clasificación o jerarquización armónica de estas sanciones en el antiguo

---

[25] CAÑIZARES, Juan, cit. (n.20), p. 103.

[26] CAÑIZARES, Juan, cit. (n.20), p. 108.

[27] JOUSSE, Daniel, *Traité de la justice criminelle de France* (Paris, 1771), pp. 36-37.

[28] CÓDIGO PENAL FRANCÉS DE 1791 (traducción de José Luis Guzmán Dalbora) en 3 *Revista de derecho penal y criminología* 1 (2009), p. 487. Art 4. "Quien fuere condenado a muerte por los crímenes de asesinato, incendio o envenenamiento, será conducido al lugar de la ejecución revestido con una camisa roja."

[29] CAÑIZARES, Juan, cit. (n.20), pp. 112-115.

[30] CÓDIGO PENAL FRANCÉS DE 1791, cit. (n.28), p. 489. Art. 31. "El culpable que fuere condenado a la pena de degradación cívica será conducido al medio de la plaza pública de la ciudad de asiento del tribunal que lo condenó. El escribano del tribunal le dirigirá en voz alta las siguientes palabras: Vuestro país os ha hallado convicto de una acción infame; la ley y el tribunal os degradan de la calidad de ciudadano francés.

En seguida, el condenado será puesto en la picota en el medio de la plaza pública, donde permanecerá expuesto a la vista del pueblo durante dos horas. En un cartel se trazará en grandes caracteres su nombre, su domicilio, su profesión, el crimen que cometió y el juicio pronunciado en su contra."

Derecho penal francés, lo cual no permitió a los legisladores tener en cuenta una gran sistematización. [31]

Los sujetos activos de este tipo de penas en Francia fueron los órganos jurisdiccionales en sentido amplio, siendo el colectivo formado por los jueces reales quienes podían imponerlas sin limitación alguna. Por su parte los jueces que no contaban con esta facultad en el ámbito civil fueron los jueces eclesiásticos[32].

A su vez, los sujetos pasivos podían ser personas jurídicas, entendidas como cualquier entidad pluripersonal sujeta a derechos y obligaciones, o personas físicas, y su imposición era independiente de su condición social, sexo o edad [33], en la práctica este atisbo de igualdad no fue tal, ya que su aplicación por regla general fue beneficiosa para nobles y mujeres.

Por otro lado, si bien no nos detendremos a mencionar cuales eran los hechos que tenían aparejada la infamia es importante mencionar que, aunque en el Antiguo Régimen no se estableció una escala de penas, la doctrina ha entendido que en cuanto a gravedad los tipos de penas se podían graduar de la más a la menos grave en el siguiente orden[34];

- Penas capitales
- Penas corporales
- Penas aflictivas
- Penas infamantes
- Penas pecuniarias

Este orden da cuenta de la valoración de bienes jurídicos que existía en Francia en este periodo, por lo cual las conductas más graves traerían por regla general aparejadas penas capitales y las menos graves penas pecuniarias, esto nos sirve para situarnos en el contexto y entender que grado de importancia tenía el honor de los sujetos versus otros bienes jurídicos como la vida o la integridad física.

Finalmente, es interesante hacer mención a la ejecución de las penas infamantes en Francia, esto porque por su naturaleza y objetivo de generar deshonra, podría entenderse que las penas infamantes tienen como requisito, ser llevadas a cabo ante un cuantioso público, sin embargo, existió una distinción entre ejecuciones públicas y privadas.

Las ejecuciones públicas fueron aquellas que se llevaron a cabo en lugares donde se podían reunir espectadores en masa, independiente de que hubieran sido parte de la causa en la cual se había condenado al sujeto. Esto con el objetivo de humillar al condenado e intimidar a quienes pudieran ser potenciales delincuentes, proclamando el monopolio penal del Estado[35]. Por su parte, las ejecuciones privadas se llevaban a cabo en presencia de las partes de la causa que había sido juzgada, de lo cual, se puede desprender que, si bien eran penas infamantes, pretendían generar un menor grado de deshonor, entonces, las penas infamantes aparejadas a conductas consideradas más gravosas, por regla general eran ejecutadas de manera pública, generando un efecto mucho más severo.

2. MATERIALIZACIÓN DE LAS PENAS INFAMANTES EN INGLATERRA

[31] CAÑIZARES, Juan, *Las penas infamantes en la codificación penal francesa, Tesis doctoral* (Universidad de Valencia, España, 2011)
[32] JOUSSE, Daniel, cit. (n.27), p. 73.
[33] JOUSSE, Daniel, cit. (n. 27), p. 41.
[34] CAÑIZARES, Juan, *Las penas infamantes en las postrimerías*, cit. (n. 20), p. 128.
[35] CAÑIZARES, Juan, *Las penas infamantes en las postrimerías,* cit. (n. 20), p. 130.

Centrándo nuestro estudio ahora en Inglaterra, se debe considerar que en Gran Bretaña, a finales del siglo V d.C. se asentaron distintas tribus germánicas:anglos, sajones y jutos, provenientes de la Baja Sajonia, de lo que hoy es Dinamarca y el noroeste de Alemania. Estas tribus que concebían los delitos como un quebrantamiento a la paz social del clan, se impusieron ante las estructuras judiciales de la población romano-británica, imponiendo penas como el *outlawry* (fuera de la ley) consistente en dejar a los sujetos fuera de la protección del clan y sin poder reinsertarse a él[36]. Esto sumado a diversas penas sobre todo corporales que sirvieron de base para el primitivo desarrollo de un sistema punitivo.

En cuanto a los sujetos activos encargados de imponer las penas, es necesario distinguir que, luego de la invasión normanda de 1066, se introduce el feudalismo continental, en el cual el Rey entrega en arriendo los señoríos ingleses, manteniendo poder sobre los señores y centralizando la jurisdicción en la figura del rey. Para ello, la *Curia Regis* disponía de seis circuitos de jueces itinerantes que tenían la labor de enjuiciar los litigios reservados a la Corona que luego podían ser apelados ante la *Curia Regis*[37].

Esto cambia en el siglo XIII cuando emergen los burgos y ciudades, lo que produce una distensión de las rígidas relaciones de vasallaje existentes previamente, Con el objetivo de neutralizar el poder de los señores feudales que estaban enjuiciando buena parte de los litigios en su jurisdicción, la Corona establece alianzas con estos burgos y ciudades para tener mayores mecanismos de control, entre los cuales se implementó una mayor presencia del juez real itinerante[38].

En esta época se fortalece la idea de que las conductas delictivas eran ofensas a la comunidad toda ya que se "quebraba la paz de Dios y del Rey"[39]. Si bien, esta idea de interés general sigue impregnando al derecho penal, las penas de este periodo, como ya vimos con Francia, se caracterizaron por ser bastante ejemplificadoras. En Inglaterra, las penas corporales e infamantes gozaron de una amplia aplicación y entre ellas podemos destacar, el marcado de partes visibles del cuerpo y el señalamiento a hierro candente (frecuentemente se especificaba que esa señal se imprimiese en el rostro)[40].

Ahora bien, se hace menester hacer una distinción, al igual que lo hicimos anteriormente sobre cuál es la razón para mencionar estas penas a propósito de la infamia, ya que si bien no existen dudas respecto a que es una sanción penal la doctrina no es unánime al clasificar estas penas como infamantes, ya que en principio parecen ser más acordes a la categoría de pena corporal.

Para determinar su naturaleza jurídica, nuevamente se hace necesario apuntar a la finalidad de estas sanciones, por su parte ya dijimos que las penas infamantes tienen como objetivo provocar infamia al sujeto merecedor de la sanción afectando su honor y reputación social, lo cual, podía traer como consecuencia la pérdida de ciertos derechos. Las penas corporales a su vez tienen como fin principal ocasionar un daño en el cuerpo del delincuente afectando su integridad física[41].

Considerando lo anterior, es que al analizar el fin último de estas penas se puede desprender que su objetivo no era causar el daño físico propio de la marca, sino que era identificar al

---

[36] IGLESIAS-RABADE, Luis, *Las penas corporales en el derecho hispánico e inglés en la Edad Media* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 38 (2016) p. 128.
[37] IGLESIAS-RABADE, Luis, cit. (n. 36), p.138.
[38] IGLESIAS-RABADE, Luis, cit. (n. 36), pp.140-141.
[39] IGLESIAS-RABADE, Luis, cit. (n. 36), p.141.
[40] IGLESIAS-RABADE, Luis, cit. (n. 36), pp. 136-137.
[41] ZAMBRANA MORAL, Patricia, cit. (n. 1), p. 669.

delincuente y al delito cometido a través de la cicatriz en su cuerpo, afectando de manera directa su honor y reputación[42], esto nos permite concluir que estas sanciones se comprenden dentro de la categoría de penas infamantes.

Además de la marca que fue aplicada con frecuencia, se impusieron penas de vergüenza pública o la inhabilitación del perjuro, que implicaba la pérdida de un derecho, pena que a pesar de no tener el factor corporal de la marca apuntaba al mismo fin, castigar el honor en este caso a través del rango social.

Al respecto William Eden sostuvo que "las temerosas imágenes del dolor y la infamia" son un instrumento eficaz para disuadir la perpetración del delito. Considerando la infamia como consecuencia lógica de la vulneración de la ley[43].

Así las cosas, la crueldad, tanto en las penas como en su ejecución fue una constante en el derecho penal histórico, entendiendo que los acontecimientos que sirvieron de base para la cosmovisión de la época no solo influyeron sobre Francia e Inglaterra, sino que inundaron la lógica sancionatoria de toda Europa occidental, lo cual a su vez se traspasó a sus colonias.

Por esta razón es que resulta interesante analizar cuáles fueron los acontecimientos que impulsaron un cambio tan drástico en las nociones de la época, que influenciaron al derecho penal de tal forma que sentaron las bases para modelarlo hasta lo que todos conocemos hoy en día en occidente, donde el concepto de dignidad humana sirve de cimiento para la tipificación de las penas y se busca avanzar constantemente hacia sistemas penales coherentes con nuevos principios que son evidentemente incompatibles con las penas infamantes que fueron analizadas previamente.

III. LA ILUSTRACIÓN Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PENAL EN RELACIÓN CON LAS PENAS INFAMANTES

1. ASPECTOS GENERALES

Se ha señalado en los acápites anteriores de esta ponencia los factores que habrían influido en la aplicación de las penas infamantes, y como estas se manifestaron en países tales como Francia e Inglaterra. Tomando en consideración las conclusiones desarrolladas previamente sobre estos temas, nuestro análisis entronca ahora con la propuesta de que la Ilustración marcó un punto de inflexión sobre la manera que concebimos la acción punitiva del Estado, presentando un enfoque distinto a lo socialmente aceptado, y brindando a través de nuevas concepciones que desembocaron en nuevas interpretaciones de la vida social, así como en el desarrollo de modelos de organización social en torno a un nuevo panorama jurídico. A través de variados principios, en aspectos políticos, económicos y religiosos; y así mismo las leyes con sus castigos sancionatorios, que es la expansión de la fuerza de sus estados con el Derecho Penal, al caso, de aplicación las penas infamantes como sanción jurídica viable. Sanciones reevaluadas por el movimiento ilustrado distando de justicia, necesidad y racionalidad en su aplicación. Para comprender el impacto y cambio jurídico es menester entender el fenómeno de la Ilustración de una panorámica general.

La Ilustración fue un movimiento intelectual y filosófico, que si bien como es propuesto ha tenido un impacto generalizado en los contemporáneos siglos, tuvo su fuerza desde el siglo XVIII, hasta principios del siglo XIX. *Was ist Aufklärung?* (¿Qué es la Ilustración?), es la pregunta

[42] ZAMBRANA MORAL, Patricia, cit. (n. 1), pp. 668-669.
[43] WILLIAM, Eden, *Principles of Penal Law* (Londres, 1775), pp. 314-315.

que planteo la revista alemana *Berlinische Monatsschrift*, pero en 1784[44], suscitando distintas visiones y debates al respecto.

Entre esas, estaba la respuesta de Immanuel Kant, quien señaló que "la ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. *Sapere aude*! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!"[45].Tal como señaló Kant, este período se caracterizó por ser un proceso de maduración en el razonamiento individual del ser humano, que intenta dejar atrás la influencia colectiva o comunitaria, tanto en el comportamiento como el pensamiento. Esa realidad que invita al conocimiento se pudo ver con la luz que brindó la Ilustración, con sus nuevos ideales que replanteaban los existentes. Es por esto que al siglo XVIII, el de mayor apogeo de este movimiento, se le llama "siglo de las luces"[46], ya que, mediante la claridad que la razón buscaba brindar en las distintas áreas del conocimiento, entregaba al ser humano la oportunidad de comprender con otra óptica la realidad circundante, sostenida bajo principios como el librepensamiento, la exacerbación de la razón, las diferentes encarnaciones de la libertad, y la independencia intelectual[47], poniendo bajo cuestionamiento el mero principio de autoridad y las verdades reveladas [48].

Los principales impulsores de este movimiento provienen de grupos sociales como la burguesía, quienes desde hace siglos se había fortalecido al amparo de las actividades mercantiles y de los favores de monarcas que necesitaban de su apoyo económico, y que antiguamente se habían visto relegados por la nobleza[49]. De a poco tomaban fuerza en distintos espacios, no por el azar, sino porque el paso del siglo XVII al XVIII coincidió con cambios de paradigma tanto en términos geopolíticos, filosóficos y sociales en Europa Occidental[50]. Eventualmente esto llevará al surgimiento de cuestionamientos del orden establecido, a la forja de un robusto espíritu crítico, sino también a la revolución.

Todo lo anterior, supuso una inflexión en la administración de justicia, trasuntándose la razonabilidad, uno de los principios madres de la Ilustración, al ámbito de la justicia[51]. Esto supuso un inevitable enfrentamiento de ideas respecto a si las penas infamantes, estaban dotadas de razonabilidad o si obedecían a algún criterio más allá del castigo o la disuasión.

Esta inflexión es demostrada a través de la reinterpretación de las sanciones degradadoras del honor y el cuerpo, que muchas veces, como se ha planteado no pueden separarse[52], por académicos prominentes del siglo de las luces como lo fue el italiano Cesare Beccaria. Desde las concepciones ilustradas, él observó como trascendental el papel de quien era la fuente de permiso de las penas infamantes y otras degradantes, como lo eran los Estados y su monopolio de aplicar sanciones jurídicas de tal tipo.

Lo anterior porque, bajo la influencia de este movimiento, se concibe que las leyes fueron condiciones para que los hombres se unieran en sociedad, sacrificando parte de su para obtener a cambio seguridad y tranquilidad. Sin embargo, el soberano, concebido como monarca, Estado

---

[44] VENTURI, Franco, *Utopía y Reforma en la Ilustración* (Traducción Hugo Salas, Editorial Siglo Veintiuno, Argentina, 2014), p. 57.
[45] KANT, Immanuel, cit. (n.12), p.1.
[46] MAYOS, Gonçal, *La Ilustración* (1º Edición, Editorial UOC, Barcelona, 2007), p. 26.
[47] MAYOS, Gonçal, cit. (n. 46), p. 28.
[48] MAYOS, Gonçal, cit. (n.46), p. 29.
[49] VENTURI, Franco, cit. (n.44), p. 88.
[50] MAYOS, Goncal. Cit. (n.46), p. 24.
[51] RAWLS, John, *Liberalismo político* (2º Edición, Columbia University Press, Estados Unidos, 1993), p. 186.
[52] SHIELDS, Nancy, cit. (n.19), p. 562.

o gobierno central era el legítimo depositario de la soberanía, entregada por parte de la población a su persona, con el fin de administrar justicia entre los miembros de la sociedad, defendiéndolos de usurpaciones y de actos arbitrarios, mediante leyes que limitaran el ánimo despótico de quienes quisieren sumergir las leyes, al caso las penales, en su caos antiguo[53], entendido como arbitrariedad, desorden y afectaciones directas a la imparcialidad requerida por un sujeto pasivo, que era lo que pasaba respecto a las penas infamantes, que si bien eran permitidas por los Estados, como Inglaterra y Francia, no habían leyes expresas y sistemáticas que las regularan, limitaran o prescribieran ampliamente, como se ha estudiado en esta ponencia, , sino más bien tenían como fuente el arbitrio de la autoridad[54], lo que bajo la concepción de Beccaria era volver, prácticamente, al desorden que tendría un mundo sin leyes ni regulaciones claras para sus formas de vivir.

La irracionalidad que Beccaria denunció en las penas infamantes, no solo se aprecia por la arbitrariedad de su aplicación, sino por la mezcla de las leyes penales con concepciones morales y religiosas, evidentemente inherentes a la sociedad de esa época, alejándola de la justicia imparcial, como lo sería la reparación de daños y castigo razonable por los ilícitos, y se materializaban desde la pasión humana en castigos degradantes e inútiles, provocando horror la crueldad y la violencia de los castigos infamantes del siglo XVIII[55].

A raíz de que el legítimo depositario de la soberanía, en vez de buscar la seguridad y tranquilidad de las personas a través de las leyes, como era el objetivo principal, bajo fundamentos mezclados y oscurecidos por la pasión, superstición y el poco conocimiento, aplicaba penas infamantes que atemorizaban y degradaban en vez de dar seguridad inicialmente solicitada. A aquello, bien señala Beccaria que el temor debería estar más bien en el poder central que regían la vida y suerte de los hombres[56].

2. IMPACTO EN LAS PENAS INFAMANTES

Antes de entrar en esta temática analizamos que son y en qué consisten las penas infamantes bajo la visión de la época en que encontraron su auge de aplicación, sin embargo, en este punto se analizarán los distintos conceptos tratados por diferentes autores, que fueron impulsores de la doctrina ilustrada, bajo la cual se engendraría un nuevo paradigma a este respecto.

La recepción de la Ilustración en materia penal en diversos países se dio por la obra ya mencionada del marqués de Beccaria, "*De los delitos y las penas"*, que en sus páginas hace una acusación contra las prácticas penales de este periodo, las cuales consideraba barbáricas. Esta crítica la lleva a cabo recogiendo diversas ideas de los filósofos franceses de la época como Rousseau y Montesquieu, quienes hacen fuertes reproches en contra de la justicia del Antiguo Régimen[57]. Si bien, ello traería una fuerte resistencia por parte de las monarquías de la época, por lo cual no generaron un cambio inmediato, fueron el germen que inició una nueva concepción no solo de las penas infamantes, sino que, de los fundamentos del derecho penal en general. A modo de ejemplo, se encuentra el caso del Código Penal Español de 1848 que en su artículo 23 pone fin a la pena de infamia señalando que "La ley no reconoce pena alguna

[53] BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* (traducción de Manuel Martinez Neira, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015), p. 20.
[54] RODRÍGUEZ ENNES, Luis, cit. (n. 10), p. 327.
[55] VENTURI, Franco, cit. (n. 44), pp. 163-164.
[56] BECCARIA, Cesare, cit. (n. 53), p.13
[57] RODRÍGUEZ ENNES, Luis, cit. (n. 10), p. 327.

infamante."[58], cosa que ocurre en un siglo diferente al de esta corriente mostrando una clara resistencia a estas ideas en un país al cual llegaron de manera temprana.

Los ilustrados que rechazaban la crueldad de los sistemas vigentes buscaban la certeza y la proporción justas como los medios necesarios para disuadir los delitos, esquema en el cual la sanción tenía el objetivo de enmendar al culpable y hacerlo expiar su error. Estas ideas derivadas de la ilustración son las que nos llevaron a nociones como las actuales que definen al derecho penal como aquel conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos una pena o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica[59].

La idea de convivencia humana pacífica es un concepto indeterminado que debe ser moldeado por los parámetros de la época en la cual nos situemos, sin embargo, es innegable que esa finalidad dista mucho de las primeras concepciones del derecho penal, incluso consideradas tiránicas por los autores de la ilustración y tiene una mayor proximidad con estas nuevas ideas, sobre las cuales Montesquieu planteó que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica, por lo cual el fundamento del soberano para penar delitos es la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones[60]. Bajo este punto, si bien los conceptos de "convivencia humana pacífica" y "salud pública" son amplios e indeterminados, se comprende que ambas nociones, ya sea la ilustrada o la moderna, apuntan a un fin común del poder sancionatorio del Estado, el cual descansa sobre una base de respeto a los fines sociales.

Lo anterior, tuvo su evidente e inevitable repercusión en la infamia, ya que en el contexto del surgimiento de las ideas ilustradas aplicadas en el derecho penal adquirió relevancia el debate sobre la abolición de algunas penas como las infamantes y capitales haciendo primar una visión de prevención por sobre la represión a través de propuestas consistentes en medidas de carácter social que disminuyeran la tendencia a delinquir a través del mejoramiento de las condiciones económico-sociales de la población[61].

Según Beccaria, "las injurias personales y contrarias al honor deben ser castigadas con la infamia" que vendría siendo un castigo dado por la desaprobación pública, privando al reo de la confianza y "fraternidad" de la sociedad[62].

A este respecto menciona que, no dependería solo de la ley, sino que, de la moral universal o particular[63], de ello se puede desprender que, al ser penas que derivan de la moralidad de la sociedad, pueden ser penas mutables, al igual que los tópicos morales de la comunidad ya que si estos se desvanecen se convertirá en tarea imperiosa reformularlas.

El mismo autor plantea que, en primer lugar, las penas infamantes no deben ser muy frecuentes porque al buscar generar una opinión negativa sobre el condenado, si ello se hace demasiado constante debilitará esa opinión. Por otro lado, no debían recaer sobre un gran número de personas porque la infamia de muchos individuos deriva en que no sea infame ninguno[64]. Lo anterior se vuelve relevante entendiendo que, como se dijo anteriormente la frecuencia de estos delitos además de su transversalidad, ha dejado de verse como algo

---

[58] CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (1848)
[59] CURY URZÚA, Enrique, cit. (n.3), p. 37.
[60] BECCARIA, Cesare, cit. (n. 53), p. 20.
[61] FERRONE, Vicenzo y ROCHE, Daniel, *Diccionario histórico de la ilustración* (traducción de José Luis Gil Aristu, Alianza Editorial, Francia, 1998), p. 128.
[62] BECCARIA, Cesare, cit. (n. 53), p.50.
[63] BECCARIA, Cesare, cit. (n. 53), p. 50.
[64] BECCARIA, Cesare, cit. (n. 53), p. 50.

necesario para llegar a ser considerado como algo contraproducente, que desnaturaliza de alguna forma la finalidad que persiguen las penas infamantes.

Por otro lado, menciona que, a ciertos hechos que les eran aplicables penas corporales, convenía adjudicarles la ridiculez y la infamia[65]. Se debe recordar que, dentro de las diversas penas a aplicar, por ejemplo, en Francia, las penas corporales eran más gravosas que las infamantes y a su vez, la infamia era más gravosa que las penas pecuniarias. En este sentido se comienza a visualizar una tendencia a imponer penas menos gravosas, buscando, por una parte, que se apliquen penas infamantes a menos delitos o hechos reprochables y por la otra, que sean aplicados en contra de aquellos hechos que antes se consideraban merecedores de penas corporales.

Se mencionó que, uno de los fines de las penas infamantes consistía en generar deshonor a los condenados, sin embargo, la palabra honor no ha adquirido un significado fijo, sino que es más bien mutable, en conjunto con las nociones morales del contexto histórico en que se aplique, lo cual genera que en los individuos existan diversas ideas de lo que efectivamente es el honor[66].

Cobra relevancia hacer referencia a la mutabilidad del concepto de honor, ya que esto viene a corroborar la idea de que las penas infamantes son por su naturaleza mutables, ya que descansan sobre un concepto que no tiene sus contornos bien definidos, quedando necesariamente sujetas a un contexto histórico y social, lo cual evidentemente hizo que estas penas y la concepción que se tenía de su aplicación histórica fuera susceptible a las nuevas nociones ilustradas.

Esto trajo como consecuencia lógica una disminución y desaparición de las penas infamantes a lo largo de los periodos históricos posteriores al surgimiento de la ilustración por ser consideradas crueles, lo podemos ver en las visiones actuales de las penas infamantes que las caracterizan como medidas que buscan reconocer al delincuente y rehuir a sus posibles ataques, y que, como tales, sus críticos plantean que la estigmatización es un factor criminógeno poderoso, ya que marcar a los sujetos, tal cual busca la infamia es transformarlo en criminal renunciando a todas las expectativas de resocialización, lo cual va en contra de las nuevas ideas que nutren a la criminología contemporánea[67]. Podemos visualizar este cambio paulatino en Francia, precisamente en el Código penal napoleónico de 1810, que, si bien tuvo un mayor carácter represivo en comparación con la regulación penal anterior, muestra una mayor protección a los derechos de los condenados a la pena de *dégradation civique*, ya que no afectaba el ejercicio de sus derechos políticos, lo cual si hacían los códigos de 1791 y 1795.[68]

Si bien el surgimiento de otras doctrinas como la de los derechos humanos ha influido en visualizar estas penas como algo irracional y cruel, que es complejo de concebir en nuestra sociedad actual, la cual se ha caracterizado por los esfuerzos constantes que buscan perfeccionar los instrumentos de derecho penal internacional destinados a limitar objetivamente la potestad punitiva de los Estados[69], fue la ilustración la cual impulsó los primeros cuestionamientos en estas materias, los cuales generaron un cambio trascendental en la manera de ver no solo las penas infamantes, sino el derecho penal en su conjunto, con una visión centrada en los derechos del hombre los cuales solo deberían ser vulnerados en la búsqueda de un bienestar social general.

---

65 BECCARIA, Cesare, cit. (n. 53), p.50.
66 BECCARIA, Cesare, cit. (n.53), p. 31.
67 CURY URZÚA, Enrique, cit. (n. 3), p.133-136.
68 CAÑIZARES, Juan, *Las penas infamantes en la codificación,* cit. (n. 31).
69 CURY URZÚA, Enrique, cit. (n. 3), p. 42.

CONCLUSIONES

La aplicación de penas infamantes con el objetivo de dañar el honor o la reputación social de los delincuentes[70], fue un fenómeno recurrente en el derecho penal histórico, y aunque no de manera absoluta, muchas veces estas penas tenían la finalidad práctica de identificar a los sujetos culpables de delitos en la comunidad, lo cual se ve reflejado en que gran parte de ellas eran de carácter público.

Si bien este tipo de penas, no fueron consideradas como las más gravosas, teniendo en cuenta que existieron castigos que tenían como objeto atentar sobre la vida o integridad física de los delincuentes, fueron penas que, bajo una mirada actual del derecho penal, no se condicen con sus objetivos y principios.

Con el surgimiento de la Ilustración y su crítica al derecho penal, las penas infamantes fueron diversamente criticadas, a través de múltiples opiniones que, por ejemplo, planteaban restringir su aplicación o tenerlas en cuenta para conductas con un mayor disvalor social. Si bien estas críticas en la época fueron vistas como radicales o contrarias a las nociones de justicia imperantes, sentaron las bases de un cambio de visión respecto a la proporcionalidad de este tipo de castigos planteando una nueva noción de justicia, que sirvió de cimiento para el surgimiento de algunos principios que rigen al derecho penal actual, con ideas que han dejado resabios hasta el día de hoy.

Lo anterior se condice con que no existen certezas absolutas cuando se trata de regular sistemas jurídicos, ya que las nociones de justicia son esencialmente mutables, y van de la mano con ciertos principios morales que imperan en la comunidad, tal como planteó Beccaria "Tres son los manantiales de donde se derivan los principios morales y políticos reguladores de los hombres: la revelación, la ley natural y los pactos establecidos por la sociedad."[71]

Por ello se hace necesario comprender las perspectivas históricas acompañadas del punto de inflexión que es capaz de enfrentar los paradigmas existentes y comprender que, en este caso, las nociones de hoy, si bien son diferentes a las del ayer siempre tuvieron como objetivo perseguir los fines de justicia tan anhelados por las sociedades a través de la historia, ya sea en el derecho penal, o en los sistemas jurídicos en general.

BIBLIOGRAFÍA

BACON, Francis, *La gran Restauración (Novum Organum)* (traducción de Miguel Ángel Granada, Editorial Tecnos, Madrid, 2011)

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* (traducción de Manuel Martinez Neira, Universidad Carlos III de Madrid, 2015)

CAÑIZARES, Juan, *Las penas infamantes en la codificación penal francesa, Tesis doctoral* (Unversidad de Valencia, España, 2011) [visible en internet: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=171029]

CAÑIZARES, Juan, *Las penas infamantes en las postrimerías del antiguo régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal* en *Foro, Nueva Época* 17 (2014) 1 [visible en internet: https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/45814/43038]

CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848

[70] ZAMBRANA MORAL, Patricia, *La marca como pena en el derecho histórico español: consideraciones sobre su naturaleza jurídica* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XL (2018), p. 669.

[71] BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* (traducción de Manuel Martinez Neira, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015), p.14.

CÓDIGO PENAL FRANCÉS DE 1791 (traducción de José Luis Guzmán Dalbora) en 3 *Revista de derecho penal y criminología* 1 (2009), p. 487. [visible en internet: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30410&dsID=PDF]

CORDERO FERNÁNDEZ, Macarena, *Las penas y los castigos para la idolatría aplicados en las visitas de la idolatría en Lima durante el siglo XVII* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 32 (2010), pp. 351-379 [https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n32/a13.pdf]

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal parte general* (8º Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005)

DE QUEVEDO, Francisco, *Historia de la vida del Buscón* (España, 1626)

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948)

FERRONE, Vicenzo Y ROCHE, Daniel, *Diccionario histórico de la ilustración* (traducción de José Luis Gil Aristu, Alianza Editorial, Francia, 1998)

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique; ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio; GARCÍA MARÍN, José María, *Manual básico de historia del derecho* (1º Edición, Editorial Laxes, Madrid, 1997)

IGLESIAS-RABADE, Luis, *Las penas corporales en el derecho hispánico e inglés en la Edad Media* en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 38 (2016) pp. 123-147 [visible en internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0716-54552016000100005&script=sci_abstract]

JOUSSE, Daniel, *Traité de la justice criminelle de France* (Paris, 1771)

KANT, Emmanuel, *¿Qué es la Ilustración?* (Traducción Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2000)

KREBS, Ricardo, *La Monarquía absoluta en Europa, El desarrollo del Estado Moderno en los siglos XVI, XVII y XVIII* (1º Edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1979)

LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad* (Universidad Iberoamericana, México, 2002)

MAYOS, Gonçal, *La Ilustración* (1º Edición, Editorial UOC, Barcelona, 2007)

NICCOLI, Otavia, *I sacerdoti, i guerrieri, i contadini. Storia di un'immagine della società* (Editorial Einaudi, Milán, 1979)

PARRA, Ana, *La figura del doble en el romanticismo como expresión de la crisis del sujeto moderno. Tesis doctoral* (Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016)

PORRET, Michel, *Atténuer le mal de l'infamie: le réformisme conservateur de Pierre-François Muyart de Vouglans*, en *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies* 4 (2000) 2 pp. 95-120 [visible en internet: https://journals.openedition.org/chs/828]

RAWLS, John, *Liberalismo político* (2º Edición, Columbia University Press, Estados Unidos, 1993)

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA "pena infamante". https://dpej.rae.es/lema/pena-infamante Última vez revisado 21 de mayo de 2021.

RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *La lucha contra el arcaísmo punitivo de finales del Antiguo Régimen* en Revista Estudios Histórico-Jurídicos 32 (2010), pp. 323-348 [visible en internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0716-54552010000100012&lng=es&nrm=iso]

SHIELDS, Nancy, *Marking the Body in Early Modern Judicial Punishment*, en Harvard Ukranian Research Institute 28 (2006) 14 pp. 557-565 [visible en internet: https://www.jstor.org/stable/41036981]

TALLON, Allain y VINCENT, Catherine, *Histoire du christianisme en France. Des Gaules à l'époque contemporaine* (Editorial Armand Colin, Paris, 2014)

VENTURI, Franco, *Utopía y Reforma en la Ilustración* (Traducción Hugo Salas, Editorial Siglo Veintiuno, Argentina, 2014)

WEBER, Max, *Sociología de la religión*, (traducción de Fondo de Cultura Económica, México, 1944)

WILLIAM, Eden, *Principles of Penal Law* (Londres, 1775)

ZAMBRANA MORAL, Patricia, *La marca como pena en el derecho histórico español: consideraciones sobre su naturaleza jurídica* en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XL (2018) pp. 645-673 [visible en internet: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n40/0716-5455-rehj-40-00645.pdf]

EL SONIDO DE LA INEVITABILIDAD*

INSTITUCIONES DE EXCEPCIÓN Y SU TENDENCIA HISTÓRICA AL ABUSO

Matías Carrasco Barrera
Universidad de Chile
Profesor guía: Eric Eduardo Palma

Resumen

Haciendo uso de la co*ncepción polifacética* y algunos conceptos de derecho constitucional, como la dictadura comisarial o soberana, se realiza un análisis de la institución del estado de excepción en la historia constitucional chilena, sus influencias, usos y consecuencias a nivel país. Se destaca la instrumentalización abusiva de estas facultades extraordinarias, presentando así aspectos relevantes de estas instituciones para el proceso constituyente.

Palabras claves: estado de excepción, constitución, dictador, facultades extraordinarias, abuso.

Introducción

El estado de excepción es un tema central en la obra del infame jurista Carl Schmitt en *Teología Política*, donde anuncia que es el soberano es aquel que decide en el *estado de excepción*, encontrándose fuera del derecho[1]. Agamben (2003) profundiza sobre el termino en su libro *Estado de Excepción*, manteniendo el punto central de que el Estado de Excepción es un espacio anomico, en que está en juego una fuerza-de-(no)ley[2]. El principio *salus populi suprema lex esto* (la salvación del pueblo debe ser la ley suprema) es el que, según Heffes[3], informa el diseño de instituciones como el estado de excepción, por el cual se intenta mantener protegidas a las personas suspendiendo a la ley misma. Este principio se plantea en contraposición del principio *necessitas legem non habet* (la necesidad no posee ley)[4], por lo que podemos decir que los Estados de Excepción, como instituciones, son productos de la idea de mantener lo jurídico en situaciones de alto peligro no solo para el Estado, sino que también para los ciudadanos. Son múltiples las manifestaciones de esto a lo largo de la historia, como el conocido ejemplo romano y la Constitución de Bayona.

---

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[1] SCHMITT, Carl, *Teología Política* (traducción de Héctor Orestes, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 2001), I, pp. 23.
[2] AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Excepción* (traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, Buenos Aires, Editora Adriana Hidalgo, 2003), pp. 80
[3] HEFFES, Omar, *Salus populi: Estado de Excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad*, en *Pensar en derecho* (2012) 1, pp. 67-89
[4] AGAMBEN, cit. (n. 2), pp. 61.

Estas consideraciones ignoran un aspecto de alta relevancia a la hora de diseñar instituciones: el (posible) abuso de estas. Abuso institucional es entendido en similitud al concepto civilista del *abuso de derecho*. Este concepto es explicado por Barros[5] como la posibilidad del ejercicio ilícito de un derecho subjetivo si este es en contra de sus propios fines. Por supuesto, la Administración no ejerce derechos subjetivos en los Estados de Excepción, sino que hace uso de una potestad; debido a esto resulta útil lo dicho por González (2016)[6] al respecto, en cuanto se ejercen potestades que vulneran intereses legítimos y principios estructurales del ordenamiento jurídico. A lo largo del trabajo, se explorará como las instituciones excepcionales tienen una tendencia inaceptable hacia el abuso, y como el constituyente debe tener aquello en mente al diseñarlas. De este modo, el trabajo toma gran relevancia considerando el contexto político nacional.

El análisis se sustenta en el planteamiento metodológico de la *concepción polifacética* (Palma, 1997, 2009) por la cual procuro buscar siempre más allá de lo meramente jurídico, puesto que la ley es un fenómeno social. También me apoyo en los conceptos de *liberalismo auténtico* y *liberalismo* doctrinario. El liberalismo doctrinario se diferencia del liberalismo auténtico puesto que toma los pilares del liberalismo (libertad, igualdad, propiedad, seguridad) pero prioriza a los dos últimos por sobre los primeros[7]. Considero esta idea esencial para realizar cualquier análisis de estos periodos, en cuanto nos hablan precisamente sobre las perspectivas que se tienen sobre estos intereses legítimos y principios estructurales.

Hablaré también de como los *estados de excepción* generan situaciones que podrían llamarse dictatoriales, basándome en la institución de la república romana. Cada vez que se utilice la palabra *dictadura* en el escrito, debe ser entendida de tal manera. En esta línea hago uso además de los conceptos presentados por Schmitt para distinguir entre dos tipos de Dictaduras: La *comisaria* y la *soberana*. Es *comisaria* aquella instituida para la protección de la Constitución creada por otro poder soberano; mientras tanto, una dictadura *soberana* es aquella que *es* el poder constituyente[8]. La importancia de esta distinción recae en que la dictadura soberana parece ser un evento factico, mientras que la comisaria sigue siendo una herramienta jurídica; de tal modo, la dictadura comisaria debe de ser consonante con los ya reiterados principios que informan el ordenamiento.

En reconocimiento de las posiciones políticas que las personas inevitablemente desarrollan, debo admitir que me encuentro también de acuerdo con lo escrito por Huneeus[9], quien aborrece la institucionalidad dictatorial por ser contraproducente a los valores constitucionalistas que identificamos como *liberales auténticos*. Aun así, es importante recalcar que la figura del *abuso* no es una posición (meramente) moral, sino que científica y jurídica sobre la contradicción histórica entre los principios que informan el ordenamiento, como sería el principio de legalidad, uno de los fundamentos básicos de ambas formas de liberalismo.

---

[5] BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), pp. 622-624.

[6] GONZALES, Dunia, *La aplicación del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico administrativo* (Montes de Oca, Universidad de Costa Rica), pp. 10.

[7] PALMA, Eduardo, *Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812-1925). Nueva Historia Constitucional* (Santiago, ORION. Colección de Juristas Chilenos, 2011), pp. 103.

[8] SCHMITT, cit. (n. 1), pp. 109

[9] HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso, o sea Comentario positivo de la Constitución chilena* (Santiago, Imprenta de los Tiempos, 1880) II, pp. 181

Comenzare con un análisis acotado de la historia temprana de los estados de excepción, como es el reconocido caso de la república romana, el cual es el más conocido, pero no el único. Este estudio será realizado a través de Abbott (1911), quien examina en detalle las instituciones del estado romano. Luego de se examinará desde Palma (2011) el caso del Estatuto de Bayona, puesto que resulta central para entender apropiadamente el caso chileno de 1833. Continuando, se analiza la institución de excepción diseñada por Egaña a lo largo de la historia del periodo, analizando sus consecuencias y usos a través de constitucionalistas de la época como Carrasco, incluyendo la Ley de Reforma de 1874. Se finaliza con el análisis de la Constitución de 1925 y el caso de las Zonas de Emergencia, nuevamente desde los constitucionalistas de la época como Silva Bascuñán. A lo largo del trabajo, se señalará como las instituciones fueron abusadas, haciendo nota de la tendencia histórica a esto.

Historia de las Facultades Extraordinarias

Roma

En la ancestral republica romana existía una institución que investía a una persona con poderes extraordinarios. Esta institución lleva el nombre de *Dictator*[10], un magistrado elegido por los Cónsules[11] luego de ser indicado que era necesario en un *Senatus Consultum Ultimum*[12], o el Senado mismo en contadas ocasiones[13] y designado únicamente para salvar a la republica en tiempos de guerra ya sea interna o externa[14], sin importar el costo. El *Dictator* sirve únicamente de manera temporal, durando hasta el fin del conflicto o cuando se cumplan seis meses[15], siendo los casos excepcionales los de Sula y Cesar.

La elección de un *Dictator* no equivalía necesariamente a la suspensión del funcionamiento de los otros magistrados, pero si constituía investirlo con el *maius imperium*[16], significando esto que era capaz de suspender las funciones de los otros magistrados si lo deseaba. La institución del *Dictator* tambien representaba una gran limitación a los derechos de los ciudadanos, debido al *maius imperium* el *Dictator* tenía completa impunidad frente a sus acciones realizadas en el cargo[17], incluso conllevando la suspensión del derecho de apelar y las facultades de veto de los Tribunos[18]. Llegaba al punto incluso de permitirle, a él y sus *Lictores*, portar armas en la Ciudad[19], lo cual significa una gran violación a la ley del *Pomerium*[20].

Esta institución fue inicialmente utilizada únicamente en situaciones de gran necesidad y peligro, como sería lo que acontecía en la Segunda Guerra Púnica, con Aníbal marchando por

[10] ABBOTT, Frank, *A history and description of Roman political institutions* (Boston, Ginn & Company, 1911), pp. 181-182
[11] ABBOTT, cit. (n. 10), pp. 182
[12] ABBOTT, cit. (n. 10), pp. 181
[13] ABBOTT, cit. (n. 10)
[14] ABBOTT, cit. (n. 10)
[15] ABBOTT, cit. (n. 10), pp. 183
[16] ABBOTT, cit. (n. 10), pp. 182
[17] ABBOTT, cit. (n. 10), pp. 183
[18] ABBOTT, cit. (n. 10), pp. 181
[19] ABBOTT, cit. (n. 10), pp. 183
[20] DROGULA, Fred, *Imperium, Potestas and the Pomerium in the Roman Republic*, en *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte* 56 (2007) 4, pp. 419-452.

la Península Itálica[21]. Es más, incluso se generó en la cultura romana la idea de un *Dictator* bueno, demostrada por Cincinato, un general romano que ejerció como *Dictator* multitud de veces, siempre regresando el poder a las manos de los ciudadanos[22] [23]. A pesar de esto, la institución se fue deformando con el tiempo, siendo usada por Sula para alcanzar el estatus de rey incuestionable[24] llegando incluso a ser instrumental en la Caída de la Republica y la instauración del Imperio por parte de Cesar y su sucesor Augusto[25].

Ya desde este punto podemos ver los paralelismos existentes con la institución que se desarrolla en Chile, no solo en temas de funcionamiento institucional, que evidentemente se darán debido a las bases romanas de nuestro derecho, sino que también en términos de los abusos que se dieron a estas instituciones a lo largo de la historia. Si bien la intención inicial de la institución dictatorial era la de replicar el ejemplo de Cincinato, fue esta misma institución instrumental en la caída de la Republica, precisamente porque su abuso es permisivo.

El caso romano es importante entonces porque supone las fundaciones para la idea general de investir a un individuo con poder ilimitado sobre una estructura gubernamental para salvaguardar está a como dé lugar. Debido a la importancia e influencia de la ley romana para Europa, esta institución reaparece constantemente en su historia.

Con lo expuesto, quiero lograr dejar claro, con más profundidad que anteriormente, que cuando hablo de *dictador* o *dictadura*, me refiero al concepto institucional de aquella magistratura la cual ha sido investida con amplísimos poderes, con la justificación de que son necesarios para salvaguardar al Estado. Como resulta evidente de la lectura de Mommsen, este tipo de dictadura es *comisaria*, puesto que es la base paradigmática de los modelos de dictadura comisaria[26].

Bayona

Durante los acontecimientos históricos de la Revolución Francesa y el Imperio Napoleónico, España se vio inmiscuida en el conflicto que Napoleón tenía contra Portugal. Supliendo un vacío de poder generado por la Guerra de Independencia, Napoleón deja a su hermano José a cargo de la corona castellana, debiendo cuidar de España, las Indias y el mantenimiento de la Iglesia Católica como la verdadera entre los súbditos[27].

Se decidió, por parte de Napoleón y su hermano, que la Corona Española requería de una constitución. Debido a esto se convocó a una Asamblea en Bayona, de donde recibe su

[21] LIVIO, Tito, *Ab Urbe Condita* (Cambridge, Deighton Bell & Co., 1888), XXII, pp. 34.
[22] -, *Ab Urbe Condita* (London, MacMillan, and Co., 1897) III, pp. 147.
[23] Si bien Cincinato era aclamado por los grupos conservadores de Roma como un ejemplo de moral cívica y un ciudadano ideal, se debe entender que su mera existencia es objeto de controversia, como señala SMITH (1867). DROGULA (2007) nos demuestra ademas que también abuso de su poder, lo que nos da una idea de cómo se usaron esta clase de poderes no solo en la historia de Roma, sino de todos los países que se vieron influenciados por esta institución.
[24] ABBOTT, cit. (n. 10), pp. 218
[25] PLUTARCO, Lucio, *Lives: Demosthenes and Cicero. Alexander and Cesar* (traducción Bernadotte Perrin, Cambridge, Loeb Classical Library), pp. 511.
[26] MOMMSEN, Theodore, *Compendio del Derecho Público Romano* (1° edición, Buenos Aires, Editorial Impulso), pp. 223-225.
[27] PALMA, cit. (n. 7), pp. 194

nombre la conocida Carta, para que lo más granado de la sociedad hispana y americana[28] pudiese aprobar un texto escrito por los hermanos. Es notable mencionar que el Estatuto no menciona a la Nación como el constituyente, si no que al rey José I, nunca mencionando al pueblo español.

Esta carta otorgada es caracterizada por Palma por ser rígida, estamental y, relevante a mi estudio, instauradora de un *derecho constitucional de excepción*[29]. El articulo XXXVIII dispone lo siguiente: "En caso de sublevación a mano armada, o de inquietudes que amenacen la seguridad del estado, el senado a propuesta del rey podrá suspender el imperio de la constitución por tiempo y lugares determinados". Esto hace paralelismo a la institución del *Dictator* romano, como resulta evidente, puesto que está pensado para situaciones de guerra y conflicto armado, aunque resulta destacable como en este caso bastan *inquietudes que amenacen la seguridad del estado*. Se abandona la idea de que esta institución es **únicamente** valida en caso de guerra; a pesar de tener amplios poderes y la capacidad de investirse con aun más poderes, José I decidió no hacer uso de sus facultades extraordinarias para hacer frente con la causa independentista y los problemas que sumían a España, si no que utilizo otras instituciones, como el *Comisario Regio*[30].

El articulo continúa "Podrá asimismo en casos de urgencia, y a propuesta del Rey, tomar las demás medidas extraordinarias que exija la conservación de la seguridad pública". Con esto, nuevamente se presenta otro paralelismo, esta vez al *maius imperium* que poseía el *Dictator* que le otorgaba capacidades extraordinarias, todo en defensa del Estado. Los derechos individuales, ya sean de súbditos o de *civitas*, no eran un obstáculo para aquel investido con los poderes de emergencia, bajo la justificación de que se busca proteger esos mismos derechos suspendidos.

Como lo propone Palma[31], considero correcto llamar a la monarquía establecida por la Carta Otorgada de Bayona *pseudo constitucional*, debido a que contiene limitaciones al poder del rey (exceptuando los casos planteados por el derecho de excepción) pero no reconoce la soberanía popular y fue otorgada por Napoleón.

Si se acepta la idea de que esta institución de excepción proviene de las ideas romanas de *Dictator*, entonces resulta plausible decir que esto confiere al Rey el título de dictador. Lo que se busca es la protección del Estado a través de la suspensión de las normas que limitan al Rey. El *Dictator* sigue siendo comisarial, la suspensión sigue siendo institucional, y por lo tanto el ejercicio de esta facultad debería seguir limitada por los conceptos ya presentados de abuso.

Chile

El caso chileno de la etapa de los Ensayos constitucionales y el denominado *Periodo de Anarquía*. Durante este periodo múltiples proyectos constitucionales y reglamentos fueron intentados para dar forma e identidad a la incipiente república. Ejemplos de esto serian el Proyecto Moralista, las Leyes Federales y la Constitución de 1828. Esta última ha sido llamada

[28] MARTIRÉ, Eduardo, *La Constitución de Bayona entre España y América* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000), pp. 38.
[29] PALMA, cit. (n. 7), pp. 205
[30] PALMA, cit. (n. 7), pp. 206.
[31] Ibid.

por múltiples autores, como Palma y Arellano[32] *liberal auténtica*, por su compromiso con los valores del constitucionalismo; mientras tanto, otros autores como Cristi con Ruiz-Tagle[33] la llaman *de difícil aplicación*, viendo como en 1829 se instaura un gobierno liberal doctrinario pelucón y estanquero, que es comúnmente llamado conservador o autoritario, opuesto a las ideas liberales auténticas.

La constitución de 1828 considera facultades extraordinarias asignadas al Ejecutivo en su artículo 83 numeral 12 "En caso de ataque exterior o conmoción interior, graves o imprevistos, tomar medidas prontas de seguridad, dando cuenta inmediatamente al Congreso, o en su receso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estando a su resolución". Analizando este artículo, es importante notar como la constitución hace referencia a situaciones *graves o imprevistas*, lo que se ciñe a la idea de que esto es un poder de emergencia utilizado para proteger la república; además, la Constitución impone al presidente informar al Congreso sobre sus acciones y motivaciones, lo que significa que no puede actuar como le plazca.

Los grupos conservadores se tomaron el poder a través de un conflicto armado debido a que consideraron las elecciones de Pinto y su vicepresidente inconstitucionales[34], por lo que decidieron luchar una cruenta guerra civil para adquirir el poder sobre Chile. Todo esto a pesar de que el art. 72 de la Constitución de 1828 otorgaba las facultades que los grupos golpistas decían que no tenía. Palma[35] señala también como el conflicto era innecesario para reformar la constitución si es que era esto lo que deseaban puesto que la Gran Convención podría realizarse en 1836 para cambiar la Constitución, cambio que la misma Constitución había previsto.

Nuevo modelo de estado de excepción

La Constitución de 1833: herederos de Bayona

La Carta de 1833 menciona que solo basta una situación de conmoción interior[36] para investir al presidente con poderes extraordinarios. Esto se asemeja a la situación contemplada en la Carta Otorgada de Bayona, en la cual se habla de *inquietudes que amenacen la seguridad del estado*. También se nos muestra como hay una suspensión de la constitución incluida en las mismas facultades extraordinarias del 1833, siendo nuevamente similar a la Carta de Bayona.

Palma menciona además que la Constitución de 1833 es la primera en occidente en que el Estado de Sitio, las Facultades Extraordinarias y la suspensión de la Constitución se ven juntas en una única institución[37]. A esto lo titula *estado de sitio con rango constitucional*[38].

---

[32] ARELLANO, Juan Carlos, *Dictadura y facultades extraordinarias: un debate entre el republicanismo clásico y el liberalismo en el contexto de la guerra entre Chile y la Confederación Perú-Boliviana (1836-1839)*, En: *Estudos Ibero-Americanos* 42 (2016) 1, pp. 255-282.

[33] CRISTI, Renato – RUIZ-TAGLE, Pablo, L*a república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, Ediciones LOM, 2006), pp. 91.

[34] PALMA, Eric, *¿Gobierno Portaliano o gobierno conservador autoritario?: De los mecanismos constitucionales para garantizar la eficacia del ejercicio del poder en la Constitución de 1833*, En: *Revista de Derecho* 13 (2002), pp. 45-64.

[35] PALMA, cit. (n. 7), pp. 492

[36] CARRASCO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* (2° edición, Santiago, Imprenta Librería del Mercurio, 1874), pp. 124.

[37] PALMA, cit. (n. 7), pp. 553-554

Es cierto que el presidente no se ve provisto de un poder completamente absoluto en el modelo que plantea la Constitución de 1833 para sus tiempos ordinarios. En efecto, el Congreso no solo tiene el poder planteado por las conocidas Leyes Periódicas, con las cuales pueden estancar el funcionamiento de la Republica, si no que también tienen que aprobar la petición presidencial de fijar un Estado de Sitio. Sin esta aprobación, el Estado de Sitio no es efectivo; excepto claro, cuando el Senado no se encuentra reunido, el presidente solo necesita la aprobación del Consejo de Estado, un órgano parte del Ejecutivo.

Debemos entonces analizar al Consejo de Estado. Carrasco[39] explica a esta institución no solo como privativa del derecho constitucional chileno, sino que también reconoce que no integra parte de ninguno de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), viéndolo más como un cuerpo asistente del Ejecutivo, específicamente del presidente. El art. 102 de la Constitución nos indica la composición de este cuerpo:

"Habrá un Consejo de Estado, compuesto de la manera siguiente:

De un miembro de las Cortes superiores de Justicia, residente en Santiago.

De un jeneral de Ejército o Armada.

De un jefe de una oficina de hacienda.

De dos individuos que hayan desempeñado los cargos de Ministros de Estado, Ajentes Diplomáticos, Intendente, Gobernador o Municipal. Estos cinco últimos consejeros serán nombrados por el Presidente de la República." (Art. 102 Constitución de 1833).

Es entonces, luego de revisar el artículo, incorrecta la aseveración de Carrasco al decir que no se le puede clasificar dentro de los tres poderes, puesto que está integrado por miembros del ejecutivo y/o designados por el Ejecutivo. Es más, vemos en Palma que el Poder Judicial es un órgano administrativo de justicia y no un poder en si[40]. De tal modo podemos notar que es un órgano propio del Ejecutivo, y no uno mixto o extraño a los tres. El Ejecutivo podía entonces decidir de forma autónoma la imposición de estados de sitio.

El profesor Palma nos muestra como en el transcurso de la guerra contra la Confederación, las facultades extraordinarias permitieron al presidente Prieto dictar decretos que regulaban y ordenaban a los diferentes ministerios[41]. El Ejecutivo era capaz de auto legislar, y a través de estos decretos, le era posible organizarse de la manera que le plazca, como nos señala Palma[42] con una larga lista de decretos legislativos. Incluso fija penas a delitos, como el de traición o sedición.

Es más, la Constitución supera todo lo que Bayona sembró, puesto que el Ejecutivo no es solo capaz ir contra el principio de la legalidad al transformarse en el equivalente moderno de un Dictador romano, solo que, con aun menores requisitos de peligro y conflicto, también es capaz de transgredir los derechos individuales, manteniéndose impune puesto que no se le puede juzgar si no hasta pasado un año de que ha dejado el cargo[43]. Fuera de los periodos

---

[38] Ibid.
[39] CARRASCO, cit. (n. 36), pp. 137
[40] PALMA, cit. (n. 7), pp. 535
[41] PALMA, cit. (n. 34), pp. 57-58
[42] PALMA, cit. (n. 7), pp. 564
[43] CARRASCO, cit. (n. 36), pp. 85

ordinarios, sus facultades de emergencia le permitían al presidente ir contra todo lo que significa una república democrática constitucional, la cual respeta los principios más básicos del constitucionalismo y el liberalismo.

Nadie negaría que esto constituye un gobierno increíblemente autoritario, con capacidades incluso más amplias que los Dictadores romanos, por lo tampoco considero un error decir que la Constitución de 1833 otorga el poder de Dictador al presidente, facultad que puede utilizar con la más mínima de las excusas y sin la necesidad de nadie más que aquellos que integran su Consejo. Con todo lo anteriormente expuesto, no puedo si no discrepar de las ideas presentadas por Huneeus que esta constitución poseía "*un celo por el orden, sus garantías de libertad y su propósito de conciliar una autoridad fuerte con una democracia sincera y efectiva*"[44]. La Carta de Egaña eran de tal manera liberal doctrinaria, buscando de forma tan desesperada preservar la seguridad y la propiedad que no solo las prioriza por sobre las otras, en las situaciones de excepción es capaz de abandonarlas completamente. Resulta difícil siquiera considerar que esta Carta sea *celosa* en la conciliación de la autoridad fuerte con la democracia sincera y efectiva.

Entonces, los Estados de Excepción de la Constitución de 1833, ¿siguen un modelo de dictadura comisarial? A primera vista pareciese que el Dictador de esta Carta tiene tan amplias facultades, que es difícil que reconozca a otro poder que no sea si mismo. Pero al leer el artículo 4 de la Constitución vemos que se reconoce a la Nación chilena como el soberano constituyente y no al dictador o a los redactores de la Carta. Por esto digo que la forma dictatorial es comisaria, aunque con facultades increíblemente amplias que la asemejan a primera vista con una soberana.

Digo, en consideración de lo anteriormente planteado, que la Constitución del año 1833 es *heredera* de lo planteado por la Carta de Bayona en términos de estado de excepción o institucionalidad dictatorial, además de los principios y mentalidades que lo inspiran, e incluso limitan.

Uso de estas facultades a lo largo del periodo previo a la Reforma

Arellano[45] nos revela como la institución del *estado de sitio de rango constitucional* fue esencial para la mantención en poder del presidente Prieto, quien se hizo con la magistratura posterior a la guerra civil que aún mantenía inquieta al país. Con sus poderes dictatoriales, Prieto logro mantener a la republica liberal doctrinaria a flote contra los motines y los alzamientos[46].

Prieto no solo tuvo que lidiar con los levantamientos y expediciones, como fue la de Freire, rostro del bando liberal que deseaba sacar a los golpistas del poder, que también las hizo de detonante para el conflicto armado contra la Confederación. Como nos señala Gabriel Cid, existía una gran inestabilidad institucional[47]. El periodo de la guerra contra la Confederación trajo consigo la ley más nefasta legislada en el país, ya sea bajo el imperio de esta constitución o de cualquier otra. La Ley de 31 de enero 1837 suspende el régimen de la Constitución **a lo largo de todo el país,** durando esto hasta el fin del conflicto y concede al presidente un poder

[44] HUNEEUS, cit. (n. 9), pp. 26 y 45
[45] ARELLANO, cit. (n. 32), pp. 265-267
[46] CID, Gabriel, *La guerra contra la Confederación. Imaginario nacionalista y memoria colectiva en el siglo XIX chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011), pp. 45
[47] Ibid., pp. 48

tan amplio que su única limitación es la de no poder ejercer como tribunal. La intención institucional fue la de crear un dictador comisarial, un estado de excepción para resguarda a la republica contra grandes peligros, pero con una completa suspensión de la Constitución por un tiempo indefinido y en todo el territorio del país genera a un Dictador únicamente superado por las facultades de *Dictator* vitalicio que se concedió a Cesar. Se vuelve cuestionable considerar a esto una democracia, o si quiera una república.

Es importante recordar como la visión de que estos poderes eran excesivos y que se violaban los derechos de los ciudadanos de la época no fue ni es único a este estudio, que vemos la historia de forma distante. Los diarios de la época nos muestran como también esto era parte de la opinión pública. Una vez acabada la guerra, los periódicos comenzaron a pedir el regreso al orden constitucional ordinario. *El Injenuo*, menciona (acorde a Ríos[48]) poco después del fin del conflicto como desea que "*jamás llegue el caso de ser preciso suspender el imperio de nuestra carta constitucional*"[49]. El Valdiviano comenta que "*ya terminada la guerra, habéis entrado por consiguiente el goce de vuestras garantías*"[50], el gobierno terminó la guerra y ahora se encontraba interpelado por los diarios del país, quienes demandaban que se volviese al estado ordinario y que se respetase la Constitución.

La critica al gobierno no se queda únicamente en los diarios, el presbítero Valdivieso presentó ante el Congreso una moción para revisar las leyes decretadas por Prieto para la organización de los ministerios[51], esto no es una crítica desafiante, Valdivieso simplemente demostraba una preocupación por los malos usos que se podrían dar a los poderes de emergencia. Esto nos muestra como hasta aquellos que apoyaban a Prieto estaban de acuerdo en que las facultades eran absurdas en su amplitud. A lo largo del periodo, múltiples otros periódicos continuaron la discusión, como muestra Arellano[52] al analizar *El Clamor*, *El Diablo Político*, *El Constitucional*, entre otros.

Prieto no fue el único que se apoyó de gran manera en sus facultades dictatoriales durante el periodo. Montt y Bulnes hacen uso de esta institución múltiples veces, en 1840, 1846, 1850, 1851 y 1859, por múltiples razones, como el Motín de San Felipe en 1850 o la Guerra Civil de 1859. Las facultades extraordinarias que transformaban al presidente en un *Dictator*, o quizá aún más poderoso que eso, se volvieron a través del abuso en una herramienta política por parte del Ejecutivo.

Se vuelve interesante que Góngora menciona como "a partir de la presidencia de José Joaquín Pérez, la aristocracia comenzó a mostrar su liberalismo instintivo"[53]. Heise está de acuerdo con la concepción de que el año 1861 significa un cambio para la realidad nacional, y el inicio del periodo parlamentarista[54]. Palma nos comenta que el año 1864 podríamos señalarlo como el inicio de un *periodo de reformas constituyentes*, dirigido por un Gobierno de Asamblea[55]. Sea cual sea la tesis que recojamos para precisar el año, resulta evidente que el elemento común es que es en este periodo que surgen cambios mayores a nivel constitucional (Jellinek lo llamaría una

[48] RÍOS, Lautaro, *Los estados de excepción constitucional en Chile*, En: *Ius et Praxis* 8 (2002) 1, pp. 251-282.
[49] Ibid.
[50] Ibid.
[51] ARELLANO, cit. (n. 32), pp. 263.
[52] Ibid., pp. 264-277.
[53] GÓNGORA, Mario, *Ensayo Histórico sobre la Noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX* (Santiago, Ediciones La Ciudad, 1981), pp. 84.
[54] HEISE, Julio, *Historia de Chile, el periodo parlamentario 1861-1925* (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1974), pp. 8
[55] PALMA, cit. (n. 7), pp. 604

mutación constitucional[56]), derivados de los deseos, instintos o clamores liberales que existían a lo largo de la elite.

Lo más importante a recalcar en esta examinación es que incluso figuras del mismo periodo, adherentes de este liberalismo doctrinario, consideran que existe un constante abuso de estas instituciones. Y este abuso parece ser permitido, precisamente, por lo amplios que son los poderes concedidos, generando que se contraríen los principios fundamentales del ordenamiento.

Por supuesto, uno podría intentar argumentar desde la posición de la ponderación de principios. Cuando el constituyente establece estas medidas, lo hace con la consideración de que es *necesario* el ir contra estos principios en una situación de emergencia. Pero esto es, precisamente, no comprender de lo que se está hablando. El problema se presenta en la *utilización* de las instituciones presentadas. Es cierto que pueden existir situaciones de gran peligro para el pueblo, las cuales requieren de medidas drásticas (como, por ejemplo, una pandemia global); sin embargo, la permisividad en el actuar del supremo mandatario bajo estas premisas de excepción permite que estas instituciones sean *utilizadas* de tal manera que se violenten bases fundamentales del ordenamiento. Ruiz-Tagle no duda en señalar que el catalogo de derechos reconocidos por la Constitución de 1833 queda limitada en "su aplicación por los regímenes de excepción"[57].

Periodo de reformas constituyentes: Leyes excepcionales de 1874

Dentro de los cambios realizados, como la reforma al sistema electoral y los cambios a las atribuciones del Legislativo, las facultades extraordinarias también vieron un gran cambio. En el año 1874 se dicta una ley[58] la cual eleva una ordenanza general del Ejercito al rango constitucional, la cual había sido usada para multitud de abusos, como plantea Ríos[59]. Contra esto, la Corte Suprema levanta un reclamo (30-IV-1872) en contra de esta ordenanza, puesto que consideraba "(…) totalmente inconciliable con el régimen de la Constitución la existencia de un poder … que legisle, establezca penas y las aplique por si mismo"; es decir, está cuestionando las atribuciones dictatoriales que el presidente poseía. Por esto mismo, y lo expuesto en los puntos anteriores, que se declara la Ley de Reforma de 1874.

En esta se alteran las atribuciones extraordinarias del presidente. Primero se integra el articulo 95 (104), que introduce el concepto de *Estado de Asamblea*. Este es un estado de excepción que requiere de previo acuerdo con el Congreso, opera únicamente en situaciones de conflicto externo y se ve limitado a ciertas provincias las cuales se ven ocupadas o en combate. Las facultades extraordinarias relacionadas al Estado de Asamblea, las cuales pasaron a tener el nombre de *leyes excepcionales*[60], plantean en el artículo 27 (36) N° 6 que el Congreso podrá legislar de forma excepcional y transitoria (con una duración máxima de un año) para suspender o restringir el derecho de libertad personal, de prensa y reunión cuando sea

[56] JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 15
[57] CRISTI – RUIZ-TAGLE, cit. (n. 33), pp. 92.
[58] BAÑADOS, Julio, *Derecho constitucional. Constituciones de Chile, Francia, Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Bélgica, España, Inglaterra y Suiza* (Santiago de Chile, Editorial Roberto Miranda, 1889), pp. 618-629
[59] RÍOS, cit. (n. 48), pp. 256.
[60] Ibid.

necesario para la defensa del Estado, la conservación de la constitución o de la paz interior. Con esto se corta la capacidad auto legislativa que poseía el presidente en el régimen previo a la reforma.

Ahora bien, tambien se ve modificado el artículo 102 de la Constitución, el cual regula el Consejo de Estado. Le agrega lo siguiente:

"De tres consejeros elegidos por el Senado i tres por la Cámara de Diputados, en la primera sesión ordinaria de cada renovación del Congreso, pudiendo ser reelegido los mismos consejeros cesantes. En caso de muerte o impedimento de alguno de ellos, procederá la Cámara respectiva a nombrar el que deba subrogarle hasta la próxima renovación."

Con los nuevos miembros integrantes del Consejo de Estado, el presidente pierde el control sobre el organismo que le permite promulgar Estados de Sitio en falta del Congreso, otorgándole a las cámaras el control sobre el Consejo.

El Estado de Sitio, principal herramienta de los Dictadores previos a la Constitución, se vio severamente modificado. Las atribuciones extraordinarias que poseía el presidente se vieron limitadas a dos: 1) arrestos de personas en sus casas o lugares que no fuesen prisiones y 2) la de trasladar personas de un departamento de la Republica a otro (art. 152 modificado de la Constitución de 1833). Como se puede presenciar, el presidente paso de un *Dictator* omnipotente, capaz de regir como si no hubiese una constitución que lo limite y blandiendo los tres poderes del Estado, a únicamente dos atribuciones.

Al parecer las quejas y los abusos finalmente fueron suficientes para realizar este cambio, a tal punto que la reforma fue aprobada en la Cámara con 39 votos a favor y 1 en contra[61]. Finalmente se cristaliza una forma de limitar o evitar el abuso presente en las instituciones dictatoriales.

Los dos facetas de la Constitución de 1925

Comenzará ahora el análisis de la Constitución de 1925 y lo que puede ser entendido como una doble faceta contenida dentro del régimen constitucional que comienza en 1925. Nótese, sin embargo, que no por decir que son dos facetas, significa que estas son opuestas. Al contrario, como se verá, en el caso de la Constitución de 1925, uno puede interpretar una cierta evolución.

La primera faceta

El numeral 17 del artículo 72 de la Constitución promulgada en 1925 versa sobre las atribuciones del presidente para declarar Estado de Asamblea y de Sitio, manteniendo el modelo ya establecido en las reformas a la constitución anterior. Es importante señalar, antes de entrar al análisis de los Estados de Excepción, el articulo 44 numeral 13, en cuanto determina que solo en virtud de ley se puede:

> "Restringir la libertad personal y la de imprenta, o suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión, cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del

[61] DONOSO, Ricardo, *Las ideas políticas en Chile* (Tierra Firme, Fondo de Cultura Económica, 1946), pp. 474.

> Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior, y sólo por períodos que no podrán exceder de seis meses. Si estas leyes señalaren penas, su aplicación se hará siempre por los Tribunales establecidos. Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura".

Respecto al Estado de Asamblea, resulta extraño, sino curioso, como no se especifican las atribuciones en el caso de un Estado de Asamblea. El numeral se limita a establecer que este es declarado de manera única por el presidente, puesto que la institución del Consejo de Estado desaparece de la Carta, y se aplica en situaciones de invasión en algunas provincias por guerra externa, como ya era en la reforma a la carta anterior.

Silva Bascuñán, en su Tratado de Derecho Constitucional[62], hace referencia a que este Estado, al tener su fuente histórica en las Ordenanzas del Ejercito y la turbulenta historia que tienen estas, son contenidas en el Código de Justicia Militar; al respecto, dice que el *típico* efecto del Estado de Asamblea es el reemplazo de los tribunales militares de tiempos de paz por lo de guerra, y que además el General en Jefe designado puede decretar bandos convenientes para la seguridad y disciplina *de las tropas*.

También nos señala como la facultad de declarar el Estado de Asamblea no requiere de declaración formal de guerra, y que tiene un aspecto meramente defensivo[63]. Pero resulta que la ley N° 8.987, también conocida como la ley Defensa Permanente de la Democracia o *Ley Maldita*, conlleva que tribunales militares conozcan causas que afectan a civiles cuando estos actúan en conjunto con militares. Por lo expuesto, es evidente que, en los hechos, las facultades respecto al Estado de Asamblea se reducen al General en jefe asignado y, quizá más relevante, los tribunales militares que operan en la zona bajo Estado de Asamblea.

En cuanto el Estado de Sitio, se plantea la diferencia entre textos constitucionales se encuentra en el funcionamiento del Estado de Sitio *en caso de conmoción interior*, el cual debe ser declarado por el Congreso, pero si este no se encontrase reunido, puede hacerlo el presidente por un tiempo determinado. El supremo mandatario tiene *únicamente* (= taxatividad) la facultad de trasladar personas de un departamento a otro y arrestarlas en sus casas o lugares que no sean cárceles; estas facultades deben de ser ejercidas de manera formal, lo cual, como muestra Caffarena[64] quien hace referencia a detenciones ordenadas por llamada telefónica, señalando que usualmente no se respetaban y *burlaban* estas garantías. Se entiende además que, si se reuniese el Congreso y aun no expirase el tiempo del Estado de Sitio, esta declaración se entenderá como proposición de ley. En cambio, el Estado de Sitio en caso de ataque externo, entendiendo esto como "violencia material" que viene de una fuente externa, era una facultad exclusiva del presidente.

Segunda faceta: Leyes Excepcionales

---

[62] SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997) II, pp. 340-343.

[63] Ibid.

[64] CAFFARENA, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1957), pp. 102-103

Pero sería una falsedad decir que las posibles atribuciones excepcionales del presidente acaban aquí. En el numeral 13 del art. 44, dedicado a las atribuciones del Congreso, se establece que en caso de *necesidad imperiosa* (sea ya de defensa del Estado, conservación del régimen constitucional o asegurar la paz interior), puede restringirse la libertad personal, la de imprenta, suspender o restringir el derecho de reunión. Como se puede observar, estas Leyes Excepcionales son una reiteración o repetición del art. 27 (36) numeral 6 bajo las reformas constitucionales de 1874.

Estas leyes excepcionales parecen estar basadas en el mismo concepto introducido en la Reforma de 1874 a la Carta Fundamental anterior, con el notable cambio sobre la limitación temporal de estas, la cual se encuentra ausente en la Constitución de 1925.

Nótese que son leyes, y por lo tanto resulta de alta importancia la consideración del proceso legislativo. Al encontrarse en manos del Congreso Nacional, uno pensaría que la imagen prevalente del *Dictator* chileno, si bien no se ve eliminada, por lo menos se encuentra limitada a los estados excepcionales de Asamblea y Sitio. Esto es incorrecto, lamentablemente, puesto que no se menciona como atribución exclusiva del Congreso, sino que como materia de ley.

Esta distinción es de alta importancia. Debemos recordar entonces que el presidente se configura como un *colegislador* en esta Constitución, teniendo la facultad de dar iniciativa a una ley a través de Mensaje (art. 44), de participar en la discusión sobre está a través de sus ministros (art. 78), dictar los tiempos de discusión parlamentaria a través de las urgencias (art. 46) y vetar leyes (art. 53). Del mismo modo que en el caso del Consejo de Estado, está escondido en el diseño de la Constitución que es el Ejecutivo el que controla la situación. Llega a tal punto esto que Caffarena indica que todas las Leyes Excepcionales se han tramitado por Mensaje[65].

El termino de *necesidad imperiosa de defender al Estado* es un término vago, las cuales parecen tener el mismo significado que las expresiones requisito del Estado de Sitio y de Asamblea. Su vaguedad es parte del diseño institucional, para que puedan ser aplicadas de forma flexible ante un peligro evidente. Así lo expone Caffarena[66].

Es cierto que, en comparación al *dictator* de la Constitución de 1833 (que podía autolegislar), la Constitución busca en cierta forma presentar frenos al poder del presidente frente a los Estados de Excepción. Sin embargo, el contenido en la Carta Fundamental de 1925 otorga al presidente facultades dictatoriales que terminan, a la larga, por invalidar cualquier intento de mantener alguna semblanza de protección a los derechos fundamentales. El presidente puede, con la excusa de una necesidad imperiosa nacida de una conmoción interior, restringir o suspender multitud de libertades y derechos.

Pero lo expuesto no es todo, puesto que, si bien la Constitución deja de reconocer facultades extraordinarias al presidente, se generan otras maneras de volver al presidente un *dictator*, concediéndole aún más poderes de emergencia.

Zonas de Emergencia

[65] Ibid., pp. 115.
[66] Ibid., pp. 117.

Las Zonas de Emergencia, como fue adelantado, no son una institución reconocida por la Constitución, como lo presenta Silva Bascuñán[67], una forma extraordinaria cuya única fuente es la ley, o más correctamente, una Ley Excepcional.

Para ser aún más precisos, se debe enfatizar que la ley que da luz a esta institución es la ley N° 7.200, publicada el 21 de julio de 1942, la cual le otorga al presidente la facultad de declarar una Zona de Emergencia, donde regirán las normativas del art. 44 numeral 13 (Leyes Excepcionales) y del art. 72 núm. 17 (Estado de Sitio y Asamblea) contra las personas u organizaciones que realicen actividades que sean consideradas peligrosas.

Ahora bien, la ley N° 7.200 fue declarada en plena Segunda Guerra Mundial, lo que bajo lógicas de dictador comisarial, tienen sentido por el peligro que conllevaba el contexto internacional de conflicto encarnizado.

Sin embargo, esto no aplica la ley N° 12.927 de Seguridad Interior del Estado, la cual transforma a esta no solo en una institución permanente, sino que tambien se vuelve una atribución exclusiva del presidente. Cuando antes por lo menos debía de pasar por la revisión del Consejo Superior de Defensa Nacional, ahora solo pasa con la firma de los ministros de Interior y Defensa Nacional. La ley dice en su art. 33 que será posible hacer uso de estas facultades en caso de calamidad pública o de ataque externo, sea este producido o con motivos graves para pensar que se producirá. Recordemos que esta ley no fue pronunciada en un periodo de gran conflicto internacional que pueda, de forma vaga, justificar en apelación al principio schmittiano de *salus publica*.

La ley reconoce múltiples facultades al Jefe de la Defensa Nacional, pero basta con apuntar a dos: "publicar bandos en los cuales se reglamenten… las normas a que debe ceñirse la publicación civil" e "impartir todas las ordenes o instrucciones que estime necesarias para el mantenimiento del orden interno dentro de la zona". Si añadimos a esto que la misma norma hace referencia a los artículos de excepción mencionados con anterioridad, es decir, pueden pasar por encima del derecho a libertad personal, la de imprenta, reunión, entre otros nuevos como la propiedad y opinión. A todo lo anterior se agrega lo considerado para Estados de Asamblea, no solo en cuanto se le encarga a un Jefe designado el manejo de la zona, sino que tambien los tribunales militares conocerán de causas de civiles.

Tenemos entonces que la Zona de Emergencia es el mayor poder legal, no constitucional, que jamás se le ha entregado a un presidente en lo que llevamos analizado de historia chilena. El *dictator* chileno vuelve a mostrar su rostro, a través de una institución que, como Caffarena indica, la Constitución desconoce[68]; aun así, no parece estar completamente fuera de sus alcances de diseño. De todos modos, las Zona de Emergencia no se encontrarán en el articulado del texto original de la Constitución de 1925, pero si las Leyes Excepcionales que permiten su creación. Esto es una abierta violación a los valores democráticos, instituyendo una figura que podía declarar una Zona de Emergencia y pasar por encima de los derechos fundamentales que tengan las personas que allí habitan a través de un mecanismo legal.

Nuevamente vemos el abuso institucional de las figuras de Estado de Excepción. Principios fundamentales, básicos, del ordenamiento se ven contradichos en su totalidad por el actuar de

[67] SILVA BASCUÑÁN, cit. (n. 62), pp. 369
[68] CAFFARENA, cit. (n. 64), pp. 147

quienes detentaron estas facultades. Aun cuando la constitución presenta limitaciones a manifestaciones explicitas del *Dictator* comisarial, otros mecanismos son utilizados.

Conclusión

Las atribuciones de índole dictatorial que poseía el Ejecutivo en estos tiempos ha de ser un recordatorio constante a la hora de pensar este periodo. No es sostenible la idea de que el modelo *portaliano* de una república fuese lo que mantuvo estable y a flote al país. Fue a base de la institución dictatorial comisaria, instalada por Egaña y no por Portales, que el país sobrevivo al caótico periodo posterior a la independencia.

Pero ¿habrá sido necesario? Como pudimos ver, la Constitución fue tanto reformada como abiertamente ignorada por la autoridad, haciéndose con amplios bajo la excusa de que la *salus publica*. Los ideales del liberalismo doctrinario llevaron a actos que van en contra de las ideas más básicas de constitucionalismo, esto deja de ser sobre pragmatismo y comienza a ser sobre justificar el autoritarismo prevalente en el texto de Egaña. Aun si mantenemos la idea de que acciones como suspender la constitución por tiempo indefinido y en todo el territorio nacional fue necesario para salvaguardar a la Republica, o siquiera la idea de que la Carta de 1828 era demasiado idealista y carecía del pragmatismo necesario, debemos recordar que la Constitución de 1828 si tenía incluida medidas de excepción, mucho más mesuradas y limitadas que las de 1833, por lo que es posible pensar que quizá no solo no era necesaria la reforma generada en 1833 por los golpistas, si no que el golpe en general.

El periodo de 1828 a 1925 es uno cruento, violento y lleno de dictadores que llevaban sobre si los tres poderes del Estado, incluso los que vivían en este periodo se quejaban de los poderes extremos que poseía el presidente y las pocas condiciones que se necesitaban para justificar sus acciones.

Las instituciones dictatoriales tienen una increíble tendencia hacia su abuso. Fue central en la caída de la republica romana, y se ha visto multitud de veces en la historia constitucional chilena. Parece ser una inevitabilidad histórica que, cuando presentes, instituciones de excepción que permitan la suspensión de derechos serán utilizadas de manera abusiva en algún punto. Quizá uno podría decir que esto nos lleva a decir que no deben ser integradas en constituciones modernas por el peligro que poseen.

Sin embargo, esto es cometer un error mayúsculo de análisis tanto jurídico como factico. La existencia histórica de estas instituciones es justificada porque existen, realmente, situaciones como pandemias o guerras donde se requieren medidas de emergencia. Estas instituciones tienen un lugar, pero este debe ser restringido y limitado, siempre cautelando no dar espacio al abuso. Es precisamente por esto que aquellas instituciones deben ser integradas en el ordenamiento con el más sumo cuidado. De nuevo, es una cuestión de diseño institucional y consonancia con los principios que corren a lo largo de todo el régimen jurídico, no solo a nivel constitucional.

Tanto en su momento inicial como durante su desarrollo histórico, las instituciones que se fundamentan en el *dictador comisarial* deben reconocer su lugar como precisamente aquello, una institución. Deben ser debidamente limitadas, de uso preciso y sopesado, siempre con la memoria de Julio Cesar, de la ley N° 12.927 y, por supuesto, la infame Ley Maldita. Si bien es

cierto lo que señala Hobbes de que es la autoridad, y no la verdad, la que hace la ley[69]; pero aquella autoridad debe reconocerse en su contenido con la voluntad popular, y no la voluntad de otro[70]. El constituyente debe tener en mente al crear y diseñar estas instituciones que está demostrado, de manera *casi* inevitable, que en algún momento estas serán abusadas. Así, debe crear mecanismos que permitan balancear la necesidad de acción por urgencia, con la protección de los aspectos básicos del Estado de Derecho.

Bibliografía

ABBOTT, Frank, *A history and description of Roman political institutions* (Boston, Ginn & Company, 1911).

AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Excepción* (traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, Buenos Aires, Editora Adriana Hidalgo, 2003).

ARELLANO, Juan Carlos, *Dictadura y facultades extraordinarias: un debate entre el republicanismo clásico y el liberalismo en el contexto de la guerra entre Chile y la Confederación Perú-Boliviana (1836-1839)*, En: *Estudos Ibero-Americanos* 42 (2016) 1, pp. 255-282.

ATRIA, Fernando, *La forma del derecho* (Madrid, Editorial Marcial Pons, 2016).

BAÑADOS, Julio, *Derecho constitucional. Constituciones de Chile, Francia, Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Bélgica, España, Inglaterra y Suiza* (Santiago de Chile, Editorial Roberto Miranda, 1889).

BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010).

CAFFARENA, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1957).

CARRASCO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* (2° edición, Santiago, Imprenta Librería del Mercurio, 1874).

CID, Gabriel, *La guerra contra la Confederación. Imaginario nacionalista y memoria colectiva en el siglo XIX chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011).

CRISTI, Renato – Ruiz-Tagle, Pablo, L*a república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, Ediciones LOM, 2006).

DONOSO, Ricardo, *Las ideas políticas en Chile* (Tierra Firme, Fondo de Cultura Económica, 1946).

DROGULA, Fred, *Imperium, Potestas and the Pomerium in the Roman Republic*, en *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte* 56 (2007) 4, pp. 419-452.

GÓNGORA, Mario, *Ensayo Histórico sobre la Noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX* (Santiago, Ediciones La Ciudad, 1981).

GONZALES, Dunia, *La aplicación del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico administrativo* (Montes de Oca, Universidad de Costa Rica).

HEFFES, Omar, *Salus populi: Estado de Excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad*, en *Pensar en derecho* (2012) 1, pp. 67-89

HEISE, Julio, *Historia de Chile, el periodo parlamentario 1861-1925* (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1974).

HOBBES, Thomas, *Leviatán* (traducción de Carlos Mellizo, Barcelona, Editorial Altaya, 1997).

[69] HOBBES, Thomas, *Leviatán* (traducción de Carlos Mellizo, Barcelona, Editorial Altaya, 1997), pp. 219.
[70] ATRIA, Fernando, *La forma del derecho* (Madrid, Editorial Marcial Pons, 2016), pp. 177-213.

HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso, o sea Comentario positivo de la Constitución chilena* (Santiago, Imprenta de los Tiempos, 1880) II.

JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

LIVIO, Tito, *Ab Urbe Condita* (Cambridge, Deighton Bell & Co., 1888), XXII.

-, *Ab Urbe Condita* (London, MacMillan, and Co., 1897) III.

MARTIRÉ, Eduardo, *La Constitución de Bayona entre España y América* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000).

MOMMSEN, Theodore, *Compendio del Derecho Público Romano* (1° edición, Buenos Aires, Editorial Impulso).

PALMA, Eduardo, *Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812-1925). Nueva Historia Constitucional* (Santiago, ORION. Colección de Juristas Chilenos, 2011).

-, *¿Gobierno Portaliano o gobierno conservador autoritario?: De los mecanismos constitucionales para garantizar la eficacia del ejercicio del poder en la Constitución de 1833*, En: *Revista de Derecho* 13 (2002), pp. 45-64.

PLUTARCO, Lucio, *Lives: Demosthenes and Cicero. Alexander and Cesar* (traducción Bernadotte Perrin, Cambridge, Loeb Classical Library).

RÍOS, Lautaro, *Los estados de excepción constitucional en Chile*, En: *Ius et Praxis* 8 (2002) 1, pp. 251-282.

SCHMITT, Carl, *Teología Política* (traducción de Héctor Orestes, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 2001), I.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997) II.

SMITH, William, *A dictionary of Greek and Roman biography and mythology* (Boston, Little Brown & Co., 1867).

APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA ENCÍCLICA FRATELLI TUTTI: UN MENSAJE PARA CHILE EN SU MOMENTO CONSTITUYENTE*

[*A Historical Approach to the Encyclic Fratelli Tutti: a message for Chile in its constituent moment*]

Sebastián Cañas Oliger [*]
Universidad de Chile.

Resumen

Fratelli Tutti es una *carta encíclica*, continuadora de la *doctrina social* de la *Iglesia Católica Apostólica Romana*, mediante la cual el Papa Francisco propone un modelo ideal de sociedad que sienta sus bases en el encuentro fraterno entre personas. En ella se abordan una serie de problemas cuya solución siempre debe partir por la adopción de una actitud fraterna para con los demás. Las propuestas contenidas en esta encíclica pueden proyectarse al momento constituyente chileno y podrían implicar la renovación del pensamiento católico frente al escenario social nacional y su reacción ante la conformación de la *Convención Constitucional* en el país.

Conceptos clave: Carta encíclica, Iglesia Católica Apostólica Romana, doctrina social, Convención Constitucional

Abstract

Fratelli Tutti, is an *encyclical letter*, continuation of the *social doctrine* of the *Roman Catholic Apostolic Church*, in which Pope Francis proposes an ideal model of society that sets its groundings in the fraternal encounter between people. In it, a series of problems whose solution always must start from the adoption of a fraternal attitude towards others, are treated. The proposals contained in this letter can be projected towards the Chilean constitutional moment and could imply the renewal of Catholic thought related to the present social and national scenario, and its reaction in the face of the conformation of the *Constitutional Convention* in the country.

Key concepts: Encyclical letter; Roman Catholic Apostolic Church; social doctrine; Constitutional Convention.

[*] **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[*] Egresado de Derecho Universidad de Chile. Ayudante estudiante *Ab Honorem* del departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en las cátedras de Historia del Derecho de la profesora titular M. A. Figueroa Quinteros, y Filosofía Moral del profesor asociado M. E. Orellana Benado D. Phil (Oxon). Agradezco a ambos profesores por su paciencia y sus correciones, que me fueron de gran ayuda. Contacto: sebastiancanas2@gmail.com.

1. INTRODUCCIÓN: FRATELLI TUTTI Y LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

Estimados y estimadas, profesores, profesoras, y estudiantes de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y de la Universidad de la Serena. Me dirijo hacia ustedes para agradecer la invitación a esta instancia, en la que pretendo introducir la encíclica *Frattelli Tutti*, publicada en octubre del año pasado, enmarcándola, por un lado, en la evolución histórica que el pensamiento ius-filosófico de la Iglesia Católica ha tenido desde mediados del siglo pasado y, por el otro, en el acontecer nacional reciente. Me dirijo también en señal de gratitud hacia quienes apoyan esta actividad honrándonos con su presencia.

Hacia fines del siglo XIX, la Iglesia Católica se manifestó de manera crítica frente a las consecuencias desastrosas que la industrialización trajo como modelo de progreso económico, dando origen a una "respuesta católica frente a la cuestión social en la Encíclica *Rerum Novarum*"[2] en el año 1891. Este hito marcó el inicio de una verdadera tradición para la Iglesia Católica: actualizar y profundizar su doctrina social.

En Chile esta doctrina inspiró primero a los fundadores de la Falange Nacional, y posteriormente, de la Democracia Cristiana- partido sin duda influyente en nuestra historia nacional reciente-[3]. Asimismo, a nivel internacional, la doctrina social de la Iglesia Católica contribuyó, entre otros aspectos, a alcanzar consenso político para la regulación de un salario mínimo ético, aportó herramientas conceptuales para la formulación de un concepto de propiedad comunitaria[4] y, lo que es el objeto de esta ponencia, contribuyó a la promoción de un modelo de progreso humanitario a nivel global que involucra la participación solidaria y activa de la Sociedad Internacional[5].

En efecto, una rama importante de las encíclicas que forman parte del cuerpo de la doctrina social de la Iglesia trata precisamente el asunto del progreso humanitario y la proyección de la doctrina social hacia el ámbito internacional. Esta rama surgió a partir de la publicación de la encíclica *Populorum Progressio* en el año 1967, por Pablo VI, y fue continuada y renovada por Juan Pablo II en su encíclica *Solicitudo Rei Socialis* en 1987, y por Bendicto XVI en su *Caritas in Veritate* el año 2009.

La carta encíclica *Fratelli Tutti*, continúa la tradición de estos últimos papas y nos presenta un modelo ideal de sociedad global que se estructura desde los pueblos, pero con miras a traspasar las fronteras nacionales.

2. EL CONTENIDO DE LA ENCÍCLICA. DESAFÍOS Y PROPUESTAS PARA EL CHILE DEL SIGLO XXI.

---

[2] FIGUEROA, María Angélica. La crítica católica a la Modernidad. En: *Constitucionalismo y Codificación en los siglos XIX y XX*. (Material de estudio para apoyar la clase), semestre de primavera 2015, p. 2.

[3] CORVALÁN, Gabriel. *Implicancias de la ley nº 16.880 en la construcción de un Estado Social de Derecho en Chile*, pp. 46-51.

[4] Véase: PÍO XI. Carta encíclica *Quadragésimo Anno*, 1931, nº 70-75. Y; ROMERO, Juan E. *Análisis de la doctrina pontificia sobre propiedad comunitaria entre 1891 y 1961*.

[5] Véase: PABLO VI. Carta encíclica *Populorum Progressio,* 1967.

2.1. Aspectos generales:

Se trata de una encíclica social, puesto que aborda en forma individualizada asuntos relativos a la inmigración, la desigualdad en la distribución de la riqueza, la violencia, la economía de consumo y la digitalización de las relaciones humanas.

Es una carta que incorpora el lenguaje de los Derechos Humanos, reconoce la existencia de derechos anteriores al Estado y aborda la teoría del contrato social, así como los ideales ilustrados que inspiraron la revolución francesa- libertad, igualdad y fraternidad-, reinterpretándolos y otorgando preeminencia al concepto de fraternidad en la auto realización del ser humano[6].

Todo lo anterior es logrado sin abandonar, como eje central de su planteamiento, el modelo de progreso humanitario, ya referido, propuesto por Pablo VI en *Populorum Progressio* y desarrollado por sus sucesores, San Juan Pablo II en *Solicitudo Rei Socialis* y Benedicto XVI en *Caritas in Veritate.*

Esta encíclica presenta una noción de pacto social- que no es más que la reformulación de la idea de un Estado orientado hacia el bien común y la solidaridad universal, pero expresado en un lenguaje que es ajeno a la tradicional doctrina pontificia, como demostración de la apertura fraterna al diálogo- y que es la que debería abrazar el pensamiento católico, y el de todo aquel dispuesto al diálogo y encuentro fraternos[7]. Al hacerlo, el Papa Francisco se suma a los esfuerzos de pensadores tan diferentes como Inmanuel Kant, Martha Nussbaum y Luigi Ferrajolli, de ofrecer una concepción alternativa al interior de la tradición del Liberalismo Político[8]. Aquella que promueve la construcción de un pacto social que trascienda las fronteras del Estado Nación y que vele por la dignidad de la humanidad en su conjunto[9].

A continuación, trataré algunas de las ideas presentes en *Fratelli Tutti* con mayor detenimiento, vinculándolas con las encíclicas de los Papas anteriores, y contrastándolas con la crisis político social chilena, sugiriendo algunas propuestas personales que, estimo, pueden contribuir a materializar el mensaje del Papa Francisco.

---

[6] FRANCISCO. Carta encíclica *Fratelli Tutti*, 2020, nº 22, 111, 127, 172 y 218-219.

Según el Papa Francisco, la libertad y la igualdad sin fraternidad se parecen más a una condición de soledad o de autonomía para acceder a algo: FRANCISCO, *op. cit*, nº 103-105

[7] Aquellos a quienes comúnmente los Papas se refieren como "personas de buena voluntad".

[8] Llamo Liberalismo Político a aquella familia de concepciones políticas, contrapuestas entre sí, que defienden la constitución de una sociedad organizada a partir del reconocimiento de sus ciudadanos como personas libres e iguales. Para un mayor desarrollo de esta idea véase: RAWLS, John. Liberalismo Político, pp. 31 y ss. y; NUSSBAUM, Martha. Las Fronteras de la Justicia, pp. 26-27 y 219-225.

Para referirme al Liberalismo Político como una tradición, utilizo la distinción entre tradiciones y concepciones propuesta por: ORELLANA B., Miguel E. Identidad, filosofía y tradiciones.

[9] Para un tratamiento detallado de las propuestas de cada uno de estos autores en esta materia, véase: KANT, Inmanuel. Hacia la Paz Perpetua; NUSSBAUM, Martha, *op. cit.* (n. 8). Capítulo IV "Beneficio mutuo y desigualdad global: el contrato social transnacional", y; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Más Allá del Estado.

2.2. Inmigración y discriminación:

Pablo VI en *Populorum Progressio*, advirtió como es que el racismo y el nacionalismo deterioran la convivencia al interior de los Estados. Según él, el racismo no es un problema de los países nuevos, y el aprendizaje político que nos dejan experiencias históricas tan hostiles, como lo fue en su minuto el colonialismo, invitan a todas las naciones a promover el valor de la hospitalidad[10].

En esta línea, en *Caritas in Veritate*, Benedicto XVI hizo alusión al asunto de la inmigración concluyendo que se trata de un tema que requiere de una "estrecha colaboración entre los países de procedencia y de destino de los emigrantes […] Ningún país por sí solo puede ser capaz de hacer frente a los problemas migratorios actuales"[11].

El Papa Francisco en *Frattelli Tutti*, teniendo lo anterior como antecedente principal, profundiza y actualiza estas exigencias. De acuerdo con esta encíclica, la valoración de la Historia y la diversidad humana, nos permiten entender que todos los pueblos fueron alguna vez inmigrantes[12]. El enfoque fraterno, que hace posible el diálogo entre culturas, exige que como humanidad nos comprometamos con dos objetivos fundamentales:

El primero es el reconocimiento del derecho a migrar y garantizar una acogida, protección, promoción e inclusión efectivas en los países de destino[13].

El segundo es asegurar el derecho de permanecer en el propio pueblo, evitando situaciones que fuercen a las personas a abandonar sus países de origen por necesidades económicas, políticas o religiosas[14].

Para lograr estos objetivos, según el Papa Francisco, se hace necesario promover un concepto de ciudadanía plena, evitando categorías o distinciones odiosas, y adoptar medidas de integración concretas[15], que se hacen fundamentales, e implican un verdadero desafío político y jurídico para todos los estados pertenecientes a la Sociedad Internacional[16].

---

[10] PABLO VI, *op. cit.* (n. 5), nº 63 y 67.

[11] BENEDICTO XVI. Carta encíclica *Caritas in Veritate,* 2009, nº 62.

[12] FRANCISCO, *op. cit.* (n. 6), nº 69.

[13] *Ibíd*, nº 129.

[14] *Ibíd*, nº 129.

[15] Algunas de las medidas propuestas por el Papa son "incrementar y simplificar la concesión de visados, adoptar programas de patrocinio privado y comunitario, abrir corredores humanitarios para los refugiados más vulnerables, ofrecer un alojamiento adecuado y decoroso, garantizar la seguridad personal y el acceso a los servicios básicos, asegurar una adecuada asistencia consular, el derecho a tener siempre consigo los documentos personales de identidad, un acceso equitativo a la justicia, la posibilidad de abrir cuentas bancarias y la garantía de lo básico para la subsistencia vital, darles libertad de movimiento y la posibilidad de trabajar, proteger a los menores de edad y asegurarles el acceso regular a la educación, prever programas de custodia temporal o de acogida, garantizar la libertad religiosa, promover su inserción social, favorecer la reagrupación familiar y preparar a las comunidades locales para fraternidad humana". *Ibíd*, nº 130.

[16] Ante estos desafíos, parece relevante referirse a un acuerdo adoptado el año 2018 por la Asamblea General de las Naciones Unidas que dio paso a la creación de un Pacto Internacional para una Migración Segura, Ordenada y Regular, documento que contiene un marco de cooperación entre los países partes en torno a 23 objetivos centrales, estrechamente relacionados con los propuestos por el papa Francisco- mencionados *supra*- y entre los cuales cabe destacar: "Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen

Estos asuntos son de particular urgencia en Chile, puesto que la migración no se encuentra consagrada de forma explícita como un derecho fundamental en nuestra actual constitución, y que esta última contiene distinciones odiosas en la formulación de los conceptos de "ciudadanía" y "nacionalidad"[17]. A lo anterior cabe agregar que durante los últimos años hemos experimentado en el país un fenómeno de expulsión masiva de inmigrantes irregulares que no cuentan con antecedentes penales, sin que se les permita recurrir a la justicia para analizar cada caso concreto[18], dejándolos en una situación de desprotección. Asunto que, además, implica un incumplimiento por parte del Estado, de algunas de las obligaciones que ha contraído en materia de Derechos Humanos[19].

2.3. Individualismo, consumismo y globalización:

Si bien el Papa Francisco reconoce que la revolución tecnológica de las últimas décadas ha traído innumerables beneficios, también sostiene que a esta la acompaña el deterioro de la ética[20]. Según él, el individualismo que los sistemas económicos promueven ha sido abrazado por la sociedad, y esta última se ha acomodado en "ecosistemas digitales" que implican la desaparición del derecho a la intimidad, son homogeneizantes, promotores de la división política y segregadores[21].

Esta situación no solo afecta a la individualidad humana, sino que también entorpece el diálogo de la sociedad. El mal uso de los medios de difusión masiva de información que algunos defienden como "una forma adecuada de cuidado grupal"[22], no es tal, "sino meras asociaciones

[…] Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular […] Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración […] Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos […] Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social [y] […] Colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración sostenible" . ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Artículo 16.

17 El artículo 13 de la Constitución Política de la República de 1980, en su versión actual, mantiene como prerrequisito para ser considerado ciudadano, ser chileno. No obstante lo anterior, el artículo 14 establece que los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización- método regular por el cual obtienen nacionalidad los migrantes- sólo podrán acceder a cargos públicos de elección popular transcurridos cinco años contados desde la obtención de su carta. Además, los extranjeros (no nacionalizados), solo pueden ejercer el derecho a sufragio si residen por más de cinco años en el territorio nacional.

18 SERVICIO JESUITA PARA MIGRANTES. [Sitio web oficial]. Sección: pregunta y respuestas claves sobre las expulsiones colectivas en Chile. <https://sjmchile.org/2021/07/10/7-preguntas-y-respuestas-claves-sobre-las-expulsiones-colectivas-en-chile/>

19 El artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala expresamente que "9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros".

20 FRANCISCO, *op. cit.* (n. 6), nº 29.

21 *Ibíd*, nº 12, 45 y 47

22 *Ibíd*, nº 43.

contra un enemigo"[23]. Estas conductas en realidad no son más que el rechazo de formas distintas de vida humana, que poseen igual dignidad, y que son excluidas del ámbito social[24].

Si bien este último asunto, había sido advertido por Benedicto XVI en *Caritas in Veritate*[25], el enfoque dado en *Frattelli Tutti* se encuentra más directamente relacionado con la sociedad digitalizada de nuestros tiempos. Es así como en esta última se propone "verificar constantemente que las actuales formas de comunicación nos orienten efectivamente […] a la tarea de construir el bien comu n"[26] y combatir las diversas formas de explotación de la debilidad humana que los ecosistemas digitales se han esforzado tanto por diseñar[27].

Chile, al igual que otros países, no se encuentra ajeno a estos problemas. Los últimos años sugieren que el mal uso de las redes sociales con fines político partidistas, sumado al uso de información sensible de los ciudadanos para manipular sus preferencias políticas en elecciones populares, puede resultar en un verdadero daño para nuestra democracia, en el sentido de que "se difundan noticias falsas que distorsionan la realidad, y hacen que la opinión pública tenga una falsa representación de los hechos objetivos"[28]. Un enfoque renovado, dirigido a gobernar nuestras diferentes formas de comunicación hacia la búsqueda de la verdad y la construcción del bien común, son desafíos actuales que nuestra legislación aún no es capaz de abordar en forma eficaz y que como país deberemos enfrentar prontamente[29].

2.4. Pobreza, hambruna, movimientos populares, y restricciones al libre mercado:

La experiencia internacional que se produjo a partir de la crisis financiera global del año 2008 motivó a Benedicto XVI a repensar el rol que tanto el mercado como el Estado están llamados a cumplir en la sociedad. Es así como en *Caritas in Veritate*, señaló que el mercado debe existir en aquellos espacios en los que existe confianza recíproca y generalizada, orientado hacia un ideal de justicia conmutativa, pero que en aquellos espacios que escapan de esta esfera, se hace fundamental que la justicia distributiva y la justicia social completen aquello que la economía de mercado no es capaz de cumplir por sí sola[30]. De lo contrario el mercado no será capaz de

---

[23] *Ídem.*

[24] *Ibíd*, nº 43-44

[25] BENEDICTO XVI. *op. cit.* (n. 11), nº 73.

[26] FRANCISCO, *op. cit.* (n. 6), nº 205.

[27] Cita extraída de: CONFERENCIA DE OBISPOS CATO LICOS DE AUSTRALIA. Making it Real: genuine human encounter in our digital world, p. 5. Traducida y reproducida en: FRANCISCO, *op. cit.* (n. 6), nº 205.

[28] MILLONES, Camilo. *Concentración de Mercado y Poder: Una Relación entre Libre Competencia, Libertad de Expresión y Democracia Casos de Estudio: Caso AT&T/Time Warner y las Redes Sociales*, p. 104.

Respecto del uso de información sensible en elecciones, véase: EQUIPO CIPER. Instagis: el "gran hermano" de las campañas políticas financiado por Corfo.

[29] Cabe hacer mención del "Proyecto de Reforma Constitucional, Iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, que Modifica el Artículo 19, número 1°, de la Carta Fundamental, para Proteger la Integridad y la Indemnidad Mental con relación al Avance de las Neurotecnologías". Proyecto que fue aprobado por unanimidad en el Senado, y que probablemente sea objeto de tratamiento en la discusión constituyente de los próximos años.

[30] BENEDICTO XVI. *op. cit.* (n. 11), nº 35.

producir la cohesión social que se necesita para alcanzar una sociedad orientada hacia el progreso humanitario[31].

Por todo lo anterior, el Papa emérito invita a abrirse a un principio de solidaridad que se encuentre fuertemente unido al principio de subsidiariedad "porque así como la subsidiaridad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiaridad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado"[32].

Este mensaje fue rescatado y complementado por el papa francisco en *Fratelli Tutti*, quien reivindica la función social que la iglesia reconoce a la propiedad privada, y propone que las libertades económicas sean entendidas dentro de un concepto más amplio, que logre involucrar sujetos históricos que, a veces, son excluidos de consideración, como, por ejemplo, los movimientos populares que "gestan variadas formas de economía popular y de producción comunitaria"[33].

El modelo económico chileno, durante largo tiempo fue entendido como uno que se encuentra estrechamente relacionado con nuestro régimen constitucional. El principio de subsidiariedad- que no se encuentra explicitado en nuestra constitución, no obstante que muchos sostienen su consagración- no ha sido entendido en la forma aquí esbozada, sino que ha sido entendido como uno de carácter opuesto al principio de solidaridad.

Trabajar en el consenso por la consagración de ambos principios, puede orientarnos hacia la estructuración de una verdadera economía social de mercado, compatible con el ejercicio y realización de los derechos fundamentales y que no presente trabas para la colaboración que las agrupaciones civiles puedan prestar a esta tarea, al tiempo que permita una redistribución equitativa de la riqueza a nivel nacional y, en su caso, también internacional[34].

2.5. Articulación internacional, la guerra y la pena de muerte:

El reconocimiento de la actual sociedad internacional se hace presente en las palabras del Sumo Pontífice de la Iglesia, quien considera que la Carta de las Naciones Unidas es la

---

[31] Idem.

[32] *Ibíd,* n °58.

[33] FRANCISCO, *op. cit.* (n. 6), nº 169.

[34] En este sentido, servirnos de la experiencia constitucional peruana podría ser muy enriquecedor. La actual Constitución Política del Perú consagra un rol fuerte del Estado para intervenir en la economía y la redistribución de la riqueza, pero limita su participación en el mercado, con requisitos similares a los de nuestra actual carta fundamental. El artículo 60 de esta constitución señala que "[s]olo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o conveniencia nacional" e inmediatamente después reconoce la igualdad en el tratamiento de las empresas públicas y privadas, y protege la libre competencia. Así, el rol del Estado peruano en la economía es el de fomentar la industria y la competencia en el país, pero no ejecutarla ni proteger las empresas nacionales, al tiempo que garantiza una amplia gama de derechos sociales: REPÚBLICA DEL PERÚ. Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 60, inciso segundo.

verdadera norma jurídica fundamental[35]. Ya sus predecesores habían insistido en la urgencia de instaurar una verdadera autoridad política a nivel mundial[36].

Sin embargo, las preocupaciones por su legitimidad hoy hacen manifiesta la necesidad de limitar el control que un pequeño grupo de países pueda ejercer sobre el resto. Lo anterior, con el propósito de impedir "imposiciones culturales o el menoscabo de las libertades ba□ sicas de las naciones ma□ s de□ biles a causa de diferencias ideolo□ gicas"[37].

Los estados que conforman esta sociedad deben promover el fortalecimiento de las instancias de acuerdo y arbitraje internacional, único medio efectivo para evitar la guerra, la cual difícilmente- queriendo en realidad decir nunca- puede ser considerada justa[38].

Al igual que la guerra, la utilización del miedo como medio disuasivo para prevenir los crímenes y atentados, así como la consagración de la pena de muerte u otras penas de carácter perpetuo, se hace insostenible si se piensa que en la práctica estos medios tienden a socavar las relaciones de confianza, ya sea entre los estados, como al interior de estos[39]. Se trata de medios dirigidos a *desaparecer* al otro[40].

Condenar estas prácticas es imperativo tanto para los cristianos, como para cualquier otro que encuentre en la política medios efectivos para solucionar los conflictos. Estos episodios, así como los conflictos que se desprenden de desapariciones irregulares de "enemigos políticos", solo pueden ser abordados desde una actitud de reconciliación, pero sin olvido[41].

Lo anterior tiene una estrecha relación con la necesidad de hacer justicia, a través de los mecanismos internacionales vigentes, frente a los excesos en los que el Estado pueda verse involucrado, especialmente cuando se trata de asuntos relativos a vulneraciones a los Derechos Humanos. Además, la necesidad de esclarecer los hechos constitutivos de estas vulneraciones es fundamental si lo que se quiere es avanzar hacia la reconciliación sin olvido.

Nada de esto podrá cumplirse si persiste una tendencia a desacreditar la competencia de las instituciones políticas internacionales, basándose en argumentos relativos a la soberanía de los Estados nacionales o en la tendencia política de quienes las dirigen.

2.6. Encuentro entre religiones:

La encíclica termina apelando al mundo religioso para que se una en un acuerdo fraterno y defienda la libertad religiosa de los creyentes de todas las religiones[42]. No se puede ignorar que

---

35 FRANCISCO, *op. cit.* (n. 6), nº 173.

36 BENEDICTO XVI. *op. cit.* (n. 11), nº 67 y; JUAN XXIII. Carta encíclica *Pacem in Terris*, 1963, nºs 136-145 .

37 FRANCISCO, *op. cit.* (n. 6), nº 173.

38 *Ibíd*, nº 257-258.

39 *Ibíd*, nº 262 y 266.

40 *Ibíd*, nº 263.

41 *Ibíd*, nº 250-252.

42 *Ibíd*, nº 279.

la religión existe, ni dejar que "en el debate público solo tengan voz los poderosos y los cienti□ ficos"[43]. La propuesta implica reconocer que, tal y como dijo Benedicto XVI en *Caritas in Veritate,* la Iglesia Católica tiene una función pública que procura "la promoción del hombre y la fraternidad universal"[44].

Las últimas décadas hemos presenciado un verdadero golpe para la Iglesia Católica en Chile. Los numerosos casos de abuso sexual que han salido a la luz y la mala respuesta institucional para enfrentarlos, ha derivado en una baja significativa de los adherentes a esta confesionalidad, así como de la confianza que los creyentes tienen en las iglesias y las organizaciones religiosas en general[45]. Sin embargo, dicha baja no ha sido tan significativa respecto de las personas que afirman mantener alguna creencia en Dios o en alguna entidad similar[46].

Ante esta realidad, la Iglesia Católica se ve obligada reconocer que su poder e influencia en Chile ya no es la misma que en tiempos pasados y deberá promover la actuación en conjunto con las diversas religiones que se encuentran hoy presentes en nuestro país, si desea defender aquella función pública esbozada por Benedicto XVI, en la redacción de una nueva constitución.

Una manera de lograr este consenso podría ser impulsar un acuerdo transversal entre las religiones de Chile para condenar toda clase de violencia que se produzca, no sólo en nombre de la religión, sino también con motivo de esta, es decir, un acuerdo para combatir toda clase de abuso de autoridad o de poder que pueda surgir en los diversos contextos religiosos. Dicho acuerdo, podría devolver la confianza ciudadana a las instituciones religiosas en general, y permitiría vigorizar la defensa a la libertad religiosa en nuestra futura carta fundamental.

3. LA ENCÍCLICA Y EL CHILE DEL MOMENTO CONSTITUYENTE.

Para finalizar la exposición me gustaría orientar estos mensajes a la realidad chilena actual. El 18 de octubre del año 2019, se hizo manifiesta la crisis social y política que atraviesa el país. La crisis de representatividad en las instituciones del estado[47], los altos niveles de

---

[43] *Ibíd*, nº 275.

[44] BENEDICTO XVI. *op. cit.* (n. 11), nº 11.

[45] Según una encuesta reciente del Centro de Estudios Públicos, entre los años 1998 y 2018, la población que se declara *católica* en Chile ha experimentado una baja aproximada a un 18%, al tiempo que la población que se denomina *creyente sin lugar a dudas*, solo ha variado en un 8%. A su vez, la confianza que mantienen las personas encuestadas en las iglesias y otras organizaciones religiosas ha experimentado una baja aproximada a un 38%: CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. *Estudio Nacional de Opinión Pública, octubre-noviembre 2018*.

[46] *Idem.*

[47] Los resultados de cuatro encuestas realizadas por el CEP, entre los años 2015 y 2019, muestran que la confianza ciudadana en las instituciones básicas de la sociedad civil, y particularmente del estado, ha tenido una progresiva baja generalizada y significativa. Destacando, por sobre todas, la confianza que la ciudadanía deposita en Carabineros de Chile, institución que experimentó una caída desde un 57% de los encuestados que manifestó tener "mucha" o "bastante" confianza en la referida institución en agosto del año 2015, a un 17% en diciembre de 2019. CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. *Estudio Nacional de Opinión Pública, diciembre 2019*. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200116/20200116081636/encuestacep_diciembre2019.pdf

desigualdad de la riqueza[48], el aumento repentino en los costos de vida[49], y la falta de capacidad del Estado para atender a los ciudadanos en materias de salud y de previsión social[50], culminaron en el "estallido" de una serie de manifestaciones sociales, articuladas a partir de movimientos populares.

A estas manifestaciones, que fueron predominantemente pacíficas, le siguieron escenarios de violencia, tanto policial como civil, destrucción del patrimonio público, privado- y dentro de ambos, patrimonio religioso-, y el "atrincheramiento" o "segregación" de la política a través de las redes sociales y los medios de difusión masivas- esto último debido a que la actual pandemia impidió, por largo tiempo, el actuar presencial de las campañas políticas-.

El cuestionamiento del poder ejecutivo y de las fuerzas de orden y seguridad, en materia de violaciones a los Derechos Humanos, la férrea oposición que determinados sectores gremiales realizan a la gestión de nuestras autoridades para enfrentar la propagación del *Covid-19*, la crisis de representatividad que enfrenta la- que no puede sino denominarse como una- "clase política", y el conflicto en la Araucanía, entre otros, fueron considerados como factores que mantenían a nuestra ciudadanía en una situación de división política. Sin embargo, esto no impidió que se alcance un amplio consenso en torno a la necesidad de realizar cambios profundos en el país y al rechazo de la política tradicional, lo cual se vio manifestado en las votaciones que siguieron a estos sucesos.

El 25 de octubre del año recién pasado, la ciudadanía chilena se expresó favorable a iniciar un nuevo proceso de reforma constitucional, con aproximadamente un 78% de los votantes. Casi la misma cantidad de personas se mostró favorable a que la constitución fuera redactada por un órgano independiente, por oposición a un órgano mixto conformado en un 50% por parlamentarios en ejercicio.

Con todo, el temor a la división política se terminó por materializar en la conformación de la Convención Constitucional, posterior a las elecciones de abril de este año. En dichas elecciones ningún sector de la política logró alcanzar el tercio requerido para frenar las propuestas de sus contendores, y destacó la victoria del mundo independiente.

En este contexto, sin lugar a duda, el mensaje del Papa Francisco, dirigido a la humanidad toda, cobra especial relevancia, puesto que nos invita a escucharnos- con una actitud fraterna-

---

[48] De acuerdo con la misma encuesta del CEP, realizada en diciembre del año 2019, la mayoría de los encuestados piensa que la desigualdad está entre las dos razones más importantes que motivaron las manifestaciones pacíficas en chile desde el 18 de octubre del mismo año. Véase: *Ídem*.

[49] Si bien es difícil entregar una cifra concreta respecto de este punto, la mayoría de los medios de comunicación y de los análisis que se han hecho en torno al estallido social del 18 de octubre, coinciden en que el aumento de los costos de vida es uno de sus detonantes centrales. Véase, solo a modo de ejemplo, el siguiente artículo: GONZÁLEZ, Alberto. El costo de la vida en Chile, una de las chispas del estallido social. En: BioBio, Sección: Nacional. 25 de octubre de 2019. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/10/25/el-costo-de-la-vida-en-chile-una-de-las-chispas-del-estallido-social.shtml>. Lo anterior se ve demostrado también cuando se observan los fenómenos a que dieron origen las primeras protestas, dentro de los cuales, la masiva evasión del pasaje del Metro de Santiago jugó un rol protagónico.

[50] De acuerdo con información oficial de la superintendencia de pensiones, a fines del año 2019, el monto promedio de las pensiones por vejez era de 7,71 UF, es decir, de aproximadamente $208.230.- Superintendencia de Pensiones. Series estadísticas del sistema de pensiones. Número y monto promedio en U.F. de las pensiones pagadas en el Sistema Previsional (a diciembre de cada año). <https://www.spensiones.cl/apps/centroEstadisticas/paginaCuadrosCCEE.php?menu=sest&menuN1=sistpens&menuN2=pens>

entre personas que piensan y viven realidades diferentes, de modo que logremos alcanzar los grandes consensos políticos necesarios para renovar nuestras relaciones políticas, con una actitud de reconciliación, pero sin olvido.

Asimismo, esta carta entrega las bases sobre las cuales el pensamiento católico chileno, a 130 años de la publicación de la encíclica *Rerum Novarum*, debiera estructurar la defensa de sus ideales comunes en la actual Convención Constitucional, a saber: 1) la adopción de una actitud de apertura frente a los mecanismos de colaboración, control y organización de los estados a nivel internacional; 2) la aceptación y reconocimiento de la inmigración como derecho fundamental; 3) la promoción de formas de legislación social dirigidas a alcanzar una sociedad menos desigual, y de un modelo económico que no confunda el principio de subsidiariedad como contrario al principio de solidaridad; 4) el gobierno de las nuevas tecnologías de modo que estas promuevan el encuentro fraterno entre personas que comparten una igual Dignidad Humana; 5) la condena a la guerra, la pena de muerte, y otras penas de carácter perpetuo, así como de cualquier acto de violencia estatal que derive en vulneraciones a los Derechos Humanos y, por último, pero no por eso menos importante; 6) la apertura de la Iglesia Católica a asociarse con otras religiones con el propósito de defender la libertad religiosa en la futura constitución política chilena.

La única manera de lograr los grandes acuerdos que Chile necesita para salir adelante es adoptando una actitud fraterna entre todos los cuerpos que conforman la sociedad civil y, para esto, la encíclica *Fratelli Tutti* puede ser un verdadero aporte.

4. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BENEDICTO XVI. Carta encíclica *Caritas in Veritate,* 2009 [consultado en línea el 7 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.pdf>

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. *Estudio Nacional de Opinión Pública, octubre-noviembre 2018*. [En línea]. Martes 18 de diciembre de 2018 [consultado el 8 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20181218/20181218093906/encuestacep_oct_nov2018_te_religion.pdf>

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. *Estudio Nacional de Opinión Pública, Diciembre 2019*. [consultado el 8 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200116/20200116081636/encuestacep_diciembre2019.pdf>.

CONFERENCIA DE OBISPOS CATO□LICOS DE AUSTRALIA. Making it real: genuine human encounter in our digital world. En: *Social justice statement 2019-2020* [consultado en línea el 7 de

diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <https://socialjustice.catholic.org.au/wp-content/uploads/2019/11/Social-Justice-Statement-2019-20.pdf>

CORVALÁN, Gabriel. *Implicancias de la ley nº 16.880 en la construcción de un Estado Social de Derecho en Chile*. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: María Angélica Figueroa. Santiago: Universidad de Chile, 2019.

EQUIPO CIPER. Instagis: el "gran hermano" de las campañas políticas financiado por Corfo. En: *Ciper Chile.* [En línea]. 3 de enero de 2018 [consultado el 8 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <https://www.ciperchile.cl/2018/01/03/instagis-el-gran-hermano-de-las-campanas-politicas-financiado-por-corfo/>

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Más Allá del Estado. Traducido por: Perfecto Andrés Ibañez. España, Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FIGUEROA, María Angélica. La crítica católica a la Modernidad. En: *Constitucionalismo y Codificación en los siglos XIX y XX*. (Material de estudio para apoyar la clase), semestre de primavera 2015. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

FRANCISCO. Carta encíclica *Fratelli Tutti,* 2020 [consultado en línea el 7 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html>

GONZALEZ, Alberto. El costo de la vida en Chile, una de las chispas del estallido social. En: BioBio, Sección: Nacional. 25 de octubre de 2019. [consultado en línea el 22 de julio de 2020]. Disponible en World Wide Web: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/10/25/el-costo-de-la-vida-en-chile-una-de-las-chispas-del-estallido-social.shtml>.

HOBBES, Thomas. El leviatán. Traducido por: Manuel Sánchez Sarto, 1940. México. D.F. Fondo de Cultura Económica, 1651.

JUAN XXIII. Carta encíclica *Pacem in Terris*, 1963 [consultado en línea el 22 de julio de 2021]. Disponible en World Wide Web: <https://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>

KANT, Inmanuel. Hacia la Paz Perpetua. Traducido por: Roberto R. Aramayo, 2018. Madrid, España: Ediciones Alamanda, 1795.

MILLONES, Camilo. Concentración de Mercado y Poder: *Una Relación entre Libre Competencia, Libertad de Expresión y Democracia Casos de Estudio: Caso AT&T/Time Warner y las Redes*

Sociales. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Nicole Nehme. Santiago: Universidad de Chile, 2019.

NUSSBAUM, Martha. Las Fronteras de la Justicia. Traducido por: VILÁ, Ramón y SANTOS, Albino. Barcelona, España: Editorial Paidós, 2006.

ORELLANA B., Miguel E. Identidad, filosofi□ a y tradiciones. En SCRUTON, Roger. *Filosofi□ a Moderna: una introduccio□ n sino□ ptica.* Traducido por He□ ctor Orrego Matte. Santiago: Cuatro Vientos, 1999, pp. xviii-xxi.

PABLO VI. Carta encíclica *Populorum Progressio,* 1967 [consultado en línea el 7 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html>

PÍO XI. Carta encíclica *Quadragesimo Anno*, 1931 [consultado en línea el 7 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>

RAWLS, John. Liberalismo Político. Traducido por: MADERO, Sergio. 1ª edición en español, 1995. México. D.F. Fondo de Cultura Económica, 1993.

ROMERO, Juan E. *Análisis de la doctrina pontificia sobre propiedad comunitaria entre 1891 y 1961*. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: María Angélica Figueroa. Santiago: Universidad de Chile, 2008.

SAN JUAN PABLO II. Carta encíclica *Sollicitudo Rei Socialis,* 1987 [consultado en línea el 9 de septiembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>

SERVICIO JESUITA PARA MIGRANTES. [Sitio web oficial]. Sección: pregunta y respuestas claves sobre las expulsiones colectivas en Chile. [consultado en línea el 22 de julio 2021]. Disponible em Wold Wide Web: <https://sjmchile.org/2021/07/10/7-preguntas-y-respuestas-claves-sobre-las-expulsiones-colectivas-en-chile/>

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. [Sitio web oficial]. Series estadísticas del sistema de pensiones. Sección: pensionados. Número y monto promedio en U.F. de las pensiones pagadas en el Sistema Previsional (a diciembre de cada año) [consultado en línea el 22 de julio 2021]. Disponible em Wold Wide Web: <https://www.spensiones.cl/apps/centroEstadisticas/paginaCuadrosCCEE.php?menu=sest&menuN1=sistpens&menuN2=pens>

NORMATIVA CONSULTADA

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. En: *Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, del 10 y 11 de diciembre de 2018* [consultado en línea el 8 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>

Decreto nº 100 que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. [En línea]. Promulgado el 17 de septiembre de 2005. [consultado el 8 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Sobre Derechos Humanos. Suscrita el 22 de noviembre de 1969.

Proyecto de Reforma Constitucional, Iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, que Modifica el Artículo 19, número 1°, de la Carta Fundamental, para Proteger la Integridad y la Indemnidad Mental con relación al Avance de las Neurotecnologías. Boletín 13.828-19. [En línea]. Ingresado al Senado el 7 de ocutbre de 2020 [consultado el 8 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: < https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19>

REPÚBLICA DEL PERÚ. Consitución Política del Perú de 1993. [En línea]. Promulgada el 29 de diciembre de 1993 [consultado el 10 de diciembre de 2020]. Disponible en World Wide Web: < http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp>

EL INSTITUTO DEL ARBITRAJE Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA*

[*The arbitration institute and its historical evolution*]

Pettorosso Brunella
Universidad Nacional del Sur
Profesor guía: Berdini Dino

Resumen:

La ponencia intentará conceptualizar el instituto del arbitraje a sabiendas que no existe una única definición por la gran amplitud connotativa que cuenta el término. Seguidamente pretenderá explicar ciertas directrices que al momento de aplicar este método alternativo de resolución de conflictos no son tenidas en cuenta por exceder específicamente del ámbito de aplicabilidad. Al final se tratará un tópico concerniente al derecho internacional y las maneras en las que ha sido implementado y mutado con el pasar de los siglos.

Palabras clave: acuerdo de partes – arbiter - arbitraje - método de resolución de conflictos.

Abstract:

The presentation will try to conceptualize the arbitration institute knowing that there is no single definition due to the great connotative breadth of the term. Next, it will try to explain certain guidelines that are not taken into account when applying this alternative method of conflict resolution because they specifically exceed the scope of applicability. At the end, a topic concerning international law and the ways in which it has been implemented and mutated over the centuries will be dealt with.

Key Words: Arbitration - conflict resolution method - parties agreement – arbiter

I. Introducción.

El instituto del arbitraje es una de las figuras más antiguas empleada para la resolución de conflictos, siendo que los humanos en sus primeros apogeos optaban por una solución de carácter privado.

Ante la recurrente evolución y la búsqueda de ampliar el horizonte de alternativas que sean útiles, eficaces y ágiles es que nace el arbitraje. Luego, es posible destacar la aparición de numerosos escritores, que serán mencionados con el correr del texto, los cuales se ha encargado de explicar cuáles fueron las distintas directrices que fueron suscitándose alrededor de dicho instituto, como el rechazo hacia este método, la falta de regulación ante la creencia de que el mismo se encontraba subsumido en otras figuras ya reguladas, entre otras.

Lo que se entiende por arbitraje propiamente dicho ha ido variando según las diferentes condiciones históricas, según el lugar que ha hecho suyo dicha práctica, entre otros factores. A pesar de esto, es posible hacer hincapié en la definición producida por António Fernández de Buján quién se encargó de profundizar el concepto que se utilizará a continuación, puntualizando precisamente sus orígenes. Hoy en día, es un mecanismo de resolución de

* **Primer congreso internacional de ayudantes y estudiantes de historia del derecho y derecho romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

conflictos que ha cobrado vital importancia, a partir de la expansión del comercio, tanto en el ámbito interno como internacional.

A partir de este escrito se pretende dar un panorama general en lo que concierne a los orígenes del instituto del arbitraje, la manera en que el mismo fue creciendo, desarrollándose y cambiando a lo largo del tiempo, además se intentará hacer una ampliación en lo que respecta al ámbito de aplicabilidad que se encuentra en la actualidad, mencionado el hito creador de dicho método a partir de cada país que lo haya implementado. Dentro de este escrito se incorpora además el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos de acuerdo a la clasificación que el mismo presenta, dependiendo de su ámbito de aplicabilidad.

II. Arribando a la conceptualización del arbitraje.

Desde la falta de unanimidad en cuanto al concepto del arbitraje, es que se intentará dilucidar mencionando diversas posturas sobre lo que se entiende cuando se hace referencia al mismo.

En principio, es posible hacer una distinción al momento de emplear el vocablo, ya que, dependiendo de su utilización, podrá tener uno u otro sentido, esto va a variar de acuerdo a la connotación con la que se emplee. En rasgos generales podemos hablar del arbitraje como un procedimiento extrajudicial para resolver conflictos de intereses mediante sometimiento de las partes, por mutuo acuerdo, a la decisión de uno o varios árbitros, según la R.A.E.[1] A su vez, esta observación puede ser pulida a través de una subclasificación. En primera medida será necesario establecer cuáles son los diferentes tipos de arbitraje y luego determinar si se empleará de manera nacional -interna- o internacional. Aquí es donde empieza a recobrar sentido este gran instituto, esto se debe no solo a que fue evolucionando de manera progresiva a lo largo del tiempo, sino que dependiendo el ámbito de aplicación en que se encuentre, el mismo podrá ir variando. Estos subgéneros aludidos con anterioridad -tanto los subtipos como la aplicación interna o internacional- serán desarrollados luego de mencionar y dejar impuesto a qué nos vamos a referir a lo largo de este trabajo cuando hablemos de arbitraje.

Siguiendo con diferentes definiciones que abordan ciertos autores que se han encargado no sólo de investigar y profundizar la conceptualización de este instituto, sino que lo han explayado para que hoy pueda ser traído a colación, es posible mencionar la definición de Aguilar[2] quien establece que el arbitraje es uno de los múltiples modos de solución pacífica de conflictos previsto en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Es de derecho público cuando involucra Estados o personas de derecho público; es privado cuando el conflicto se desarrolla entre personas físicas o jurídicas no estatales. Es internacional si no todas las partes residen dentro de las fronteras de un único Estado o el pleito contiene elementos de carácter internacional.

Por otra parte, Fernández de Buján, quien explica que el arbitraje es una fórmula extrajudicial de resolución de conflictos. Se trata de un procedimiento, privado e informal, elegido voluntariamente por las partes protagonistas del litigio que consienten que uno o varios terceros e independientes, denominados "árbitros", resuelvan una determinada disputa

[1] RAE: https://dle.rae.es/arbitraje

[2] Aguilar Fernando "Autor: AGUILAR - Fernando / Revista: 918 (oct - dic 2014) / Fecha de publicación: 08/06/2015. Sección: 3 - Doctrina / / Temas: Arbitraje"

surgida entre ellos y dicten una resolución definitiva, conocida en este ámbito con el término "laudo", que tendrá efectos de *res judicata*[3] y, será de obligatoria ejecución.[4]

En armonía, es posible recopilar de la plataforma brindada por el consejo digital de Ciencias Económicas[5] que, a su entender, el arbitraje es un método de resolución de conflictos en el que un tercero neutral (el árbitro) actúa como juez, elegido voluntariamente por las partes. Su decisión será definitiva y obligatoria, igual que una sentencia judicial.

En conclusión, en este proyecto se va a abordar principalmente la definición que nos brinda Fernández de Buján mencionada con anterioridad, aunque hay ciertos aspectos que han sido abordados por otros autores que también serán indicados.

III. Comienzos y evolución del instituto del arbitraje.

El instituto del arbitraje tuvo sus primeros apogeos en la mitología griega, remontándose al juicio de Paris[6] el cual representaba la célebre figura de arbitraje en la asignación de la manzana de oro a la diosa más bella del Olimpo[7], aquí se determinó como método de resolución de conflictos la justicia privada donde con posterioridad este cargo estaría representado por individuos bajo un manto de autoridad moral. Por lo que se abandona la época de venganza personal -ley del talión- por la aplicación de una pena o infracción.[8] La fórmula prevista en la cultura griega -hacia 520 a.C.- se vio influenciada por la esfera política y militar en Atenas, la misma fue denominada Arbitraje de la Antifictio[9], cuyo objetivo era resolver los conflictos entre los distintos grupos étnicos por parte de doce vecinos representantes de las diversas tribus. En la Grecia Clásica es posible remitirse a los historiadores Tucídides[10] y Plutarco[11] quienes afirmaron que con regularidad las ciudades subordinaban sus disputas al arbitraje en una ciudad neutral, excluyendo la posibilidad de peticionar un recurso de apelación.

Siguiendo con la cronología, es necesario remontarse a las comunidades romanas, donde se aplicaba con frecuencia esta resolución alternativa de conflictos por medio de uno o varios árbitros bajo el designio de los particulares. Recién a través del tratado *Foedus Cassianum* conoceremos la figura del árbitro bajo la denominación de *reciperatio,* remontando sus comienzos a Roma, antes de cualquier tipo de organización judicial. Anteriormente es posible retrotraerse a las estipulaciones descriptas en la Ley de las Doce Tablas en las cuales era posible apreciar las funciones que se le otorgaban a los árbitros -por ejemplo, la pena de muerte al árbitro que hubiera recibido dinero cuando tuviera que pronunciar el laudo-. Además, se excluía de la esfera plausible de ser interpelada por los árbitros los laudos sobre delitos públicos, los relacionados con la infamia, la libertad de las personas y aquellos casos de acción popular. En lo que respecta precisamente a la regulación de la Ley de las XII Tablas, es necesario tener en cuenta que el procedimiento que se llevaba a cabo en ese momento era

---

[3] Cosa juzgada, TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1995. "Los laudos arbitrales firmes sólo son susceptibles de ejecución judicial por los trámites del procedimiento de ejecución de sentencias". Aranzadi-Westland.

[4] ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, licenciado y doctor por la Universidad Autónoma de Madrid. Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Cádiz desde 1983, y de la Universidad Autónoma de Madrid desde 1991. Autor de distintas obras de Derecho Romano (algunas serán tratadas en este Trabajo).

[5] Extraído de: https://archivo.consejo.org.ar/consejodigital/RC37/luppino.html

[6] G. Gioachino Belli, Belli italiano, 297 s. (Colombo, Roma, 1975).

[7] Mito del juicio de Paris mencionado por Homero, Ovidio, Eurípides, entre otros.

[8] Francesco Zappalà (Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 121: 193-216, julio-diciembre de 2010)

[9] Rivista di filologia e di istruzione classica, 214 (G. Chiantore, 1897).

[10] L. Prandi, Platea, 37 (Editoriale Programma, 1988)

[11] P. Fiore, Sul problema internazionale della società giuridica degli stati, 87 (Stamperie Reali, Torino, 1878).

el de las *legis actiones*, conocido por establecer determinadas palabras sacramentales obligatorias al inicio de cualquier proceso, sin las cuales estaba prohibido proseguir, además, el magistrado estaba encargado de establecer una pena pecuniaria para la parte que era omisa de presentarse o de continuar con el proceso de arbitraje, esta misma sustituyó a la venganza.

Una de las *legis actiones* conocida principalmente por su gran aplicabilidad fue la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, la cual tenía por finalidad obtener el cumplimiento de una obligación deriva de un contrato verbal de *sponsio*[12]. La misma representaba una promesa de castigo. Era aplicada cuando una de las partes negaba ante el magistrado la existencia de cualquier tipo de compromiso, allí el magistrado designaba un *iudex* o *arbiter* para decidir el debate patrimonial.[13]

Hacia el año 130 a.C. la *Lex AEbutia* se encargó de derogar ciertas *legis actiones* introduciendo el proceso formulario, el cual se caracterizó por resolver de manera eficaz, con celeridad, sencillez y especialidad los procedimientos que estuvieran dentro de la materia en la cual pueda intervenir este tercero. El origen moderno del arbitraje en Roma -17 a.C.- se encuentra tutelado por el pretor quien se encargó de proteger las prácticas, usos y costumbres del tráfico comercial y del *Ius Gentium*, el cual encontró su fundamento en la *fides* y la moralidad. A partir de esta implementación de un nuevo procedimiento, el arbitraje deja de tener una expresa regulación por considerarse absorbido por el proceso formulario[14].

Recién con la Constitución Imperial de Teodosio, se le impone a los jueces y árbitros el respeto del calendario festivo cristiano, catalogando de esta manera la decisión de los árbitros como válidas dentro de la esfera privada. Más adelante, Justiniano con el *Corpus Iuris Civile* otorgó a la decisión del árbitro fuerza ejecutiva si la misma era documentada y acompañada de un juramento solemne[15]. Diez años después él mismo lo prohibió.

Otro gran elemento que merece ser reconocido sobre la labor efectuada por los romanos fue el respaldo otorgado a los jueces para poder obligar a los árbitros a resolver la controversia presentada por los ciudadanos, siendo tipificado en el Edicto Pretorio, el cual les otorgó a las partes la facultad de presentarse directamente ante el magistrado para poder obtener la resolución esperada, en los casos en los que el árbitro se negara injustificadamente a pesar de aceptar el caso a resolver.[16]

Consecuentemente es posible acentuar en lo que respecta a la designación del árbitro, la cual en principio el magistrado tenía la facultad de elegir al encargado de llevar adelante el laudo, además podía conceder acciones y poderes para su propia actuación arbitral. En cambio, en la actualidad las partes cuentan con suficientes facultades para poder elegir quien sería el encargado de subrogarse bajo los deberes del árbitro. Para que el magistrado pueda intervenir, era necesario que se precisara la materia del debate, esto según la función *iurisdictio*, es decir, la potestad que le competía en el caso concreto[17].

El inmenso desarrollo a nivel mundial de la aplicación de este método alterno de resolución de conflictos, provocó que las regulaciones hasta aquel momento realizadas a través de los interdictos y los intentos de regulación a través de los diferentes códigos, se viera impedida

---

[12] *Sponsio:* votos o promesas a la divinidad y como esponsales o promesa de futuro matrimonio. Más tarde se sostiene la tesis de que la sponsio había sido un procedimiento de caución, es decir, una garantía.

[13] Francesco Zappalà (v. cita n° 8).

[14] Francesco Zappalà (v. cita n° 8).

[15] Justiniano, Codex, 1, 2 e 4 del 2.56(55).4; e pr. e 1 del 2.56(55).5.

[16] Digesto 4.8.3.: aunque el pretor no obligará a nadie asumir la función de árbitro, porque la asunción de tal condición es libre e independiente y está fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto como se acepta el arbitraje, el pretor procurará que la función de árbitro se desempeñe con cuidado y solicitud.

[17] Francesco Zappalà (v. cita n° 8).

de ser implementada en el ámbito internacional, por la falta de consenso sobre qué debía tomarse como parámetro universal. Ante esta pérdida de unanimidad en la legislación es que comienzan a aparecer diversas convenciones internacionales, dentro de las cuales la que presenta mayor importancia es la Ley modelo CNMUDMI -Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional- en donde se adopta como medio preferente este tipo de resolución de conflictos para la solución de controversias internacionales.[18]

Para poder plasmar de manera más concisa todo lo mencionado hasta el momento, en el siguiente apartado se intentará mencionar las diferentes clasificaciones que se pueden emplear sobre el instituto del arbitraje.

IV. Ámbito de aplicabilidad del arbitraje.

En lo que respecta al instituto del arbitraje, la gran mayoría de las personas coinciden en que tiene un ámbito de aplicabilidad inmenso, por lo que para su mayor desarrollo y explicación es necesario fraccionarlo y así abordar los distintos fragmentos del mismo. En primera medida, es importante mencionar la gran variedad de tipos de arbitraje que existen o al menos existieron. Luego se abordará los distintos países que utilizan en la actualidad este instituto, para así poder tener una visión más integradora de todas las directrices tratadas hasta el momento.

1. Los distintos tipos de arbitraje según las características propias del instituto.

a) Arbitraje de derecho o Arbitraje de equidad:

Esta primera segmentación se realizará como distinción de acuerdo a la función de la materia en conflicto y el objeto a resolver, ya que de esto dependerá el accionar y las facultades que posea el propio árbitro. En principio, la ley dispone que el arbitraje será de derecho, es decir que se ajusta a las normas y utiliza sus procedimientos para la resolución de conflictos, además de ello, debe dictar un laudo conforme a derecho. En cambio, será de equidad cuando el mismo decide según su saber y entender sobre los hechos y la justicia, esto no quita su obligación de motivar de manera razonable su decisión al momento de dilucidar el laudo.[19]

b) Arbitraje AD HOC y Arbitraje Institucional:

Aquí la importancia recae sobre su ámbito jurisdiccional, mientras el primero -Arbitraje Ad Hoc- haya tenido mayores implicancias de manera internacional, el segundo es visto con mayor frecuencia en los arbitrajes domésticos.

Otra distinción que puede ser útil al momento de determinar verdaderamente cuál sería correcto aplicar, sería tener en cuenta quiénes son los encargados de determinar el árbitro o tribunal. En lo que respecta al arbitraje institucional quienes tienen la facultad de elegir son las partes de mutuo acuerdo, mientras que en el otro supuesto es la corte o la propia entidad arbitral que toma la decisión de acuerdo a sus propios reglamentos[20].

Como última mención y no menos importante, hay que tratar sobre los costes que implican cada uno de ellos, en cuanto a Arbitraje Ad Hoc, son los propios jueces quienes fijan sus honorarios, en cambio, el arbitraje institucional tiene tarifas y honorarios prefijados y publicados para que los mismos lleguen a toda la esfera poblacional.

c) El Arbitraje Legal y el Arbitraje Compromisario:

---

[18] ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ (v. cita n° 4).

[19] ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. (Derecho público Romano. Recepción, jurisdicción y Arbitraje. Página 25), Duodécima edición 2009, Thomsom Reuters, Civitas, Aranzadi, Pamplona 2009, p.20.

[20] El reglamento de las instituciones será el encargado de gestionar los procedimientos y requisitos para los actos procesales como la demanda, su contestación, el nombramiento de los árbitros, entre otros.

Por último y según sus particularidades, una de las más importantes distinciones es la que se debe realizar entre estos dos subgéneros del vocablo.

El arbitraje legal fue receptado primeramente por la ley de las XII TABLAS, en donde se cedía al árbitro una amplia libertad a la hora de decidir, tomando cuerpo a través de la figura del *arbiter*.

Según Fernández de Buján, esta categoría surgió como arbitraje de equidad[21], aunque a medida que fue evolucionando esta conceptualización se logró orientar hacia las modalidades del arbitraje legal propiamente dicho. Esto podría verse reflejado en la *Ley Licina* de 210 a.C. estableciendo que la resolución debía hacerse a través de un arbiter en materia de división de copropiedades, cuando las partes estuvieran en desacuerdo.

En cambio, cuando se hace referencia al Arbitraje Compromisario[22], se tiene que tener en cuenta que consiste en el compromiso por el cual sometían una controversia a una decisión arbitral. Algunos de los asuntos con los que solía enfrentarse el *arbiter* eran la tutela, propiedad, linderos, entre otros. Debido a la esfera de aplicación que tenía este tipo de laudo -al menos en su mayoría- era necesario tener en cuenta el carácter contractual que se tenía en consideración en el Derecho Romano[23].

En este caso, las partes podían elegir entre someterse a las disposiciones pactadas o bien a cláusula penal, donde en caso de elegir esta última se rompería el pacto entablado con el árbitro[24].

En conclusión, es posible definir cada uno de los distintos tipos de arbitraje y en qué casos sería necesario utilizar uno o el otro. Por lo dicho hasta aquí es que se proseguirá a desarrollar el ámbito de aplicación de los distintos tipos de arbitraje en cuanto al lugar geográfico en que se aborde este instituto.

2. Epicentros que abordan en la actualidad el instituto del arbitraje.

Antes de hacer una descripción meramente enunciativa y desarrollar cada una de ellas, es posible decir que este apartado resulta como una consecuencia de la intención de este texto por recabar diferentes aspectos que se presentan ante este instituto y que permiten su análisis, no sólo en cuanto a la conceptualización que se tiene tanto sobre el árbitro como sobre el arbitraje, sino que es pertinente traer a colación los países que utilizan este método alterno de resolución de conflictos y de qué manera lo hacen o al menos con qué frecuencia se utiliza, si existe o no legislación al respecto, entre otras tantas características que se tratarán. Entre los países que se abordarán se podría mencionar a España, Inglaterra, Argentina, Perú, Chile, Estados Unidos, entre otros.

a) España.

Como precursor en la legislación sobre el arbitraje es posible compilar lo mencionado por la Constitución de Cádiz, la cual a través de su artículo 280 le otorgó rango constitucional al

[21] Remitirse al apartado 1 del título IV.

[22] También conocido como *merum arbitrium*.

[23] Carácter contractual en el Derecho Romano: el contrato era entre los romanos toda convención destinada a producir obligación, aunque el derecho natural reconocía que si el objeto de la convención era lícito, aquel que se había comprometido libremente, estaba obligado, porque toda convención lícita era legalmente obligatoria, pero el derecho romano jamás admitió ese principio de forma absoluta y aun en la época de Justiniano, por los días finales del imperio, el simple pacto, no bastaba para crear la obligación civil. (Jorge Honoret Reinoso. Santo Domingo, República Dominicana. https://www.monografias.com/trabajos15/contrato-romano/contrato-romano.shtml)

[24] ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. (Derecho Público Romano, recepción, Jurisdicción y Arbitraje. P. 28. Duodécima edición, Thomsom Reuters 2009,Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 430

instituto del arbitraje, al determinar que los ciudadanos españoles tenían derecho a resolver sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

Luego, en 1829, el código de Sainz de Andino instituyó al arbitraje como medio para resolver conflictos de naturaleza mercantil, tomando como referencia las relaciones societarias internas, además se adiciona su carácter obligatorio. Recién en 1881 lo mencionado sufrió ciertas modificaciones impuestas por la ley procesal, la cual añadió nuevos supuestos en materia de arbitraje, adicionando ciertos métodos de apelación de las sentencias resultantes de arbitraje, las cuales hasta el momento se consideraban inmutables.

Hacia 1953, se creó la Ley de arbitraje de Derecho Privado, la cual incidió en la unificación de esta figura -diferentes regulaciones extraídas de los códigos de enjuiciamiento, el código civil y el código de comercio-. Aunque rápidamente esta norma fue susceptible de grandes críticas por haber incursionado en la prohibición del arbitraje institucional y emplear una distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso. Esta norma tuvo vigencia hasta la sanción de la Ley 36 -creada en 1988- la cual derogó la distinción incorporada por la Ley de arbitraje de Derecho Privado, abolió la prohibición del arbitraje institucional y unificó el sistema del recurso de anulación para los laudos dictados en derecho o en equidad.

Bajo la reciente creación de la Ley Española de Arbitraje[25], se puede apreciar cierta ampliación en el régimen general, donde el mismo sería plausible de ser aplicado tanto en el régimen interno como internacional, dependiendo de la índole de los conflictos y las partes que lo compongan. [26]

b) Inglaterra.

En consonancia con lo narrado hasta el momento, es posible mencionar determinados aspectos sobre el desarrollo del instituto del arbitraje en Inglaterra. Este instituto acopia especial pronunciamiento en 1698, luego de haber sido aprobado por el parlamento inglés, según el cual, ninguna de las partes podía revocar unilateralmente el acuerdo arbitral, esto fue sumamente importante para el posterior desarrollo del mismo aunque tuvo una falla muy pelicular, el parlamento había omitido sancionar cierta norma que impidiera a las partes revocar el nombramiento del árbitro, por lo que ante la ausencia de árbitro, cesaba la posibilidad de desarrollar proceso alguno[27].

En 1950, se expidió la Arbitration Act, según la cual el arbitraje se desarrollaría bajo control judicial y tramitará ante la High Court a petición de una de las partes. El juez estaría facultado para anular la sentencia arbitral por errores de hecho o derecho -esto fue derogado en 1979, subsistiendo únicamente la posibilidad de suprimir los laudos que sufrieran errores de derecho-.

En lo que respecta al arbitraje internacional, en este país, existe una larga tradición en materia marítima -no corresponde a este ensayo desarrollar la innumerable bibliografía que se encarga de explicar las relaciones marítimas de Inglaterra a lo largo de la historia, las cuales fueron importantes para la mayoría de los países de América Latina- hasta antes de la segunda Guerra Mundial. La London Trade Association resolvió más de 20.000 litigios por año[28].

---

[25] Sancionada en 2003, luego de la incorporación de España a la Unión Europea, la cual creó una gran inclusión al comercio internacional, significando un gran avance para la institución arbitral.

[26] Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XI - N°22 Julio - Diciembre 2008 - ISSN 0121-182X. Pag 141-170.

[27] SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial en México, 418 (2a. ed., Oxford University Press, Oxford.2001).

[28] Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XI - Nº 22 - Julio - Diciembre 2008 - ISSN 0121-182X. Pág. 141-170

c) Estados Unidos.

Siguiendo de manera correlativa en el tiempo, es necesario abordar los hechos que acontecieron en los Estados Unidos de América, precisamente la promulgación del *New York Arbitration Act* en 1920, la cual acogió al arbitraje de manera fundamental, luego de haber sido catalogado con hostilidad y escepticismo -hasta ese momento las cortes habían resuelto en diversos fallos que las partes se encontraban facultadas para revocar los laudos arbitrales, simplemente por ser ellas quienes denominaron a él/los árbitros[29]-. El New York Arbitration Act se encargó de otorgarle validez y carácter vinculante al pacto arbitral, consolidando de esta manera el arbitraje interno.

En lo que respecta al arbitraje internacional, recién cerca de 1970 Estados Unidos adoptaría la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana sobre el arbitraje Comercial[30] -subscripta en 1990-.

d) Argentina.

En lo que respecta al desarrollo positivo y jurisprudencial del instituto del arbitraje en Argentina es posible mencionar como primer hito al fallo de la CSJN 25/10/1920, "Couto y Cía c. Propietarios del velero Northland", en el cuál la Corte Suprema se expide sobre una controversia de arbitraje. Una vez avanzados en el tiempo y luego de que varios países se hayan incorporado en la Convención de Nueva York -en 1989- se desplegó un gran proceso de apertura comercial que se extendió a todo Latinoamérica. Los países aquí comprendidos, adoptaron la mayoría de los principios estipulados por la Ley modelo UNCITRAL, los únicos países que no siguieron esta corriente fueron Argentina y Uruguay. Recién en la primera década del Siglo XX se lograron apreciar los diferentes intentos por instaurar como medio eficaz de resolución de controversias[31] la mencionada ley modelo.

Actualmente Argentina posee una gran diversificación legislativa en materia de arbitraje. Por un lado, se encuentra regulado este instituto en lo que respecta a su aplicación interna y por otra parte se encuentra regulado el arbitraje internacional.

En cuanto al primer tópico, es posible encontrar este instituto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su Libro VI, Título I que legisla sobre "juicio arbitral" (o arbitraje de derecho o juris, arts. 736 / 765), en el Título II se desarrolla el "Juicio de Amigables Componedores" (o arbitraje de equidad, arts. 766 / 772) y en el Título III tiene su turno la "Pericia Arbitral" (art. 773). Este esquema ha sido seguido en general por la mayoría de los códigos locales en ejercicio de las facultades normativas provinciales (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional). Siendo Argentina un país Federal, cada una de las provincias se reserva ciertas materias sobre las cuales podrán legislar. Particularmente en la provincia de Buenos Aires se regula este método alternativo de resolución de conflictos en la ley 10.149 de manera obligatoria para los procesos de derecho laboral, o lo que respecta a las fuerzas policiales, entre otros. A su vez, la Constitución Nacional a través de los diversos tratados internacionales amparados con jerarquía constitucional a partir de 1994, regula este instituto permitiendo que los diversos órganos o quienes sean convocados para la resolución de la

[29] HOWARD, William M., The Evolution of Contractually Mandated Arbitration, ´48 ARB. J. 27,28 (1993) en Hosuton Journal of International Law, spring (2001), en http://www.entrepreneur.com/tradejournals/article/75908313.html

[30] Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XI - Nº 22 - Julio - Diciembre 2008 - ISSN 0121-182X. Pág. 141-170

[31] Jesús Alberto Aybar (2018) Universidad de San Andrés. Extraído de: https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/2572/1/%5BP%5D%5BW%5D%20T.%20L.%20Adm.%20Aybar,%20Jes%C3%BAs%20Alberto.pdf

disputa, puedan regirse por los estatutos y normativas establecidas por la comisión CNUDMI[32] o por la UNCITRAL[33], entre otras.

Actualmente, la legislación procesal específica en materia de arbitraje en la Argentina no es de las más adecuadas, no incorpora las más modernas reglas recibidas en materia de arbitraje comercial internacional consagradas en el derecho comparado, como, por ejemplo: el principio de competencia de la competencia, la autonomía del acuerdo arbitral, potestades explícitas de disponer medidas cautelares y no contiene previsiones sobre arbitraje comercial internacional.[34]

Para concluir con lo referente a este país es necesario mencionar la importancia a nivel internacional que ha alcanzado Argentina en relación al desarrollo del Arbitraje. En primer lugar cabe mencionar que entre 1902 y 1903 Argentina fue partícipe del gran conflicto bélico suscitado entre las potencias europeas y Venezuela, el cual provocó un gran bloqueo naval hacia Venezuela, provocando una evidente agresión por parte de las potencias en defensa de los derechos de sus nacionales, en ocasión del incumplimiento por parte del Estado venezolano; justificado en su soberanía y en los derechos de todo Estado conforme a lo establecido por el Derecho Internacional vigente para la época (1902). Ese hecho marcó un hito en la historia mundial, generando la aparición del Corolario Roosevelt y la Doctrina Drago. Hoy catalogado como elemento fundante del principio de prohibición del uso de la fuerza, vigente en el actual Derecho Internacional.[35] La doctrina Drago fue la que hizo aparecer a la Argentina con una figura salvadora ante todo Latinoamérica, ya que, los países aquí ubicados se encontraban con miedo por todo lo que estaba sucediendo en contra de Venezuela.

Lo que respecta a la Doctrina Drago en sí misma, es llamada así por haber sido el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, inspirado en la doctrina Calvo, quien afirmó que estaba prohibido el uso de la fuerza por un Estado para proteger la seguridad de sus nacionales, asegurando que "el capitalista que suministra su dinero a un Estado extranjero tiene siempre en cuenta cuáles son los recursos del país en que van a actuar y la mayor o menor probabilidad de que los compromisos contraídos se cumplan sin tropiezo […], el acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente a toda soberanía que no puedan iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella"[36]. Dicha doctrina no implicaba el desconocimiento de las deudas contraídas, pero sí expresaba la prohibición de ejercer represalias intervencionistas ante un retraso o incumplimiento de la obligación, derivado de su condición de Estado soberano. La doctrina Drago tuvo gran

---

[32] El órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional, según cita su portal web y en este marco en el capítulo de solución de controversias, se documentó el Reglamento de Arbitraje precitado), que ha sido inspirador de innumerables reglamentos en todo el mundo. Extraído de http://www.saij.gob.ar/walter-mario-huggias-arbitraje-dacf150537-2015-10-05/123456789-0abc-defg7350-51fcanirtcod

[33] La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966, para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional.

[34] UNA PUESTA AL DÍA EN LA LEGISLACIÓN SOBRE ARBITRAJE EN LA ARGENTINA * MÓNICA VIVIANA TEPFER http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/08-winitzky-tepfer.pdf

[35] El bloqueo Naval a Venezuela (1902/1903) como elemento cristalizador de un nuevo principio de derecho internacional* María del Carmen Zambrano Duran**

[36] El historiador. Disponible en: http://www.elhistoriador.com.ar/frases/republica_liberal/luis_maria_drago_y_las_deudas_soberanas.php . Tomado en línea el 6/03/2013.

aceptación dentro de la comunidad internacional, aunque en 1907 es llevada a discusión a la segunda conferencia de la Paz de la Haya; en ese debate surgió la propuesta del estadounidense Porter de configurar un cambio en la doctrina, aunque se concluyó que no sería más que una enmienda a la Doctrina Drago.[37]

e) Chile.

A principios del siglo XX Chile y Argentina intentaron solucionar los conflictos entre ellos. A partir del año 2003 se presentó al Congreso Nacional de Chile un proyecto con el objeto de regular el arbitraje comercial internacional. Este proyecto se encargó de copiar la ley modelo de arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI/UNCITRAL) que establece un marco jurídico unificado y uniforme compartido por las Naciones para la resolución de controversias propias del Comercio Internacional y que fuera recomendada a todas las naciones.[38]

Actualmente este país presenta una dicotomía en lo concerniente al arbitraje, y se presentan dos posturas: el monismo y el dualismo. Según la postura monista, los trámites adelantados en estas sedes, independientemente de su nacionalidad, se rigen por un cuerpo normativo idéntico que tiende a ser bastante flexible y adaptado a estándares internacionales en cuanto a las funciones de los árbitros. En cambio, la postura dualista, precisa que todos los arbitrajes son "nacionales" en el sentido de que se llevan a cabo en un determinado foro, o sede del arbitraje, y que se deben someter a las normas imperantes en este.[39]

Para concluir es posible mencionar que, en Chile, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el Proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional, en el sentido de que los artículos relativos a la intervención de los tribunales en el arbitraje y a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, no excluían la posibilidad de que la Corte Suprema ejerciera las atribuciones constitucionales de control directo, correccional y económico sobre los tribunales, así como las acciones que contempla la Carta Política en favor de quienes puedan ver vulnerados sus derechos fundamentales.[40]

Finalmente se mencionará algunas de las convenciones encargadas en grandes rasgos de regular el arbitraje a nivel internacional al menos por varios de los países traídos a colación.

3. Diversas Convenciones encargadas de regular el instituto del Arbitraje

En lo concerniente al ámbito positivo del derecho de arbitraje y conciliación es posible mencionar ciertas convenciones o tratados que no sólo han sido trascendentales a lo largo del tiempo, sino que gran cantidad de los países constituyentes de Latinoamérica son o han sido parte.

En primer medida es posible mencionar la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la misma fue creada en 1889, la cual tiene los siguientes propósitos: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por

[37] El bloqueo Naval a Venezuela (1902/1903) como elemento cristalizador de un nuevo principio de derecho internacional, María del Carmen Zambrano Duran

[38] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II) [pp. 533 - 558].

[39] Rey Vallejo, Pablo, El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización, 126 Vniversitas, 199-237 (2013)

[40] Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 420, 25 de agosto del 2004

medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.[41]

En la misma, los estados miembros son Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, entre otros.

Seguidamente es posible mencionar la actividad desarrollada por la OEA -organización de los estados americanos- la cual tuvo su primera aparición en 1975 a través de dos convenciones: La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional en Panamá y la Convención Interamericana sobre eficacia Extraterritorial de las sentencias y Laudos arbitrales en Montevideo. La misma tiene por objeto promover, entre jueces y otros funcionarios públicos, el conocimiento y la correcta aplicación de las normas internacionales sobre el arbitraje comercial y la ejecución de decisiones y laudos arbitrales de carácter comercial.[42]

Por último, es posible mencionar la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida como la Convención de Nueva York. Aquí se creó la conocida Ley modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional la cual se formuló para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Hoy en día la gran mayoría de los países recoge esta regulación para la aplicación en sus legislaciones tanto internas como internacionales.

Si bien sólo se han mencionado tres de todas las convenciones que rigen a nivel internacional, es necesario saber que hay varias más en el marco legal vigente.

V. Conclusión.

El arbitraje aparece en la historia del derecho desde la antigüedad como un mecanismo eficaz de resolución de conflictos. Este método se utilizó para resolver disparidades de los particulares quienes tenían la posibilidad de elegir al arbiter, un tercero imparcial encargado de dilucidar las controversias presentadas.

Dentro de las distinciones que se fueron haciendo a lo largo de la presente ponencia, es posible insinuar una definición precisa de lo que se entiende por arbitraje, ya que no existe, al menos en la actualidad, una enunciación concisa y unánime sobre a qué se hace referencia cuando se hace mención a este método de resolución de conflictos.

Los modelos que se utilizan, son elegidos de acuerdo a la necesidad que se presenta, ya que no siempre cualquier conflicto es resuelto de la misma manera, sino que tendrá incidencia la idoneidad de cada caso particular. Todo dependerá de la controversia en sí misma y el ámbito de aplicabilidad en cuestión.

---

[41] Extraído de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Convenciones_Interamericanas_Version_2014.pdf

[42] Extraído de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/arbitraje_comercial_proyecto_objetivo.asp

Como consecuencia de estas distinciones fue posible abordar cada uno de los modos en que los países del mundo implementan este método alternativo de resolución de conflictos para así poder desarticular las instancias previas al proceso judicial y de esta manera lograr agilizar las causas judicializadas.

Por lo que, en definitiva, es posible decir que hoy en día cada estado cuenta con un régimen de arbitraje interno e internacional que conserva las mismas características y principios de la función arbitral.

En conclusión y luego de haber abordado diferentes directrices que conciernen a este instituto es posible advertir la importancia que tiene el mismo, y sobre todo enunciar los orígenes causantes de que hoy por hoy sea uno de los motivos por los cuales las partes logran llegar a un acuerdo sin necesidad de llegar a una instancia judicial.

LA CONSTITUCIÓN DE 1925 Y SU PROYECCIÓN A LA ACTUALIDAD*

Joaquín Amaya Zamorano
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Nota: El siguiente texto corresponde a extractos de la memoria "La Constitución de 1925 y su proyección a la actualidad" del mismo autor, que corresponde a la investigación base y fue presentada, con cambios para adecuar al formato y tiempo, en la presente exposición. Pueden existir leves diferencias en algunos párrafos por motivo de dicha adaptación.

I. Introducción

La Constitución de 1925 corresponde al noveno texto constitucional vigente en la historia de nuestro país, y el último en estar en vigencia de manera previa a la actual Constitución de 1980. Un importante hito en nuestra historia constitucional, esta carta fundamental encontró a Chile y el mundo en un momento de grandes cambios políticos y sociales, con importantes reformas y eventos históricos tomando lugar en las instancias de su discusión y posterior promulgación. La Gran Depresión, el surgimiento de nuevas fuerzas e ideas políticas, la separación entre Iglesia y Estado son solo algunos de las fuerzas relevantes que marcaron el inicio del siglo XX y que, ya sea directa o indirectamente, tomaron gran influencia en lo que fue la toma de forma de esta ley fundamental de la República.

En el presente se abordará como eje principal la cuestión relativa al proceso que tuvo como fruto la realización de la Constitución del año 1925, tanto en el ámbito jurídico de sus diversas disposiciones, corrientes y escuelas de pensamiento, como a lo que refiere a su contexto y fuentes materiales históricas que nos permiten explicar y entender la razón de las decisiones que se tomaron en el momento de crear las diversas disposiciones constitucionales. Se busca tanto tener un mejor entendimiento de las implicancias históricas de la Constitución de 1925, como también aquellas aristas de esta que podemos proyectar a la actualidad, a través de un análisis crítico de sus fuentes materiales y sus disposiciones, todo con un lente histórico al momento de realizar los respectivos análisis.

II. Cuestión de las fuerzas parlamentarias y presidencialistas

En el contexto de la época, se presentó una pugna existente entre los grupos políticos y corrientes ideológicas que diferían respecto a la forma que debía organizarse el poder político de la nación, y principalmente, la estructura del gobierno y la relación entre los poderes del Estado. Nos referimos a la pugna entre parlamentarismo y presidencialismo como forma de gobierno, bajo cuya sombra se desarrolló gran parte del siglo XIX y la primera parte del siglo XX.

Esta diferencia de ideas y conflictos políticos que perduraron durante la mayor parte del primer centenario de la República alcanzó su punto más grave y relevante en el año 1891, fecha en que comenzó una guerra civil que enfrentaría al poder legislativo, el Congreso, con el poder ejecutivo, a cuya cabeza se encontraba José Manuel Balmaceda.

El origen de esta contienda tuvo como responsable un conflicto constitucional entre ambos poderes del Estado, ilustrando hasta qué punto, según Sofía Correa et al "la indefinición constitucional podía llegar a suscitar un conflicto de proporciones mayores"[1] Continúan relatando que, pese a lo sangriento y masivo de este conflicto, fue de todas formas un punto de continuidad para la forma de gobierno del país, pues

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

la forma de gobierno continuaba siendo la de república parlamentaria, pero si mencionan que la balanza de poder se inclinó totalmente a favor del Congreso.[2] La Constitución vigente tampoco sufriría una renovación total, pues se siguió bajó las disposiciones de la Constitución de 1833.

Esto provocaría, eventualmente, reacciones opuestas al parlamentarismo en la discusión para la elaboración de la Constitución de 1925, lo que ejemplificaremos con la siguiente cita:

"(…) desorganización y anarquía morbosa del régimen parlamentario, que estagnaba el progreso del país, llevaba el desorden a todas partes e impedía el desarrollo y correcto funcionamiento de las más importantes de nuestras energías nacionales" Arturo Alessandri Palma, en Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Sub comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República.

III. Fuerzas políticas y Alessandri

La primera mitad del siglo XX fueron años de grandes cambios y movimientos políticos, con sucesos, revoluciones y cambios de régimen que repercutían en el mundo entero y a los cuales Chile no se encontraba ajeno. La Primera Guerra Mundial fue un punto de inflexión en la geopolítica cuyas consecuencias cambiaron el escenario mundial y la suerte de diversas corrientes de pensamiento. Posterior a esta, el balance de poder de las naciones cambió, surgiendo nuevas potencias y quedando otras en el pasado, perdiendo influencia económica y cultural. Estas corrientes intentaron hacer eco de su voz en la nueva organización política del país.

Arturo Alessandri Palma tuvo un activo rol en las sesiones de estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, utilizando constantemente su derecho a voz y presidiendo las sesiones. Dentro de la misma, dejaría clara su aversión al régimen parlamentario y las prerrogativas del Congreso, buscando instaurar el régimen presidencialista que tanto favorecía.

Observamos, también, en base a la realidad del proceso constituyente, que la figura de Alessandri fue de importancia en la posterior instauración del régimen presidencialista, y también podía respaldar su opinión en las discusiones constituyentes basándose en el apoyo popular que poseía.

La siguiente cita ilustra el ánimo de la época, en particular el respaldo de las ideas de Alessandri dentro de la Comisión:

"estoy profundamente de acuerdo con V. E. en que el régimen salvador para la República es el régimen presidencial" Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Sub comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República.

IV. Cuestión social

Las décadas previas al proceso constituyente estuvieron marcadas por la llamada cuestión social, una época de contrastes que tiene como principal protagonista la fuerte vulnerabilidad en que se encontraban diversas clases de ciudadanos del país. Esto propulsó la discusión sobre las posibles medidas a tomar con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los chilenos, y el Derecho no fue ajeno a la misma. Una herramienta utilizada por los políticos de la época consistió en la promulgación de leyes que permitieran algún tipo de mejora de las condiciones laborales, como la Ley de la Silla de 1915[3]

Advertimos que la Cuestión Social es un elemento importante dentro de las fuentes materiales que rodearon el advenimiento de la Constitución de 1925, pues el estado en que se encontraban las personas y trabajadores les otorgó fuerzas y adhesión a los movimientos reformistas de la época, y fue considerado

de tal importancia que pasó a la discusión política, incluidas constantes referencias a la situación material de las personas en el proceso constituyente de 1925.

V. Elementos consolidados por la constitución de 1925 al futuro

1. Presidencialismo

"Jefe Supremo de la Nación", es el tajante concepto que utiliza la Constitución de 1925 para referirse al cargo del Presidente de la República, cargo de elección popular directa que duraba 6 años[4] y tendría como encargo dirigir los destinos de la nación. La elección de palabras que realiza esta Constitución nos permite ilustrar claramente el papel que tomaría la figura del Presidente en los años venideros, con un quiebre total del parlamentarismo de facto que se venía experimentando hasta el año 1925.

Hans Kelsen, que no se encontraba ajeno a los vaivenes de la política del continente americano, llego a categorizar la Constitución como una que cuyas disposiciones "conducen desde ahí hasta muy cerca de las fronteras de aquella forma que hoy se acostumbra a denominar una dictadura"[5]. En su lúcido análisis, destaca la influencia legislativa del Presidente de la República, con su veto suspensivo solo superable con la mayoría de dos tercios en ambas cámaras, e incluso la posibilidad de convocar a referéndum en materia de reformas constitucionales para rendir inservible la mayoría calificada del Congreso, su amplia capacidad reglamentaria, y el establecimiento en términos generales de las prerrogativas del Presidente de la República.

Consideramos que esta influencia de la Constitución de 1925 es evidente en la historia reciente del país, pues posteriormente a la Constitución de 1925 el régimen presidencialista ha estado presente de una u otra forma como la forma de organizar el gobierno de Chile.

2. Estado Laico

En la Constitución de 1925, se reflejó el Estado Laico con la siguiente disposición:

"(…) La manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público". Artículo 10 numeral 2 de la Constitución de 1925.

A la actualidad, consideramos que esta proyección de la Constitución de 1925 es una de las más estables en el tiempo y con una gran posibilidad de mantenerse así, pues la tendencia mundial de los Estados en las últimas décadas consiste en la configuración de los Estados como un Estado Laico. Este asunto, al menos en lo que respecta a Chile, no es uno que exista mucha discusión en el sentido de buscar su regreso a un Estado Confesional, ni se han realizado propuestas en la ciudadanía o en el mundo político que tengan como objetivo lo anteriormente planteado. Por aquello, lo más probable es que el Estado Laico sea una característica que se mantendrá en la futura tradición constitucional chilena.

3. Seguridad Social

La Constitución de 1925 presenta la seguridad social de la siguiente forma:

"La proteccion al trabajo, a la industria, y a las obras de prevision social, especialmente en cuanto se refieren a la habitacion sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfaccion de sus necesidades personales y a las de su familia." (sic). Artículo 10 numeral 14 de la Constitución de 1925.

Esta novedad de la Constitución de 1925, que agrega a las libertades de la Constitución de 1833 estas garantías de mínimas condiciones de vida, es un punto de proyección de la Constitución de 1925 a la actualidad, pues fue una novedad que ingresó a la tradición constitucional que ha tenido ecos hasta el día de hoy.

VI. Proceso constituyente iniciado el año 2019

Previamente y durante el proceso constituyente se han elevado voces de diversos círculos, escuelas de pensamiento y disciplinas que de todas formas resultan de interés al análisis histórico y jurídico de la tradición constitucional del país, pues han surgido voces en la tribuna pública que sugieren utilizar como base la Constitución de 1925 para la elaboración de una nueva Constitución del país, lo que ha provocado una interesante discusión en el ambiente académico.

La Constitución de 1925 logró hacerse un espacio en el ámbito del debate académico respecto al futuro de la Constitución de la República. Existen visiones a favor y en contra de su utilización como base para el futuro proyecto constitucional. Los argumentos a favor los podemos resumir en una percibida mayor legitimidad, continuidad de la tradición constitucional y una percibida calidad del texto con el que se podría trabajar. Las visiones en contra sostienen, a grandes rasgos, que la percibida legitimidad de origen no es un punto correcto dada la situación política del país en ese entonces, que corresponde a un texto anticuado con disposiciones anacrónicas y que sería mejorar trabajar con la base del régimen constitucional actual. Cabe mencionar, que en la actualidad no existen propuestas dentro de la Convención para utilizar de alguna u otra forma el texto de 1925 como base.

VII. Conclusiones

A partir de la investigación realizada consideramos que no se justifica la falta de atención historiográfica en lo relacionado a la Constitución de 1925, pues consideramos se ha escrito una reducida cantidad sobre la misma a pesar de la gran importancia que tuvo para la tradición constitucional chilena. Para la relevancia que tuvo la misma en sostener y mantener importantes instituciones que marcarían la historia de Chile, directamente, por más de medio siglo, e indirectamente, hasta el día de hoy. En el trabajo demostramos, a través de la investigación de fuentes materiales y formales, que la Constitución de 1925 es un texto jurídico cuyas normas y circunstancias de promulgación merecen especial atención.

Como analizó en su momento Gustavo Zagrebelsky, "la dimensión histórica del derecho constitucional no es entonces un accidente anecdótico" [6] Y a través de esta investigación, se demostró que la Constitución de 1925 efectivamente es uno de los pilares jurídicos de mayor relevancia en la historia de nuestro ordenamiento, pues la proyección de esta aún se hace sentir, ya a poco más de 95 años desde su elaboración.

VIII. Bibliografía del resumen (consultar trabajo base para bibliografía completa)

CORREA, Sofía, FIGUEROA, Consuelo, JOCELYN-HOLT, Alfredo, ROLLE, Claudio, VICUÑA, Manuel, *Historia del siglo XX chileno* (6ª edición, Santiago de Chile, Sudamericana, 2015), pp. 18-19

CORREA, Sofía, FIGUEROA, Consuelo, JOCELYN-HOLT, Alfredo, ROLLE, Claudio, VICUÑA, Manuel, cit. (n.1), pp. 20

KELSEN, Hans, *Observaciones sobre la constitución chilena*, ahora, en SQUELLA, Agustín (editor), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Traducción de Joaquín García-Huidobro, Valparaíso, EDEVAL, 1920), XX, p. 643

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución* (2ª edición, traducción de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2011), p. 91

Ley N° 2951

Artículo 62 de la Constitución de 1925

ORIGEN HISTÓRICO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY*

Maximiliano Sapiain Núñez.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

El año 2021 es un momento histórico para Chile, la actualmente vigente convención constitucional es la instancia para revisar y cuestionar las instituciones jurídicas que han dominado el panorama jurídico como político de las ultimas 4 décadas.

Con la convención constitucional recién funcionando, evidentemente hay poca claridad respecto a cuáles serán las decisiones a las que se arribara, y, por ende, a que instituciones integrarán la nueva constitución. A pesar de esto, hay relativo consenso respecto a ciertas discusiones que necesariamente tendrán lugar al interior de la convención. Uno de los temas que con bastante certeza tendrá lugar en el debate constitucional es precisamente el de la protección del texto que se aprobara, es decir, la vieja discusión sobre el guardián de la constitución.

En nuestro país, la discusión respecto a la forma de resguardar la vigencia de la constitución tiene un matiz especial, que viene dado, por la forma en la que se ha desarrollado la justicia constitucional en Chile, y principalmente, con la asimilación del Tribunal Constitucional con el sistema establecido por la constitución de 1980 como uno de esos mecanismos que, en la práctica, fue de las principales herramientas para limitar los cambios jurídico-sociales. Desde esta perspectiva, al menos para un sector importante del país, el Tribunal Constitucional representa uno de los principales mecanismos de neutralización política, y junto al extinto sistema binominal, y al sistema de quórums, una de las instituciones jurídicas más criticadas de nuestro país.

Las críticas al Tribunal Constitucional en nuestro país han ido orientadas principalmente, a su rol como una especie de "tercera cámara", es decir, un órgano colegiado, no electo democráticamente, pero que, en la práctica, tiene la facultad de decidir asuntos de vital importancia, aun por sobre la voluntad del parlamento. El problema se amplifica, cuando vemos que además esta "tercera cámara" ha sido utilizada como una forma de frenar ciertos cambios e iniciativas políticas impulsadas por determinados sectores políticos. Estas críticas se han visto complementadas con análisis históricos de la figura del Tribunal Constitucional en nuestro país, análisis que han concluido que las críticas que genera el Tribunal Constitucional son un firme reflejo de la historia de su evolución, principalmente en lo relativo a su creación en la dictadura, y a su modificación con la vuelta a la democracia.

El problema, en mi opinión, es que limitar los problemas del Tribunal Constitucional ha su desarrollo y evolución en la historia nacional puede llevar a reducir el análisis crítico del mismo.

La pregunta es ¿Los problemas de la justicia constitucional en Chile, se deben a causas propias de nuestro sistema? O por el contrario, ¿hay una causa subyacente a la justicia constitucional misma? Personalmente planteo que los problemas que han sido característicos de la justicia constitucional en Chile, principalmente a partir de la figura del Tribunal Constitucional,

* **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

responden a la forma en la que hemos comprendido a la justicia constitucional, que es a su vez un reflejo, de las circunstancias tanto teóricas como políticas que se encuentran en la raíz histórica de la institución.

Por lo mismo, es que el objetivo de esta ponencia es mostrar como la crítica realizada al Tribunal Constitucional chileno, forma parte del llamado problema contramayoritario del Judicial Review, y como este a su vez, responde a problemas inherentes a la justicia constitucional ya desde el momento de su creación como respuesta a circunstancias teóricas y políticas de la época.

Para esto, es que analizaré brevemente los principales postulados de la crítica contramayoritaria, para luego centrarme en las circunstancias históricas del establecimiento de la justicia constitucional en Estados Unidos, Francia y Austria.

1)BREVE REFERENCIA AL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.

En el constitucionalismo moderno la crítica al control de constitucionalidad de la ley nace de una frase acuñada por Bickel, quien señala que *"la raíz de la dificultad es que el judicial review es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema"* [1]. De la mano de esta expresión, acuñada por Bickel, gran parte del debate constitucional moderno ha girado en torno al a dificultad contramayoritaria del control judicial de constitucionalidad de la ley.

Como señalaré mas adelante, al analizar los antecedentes históricos teóricos del problema, las criticas democráticas o contramayoritarias a las distintas formas de control de constitucionalidad, no apuntan al control formal de la ley, sino que, al control material de la ley, y principalmente, a cuando dicho control material apunta o se sustenta en principios o derechos de naturaleza abstracta, por el problema interpretativo que conlleva determinar el contenido material de una norma de este tipo.

En este tipo de conflictos de naturaleza abstracta, y aún más, moral, los desacuerdos en una sociedad democrática son perfectamente legítimos. De la legitimidad de estos desacuerdos surge precisamente el carácter moral que hay en la igual consideración de los sujetos para decidir democráticamente la forma en la que se resolverá un desacuerdo legítimo. En una sociedad como la chilena, la forma de resolver estos desacuerdos legítimos es a través de la democracia representativa, es decir, por los miembros electos del parlamento. El problema contramayoritario de una institución como el Tribunal Constitucional, es que un desacuerdo que moralmente debiese ser resuelto de manera democrática, es resuelto por un órgano sin representación democrática, que, a su vez, recurre internamente a una metodología democrática de decisión. Lo paradójico, es que, en un órgano técnico jurídico como el Tribunal Constitucional, la aplicación de la regla mayoritaria ya no responde a una justificación moral, y a su vez, dificulta justificar el carácter de solución correcta (en términos de correspondencia constitucional) de la decisión adoptada. Precisamente en este sentido es que argumenta Jeremy Waldron al señalar que "*La DM es adecuada para personas que tienen una exigencia moral de insistir en ser consideradas como iguales en algún proceso de toma de decisiones. Pero no puedo observar fundamentos morales para esta exigencia en*

[1] BICKEL, Alexander, *the Least Dangerous Branch* (2ª ed., Yale University Press, New Haven, 1986), p.16

el caso de los jueces de la corte suprema. Ellos no representan a nadie. Su demanda de participación es funcional, no una cuestión de estar autorizados por personas a las que representan"[2]

En resumidas cuentas (por no ser el análisis del problema mayoritario el tema central de esta ponencia), la critica apunta a la carencia de legitimidad democrática que aleja la resolución de controversias legitimas de la resolución democrática por el pueblo. El tema es, que este problema no responde a un error en la concepción de la justicia constitucional, si no que precisamente responde a los orígenes teóricos y políticos presentes al momento de crearse la justicia constitucional.

2) Estados Unidos.

El origen del control judicial de constitucionalidad de la ley, se remonta al siglo XVIII en los Estados Unidos, y si bien tiene su expresión teórica más conocida en El Federalista[3] y su máxima expresión concreta en el reconocido caso de Marbury vs Madison, es el resultado de una serie de procesos y circunstancias históricas especiales, que hicieron propicio el ambiente político para la instauración de un poder judicial fuerte, con amplias facultades de revisión y control. De esta manera autores como Gotffried Ditze[4] entienden que el surgimiento del control de constitucionalidad, es una reacción a las condiciones materiales históricas del momento, y que por lo tanto, no es una casualidad que su surgimiento se haya dado en un país joven, que se encontraba en proceso de organización de la república y no en alguno de los países europeos de larga tradición jurídica.

Lo importante ahora, es analizar cuáles eran esas específicas condiciones materiales que propiciaron la instauración de la institución del control judicial de constitucionalidad de la ley. En primer lugar, se hace necesario situarse en el momento constituyente norteamericano. Como su nombre lo indica, los Estados Unidos de Norteamérica, son precisamente un conjunto de estados, herederos de la vieja organización colonial impuesta bajo el periodo de control del Imperio Británico.

Lo anterior, provoca que al momento de declararse la independencia de las colonias norteamericanas respecto al Imperio Británico, la estructura de la organización política de la época no se viera radicalmente afectada, en un principio, en relación al sistema anterior, de tal manera que la influencia de las asambleas locales sobre la política de la confederación siguió siendo notable en los primeros años de gobierno independiente. Lo relevante es en este punto, la forma de proceder de dichas asambleas locales, que se encontraban estrechamente vinculadas a la voluntad de la mayoría, *"las cámaras de representantes funcionaban como eficaz caja de resonancia de los más graves problemas de la época. Una de las causas de este fenómeno es que dichas legislaturas aparecían permanentemente acosadas por organizaciones populares relativamente eficientes y representativas".*[5] De esta manera, la sociedad civil norteamericana buscó formas de agruparse y organizarse, de tal modo, que lograron identificar los intereses comunes al interior de cada uno de los estados y articular

---

[2] WALDRON, Jeremy, cit(66) p.201

[3] HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, *El Federalista.* (Madrid: Ediciones Akal,2015)

[4] *DIETZE*, Gottfried, AMERICA AND EUROPE. DECLINE AND EMERGENCE OF JUDICIAL REVIEW*, (*Virginia Law Review, s.f), p. 1241. "R*esumiendo las razones para el establecimiento de la revisión judicial en Estados Unidos y su rechazo en Europa, podemos decir, ¡primero que todo! que derivan de las condiciones que existían en las diferentes sociedades en el tiempo de sus respectivas revoluciones y reformas".* En *FERNÁNDEZ,* Francisco, *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*, en revista Pensamiento Constitucional, 4(1997)4, p.168.

5 GARGARELLA, Roberto, *La Justicia Frente Al Gobierno.* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012) p.36

formas organizadas de generar presión política sobre las respectivas asambleas legislativas, produciendo el efecto de tener asambleas legislativas que eran voceras de la voluntad del pueblo, bajo el amedrentamiento de la presión popular, representada a su vez, por las distintas asambleas locales..

La época de la historia norteamericana que estamos analizando, se caracteriza por una gran cantidad de conflictos surgidos como repercusiones de la guerra de independencia, que tenían su principal expresión en el conflicto entre los acreedores que recurrían al poder judicial para hacer efectivo su derecho de acreencia, y los deudores que recurrían a las asambleas legislativas para conseguir que se promulguen normas que autoricen la emisión de papel moneda, que les permitiría cumplir con sus obligaciones. *"Reconociéndose como los más castigados durante la guerra, y también después de ella, los endeudados campesinos decidieron movilizarse en busca de algún remedio a su situación. En ningún caso, sin embargo, pidieron la anulación o el perdón de sus deudas. Solo querían evitar la obligación de pagar en efectivo, ya que carecían de «moneda dura» y no estaban dispuestos a seguir vendiendo bienes para encontrarla."*[6]

Lo importante de aquella situación, es que desembocó finalmente en la rebelión de Springfield, que fue un intento de los deudores de la ciudad de obstaculizar el correcto funcionamiento de los tribunales de justicia, a través de revueltas organizadas por Daniel Shays, las que debieron ser reprimidas por las tropas nacionales norteamericanas. La magnitud del incidente provocó, que las asambleas legislativas de los distintos estados, decidieran tomar medidas legislativas a favor de los deudores para evitar futuras situaciones como la acontecida en Springfield. De todos los estados en los que las asambleas legislativas se pusieron al servicio de los deudores, el caso más significativo es el del estado de Rhode Island, donde se llegó al punto de que la comunidad logró elegir a uno de los suyos como gobernador, el cual obviamente, desarrolló un plan de gobierno orientado casi exclusivamente en apoyar a los suyos *"En efecto, en 1786 los deudores eligieron a Jonathan Hazard (quien actuaba como su principal portavoz) como gobernador de Rhode Island. Su programa de gobierno consistía casi íntegramente en medidas tendentes a aliviar los problemas de la deuda, que comenzaron a ser aplicadas tan pronto como Hazard accedió al poder. En Rhode Island, no solo se emitió moneda, sino que se dispusieron multas para aquellos que se negasen a aceptar dicho circulante. Más aún, se estableció que los jueces debían convocar públicamente a los acreedores que se negasen a recibir la nueva moneda, y dar las obligaciones por canceladas, en caso de que aquellos persistiesen en su negativa."*[7]

La situación acontecida en estos estados, dejó perpleja a una clase dirigente norteamericana, que veía como sus propias instituciones se tornaban en su contra, el problema era, que contrario a lo sucedido en el caso de la rebelión de Springfield, en el que la falta de legitimidad del curso de acción tomado por los ciudadanos, permitió el tomar medidas como la represión de las manifestaciones por parte del ejército, en este caso, los deudores habían logrado objetivos de manera legítima siguiendo el cauce institucional. Esta situación, provoco una serie de reacciones de temor dentro de la clase dirigente política y económica, dado que *"era la fuerza de la misma ley de los estados, y no la anarquía o la ausencia de leyes, lo que estaba afectando a las nuevas repúblicas"*[8]

De esta manera, la situación contextual norteamericana de la época sumaba dos rasgos de vital importancia, en primer lugar, se encontraba en un momento constituyente originario, en el que

---

[6] Ibíd, pp. 38-39

[7] Ibíd, p. 41

[8] WOOD, Gordon, The Creation of the American Republic, (, Nueva York, University of North Carolina Press, 1969), pp. 405-406, en FERNANDEZ, Francisco, cit (5), p.42.

por lo tanto, no tenían que sujetarse al peso de largas tradiciones constitucionales, en otras palabras, eran libres de decidir el método de organización que más les acomode en base a sus intereses, lo que explica porque fue más fácil la adopción de este modelo de control judicial en Norteamérica que en Europa "*En América, como apareció el órgano antes que la función era preciso rodearlo de seguridades a fin de que, permaneciendo inalterable, el proceso funcional marchara siempre por los mismos cauces hasta conseguir que si en algún momento el órgano desaparecía, la misma inercia de la función originara otro nuevo igual, o más perfecto quizá. En Europa, los pueblos contaban con un viejísimo historial (...); se hallaba arraigado en la conciencia el hecho de ser causa de sí, de regirse libremente (...). Las Constituciones no fueron por tanto sino cambios más o menos bruscos en su organización interna (...). No eran, pues, apremiantes e imprescindibles las garantías de inalterabilidad."*[9]

El segundo elemento, como acabamos de ver, es el resquemor surgido en la clase dirigente norteamericana a que la influencia del pueblo en las asambleas legislativas desembocara en una dictadura de las mayorías. Las mayores expresiones de estas ideas, se encuentran en las páginas de El Federalista, texto político, escrito por algunas de las mentes más importantes de la clase dirigente norteamericana. En el Federalista N°10, podemos encontrar un ejemplo representativo del sentir de la clase dirigente. En este texto Madison presenta una argumentación, a favor del estado Federal, pero lo que nos interesa para objeto de este trabajo, son los argumentos que presenta en contra del actuar mayoritario.

Madison señala al comienzo del Federalista N°10, que los críticos del gobierno lo atacan, argumentando que algunos de los problemas más grandes del estado, son el resultado de acciones del mismo gobierno. Frente a esta crítica, Madison responde que si bien es cierto, que los principales problemas del estado emanan del mismo gobierno, esto se debe a la existencia de facciones al interior del mismo. "*Por facción entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto."*[10].Basados en este concepto de facción, podemos ver que las facciones más identificables del periodo, son la de los deudores y la de los acreedores, siendo de las dos la que más preocupaba tanto a Madison, como al resto de la clase dirigente norteamericana, la de los deudores.

La crítica que Madison realizaba en contra de los sistemas mayoritarios, iba orientada a defender el estado federal, que en su opinión podía resolver los problemas que emanaban del mayoritarismo, sin embargo esta misma argumentación fue utilizada por la clase dirigente norteamericana, como una forma de argumentar en contra del rol de las clases deudoras en la toma de las decisiones por la vía mayoritaria. *"la forma de argumentar madisoniana suministró una satisfactoria y persuasiva ideología, destinada a proteger a las minorías con riqueza, estatus y poder, que desconfiaban de sus más encarnizados enemigos —los artesanos y granjeros inferiores en riqueza, estatus y poder— que —según ellos— constituían las mayorías populares"*[11]

Madison argumenta que cuando las asambleas legislativas resuelven basados en pretensiones particulares, lo que realmente están haciendo es utilizar al poder legislativo como juez. *"Ningún hombre puede ser juez en su propia causa, porque su interés es seguro que privaría de imparcialidad a su decisión y es probable que también corrompería su integridad. Por el mismo motivo, más aún, por mayor razón, un conjunto de hombres no puede ser juez y parte a un tiempo; y, sin embargo, ¿qué son los actos más importantes de la legislatura sino otras tantas decisiones judiciales, que ciertamente no se refieren a los derechos de una: sola persona,*

[9] ALVARADO, Jorge *El recurso contra la in constitucionalidad de las leyes* (Madrid, editorial Reus, 1920), p.81.
[10] HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, cit (4), p.47
[11] DAHL, Robert, *Un Prefacio A La Teoría Democrática* (Argentina, Grupo Editor Latinoamericano, 1989),p.31

pero interesan a los dos grandes conjuntos de ciudadanos? ¿Y qué son las diferentes clases de legislaturas, sino abogados y partes en las causas que resuelven? ¿Se propone una ley con relación a las deudas privadas? Es una controversia en que de un lado son parte los acreedores y de otro los deudores. La justicia debería mantener un equilibrio entre ambas. Pero los jueces lo son los partidos mismos y deben serlo; y hay que contar con que el partido más numeroso o, dicho en otras palabras, el bando más fuerte, prevalezca"[12].

De esta manera, Madison identifica el problema, en las facciones, que actúan a través de los procesos mayoritarios, principalmente a través de órganos legislativos, de manera imparcial y contraria a los ideales de justicia, toda vez, que estos intentan imponer sus intereses corporativos, por sobre el bienestar común. Es por esto que frente al problema, afirma que "*La conclusión a que debemos llegar es que las causas del espíritu de facción no pueden suprimirse y que el mal sólo puede evitarse teniendo a raya sus efectos* [13]". La solución planteada por Madison, es el gobierno Republicano Federal, no obstante, lo importante de la visión de Madison, es que a pesar de que su solución va orientada a un tipo de organización estatal, la lógica presente en su argumentación, es la lógica del temor a las mayorías, temor que es precisamente el que lleva posteriormente a adoptar el control judicial de constitucionalidad, es decir, Madison más que ser un antecedente teórico, sirve para demostrar el sentir del pueblo norteamericano frente a las mayorías.

En el mismo Federalista, se encuentra el que es probablemente, el antecedente teórico más importante de la institución en los Estados Unidos, en El Federalista 78, Hamilton argumenta sobre cuáles deberían ser las facultades del poder judicial al interior de la Federación, lo fundamental, para objeto de este trabajo, es la elocuente defensa que hace del control judicial de constitucionalidad, sobre todo por la vigencia con la que se ha mantenido en ciertos sectores la argumentación de Hamilton. Su argumento a favor del poder judicial, comienza con una declaración fundamental, Hamilton analiza las limitaciones que se deben imponer al interior de la federación a las mayorías, por lo que en este texto, analiza el cómo se deberán imponer dichas limitaciones. Al respecto señala que *"Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta."*[14] Lo importante de este texto, no es solo el hecho de que Hamilton señale que es el poder judicial el órgano encargado de resguardar la integridad de la constitución, sino que este va más allá, y logra identificar inmediatamente, la principal crítica que se esgrimirá contra el control judicial de constitucionalidad. Efectivamente, Hamilton advierte de manera temprana que la institución por él defendida, tiene un problema para justificar su legitimidad, toda vez, que entrega a un órgano no electo democráticamente la facultad de anular decisiones de órganos representativos. A estas críticas, Hamilton responde señalando que "*Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la ultima de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son."*[15].

La teoría de Hamilton encuentra su consagración en materia jurisdiccional en el caso Marbury vs Madison, sentencia en la que el juez Marshall señaló que *"hay sólo dos alternativas—demasiado claras para ser discutidas—: o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos*

[12] HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. cit (4) p. 48
[13] Ibíd,p.49
[14] Ibíd, p.295
[15] Ibíd, p.296

medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero sí en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza". [16]

Cabe recordar que el sistema jurídico norteamericano, se define en gran medida por las sentencias emanadas de la Corte Suprema, por lo anterior y sumado al a falta de consagración constitucional expresa del control judicial de constitucionalidad de la ley, es que ciertos autores han señalado que el poder judicial ha usurpado dicha facultad[17]. No obstante esto, estudios como el de Barnet[18], demuestran la existencia de antecedentes del control judicial de constitucionalidad de la ley, muchos años antes de Marbury vs Madison. A pesar de esto, el fallo de Marshall fue el que dio inicio a las críticas respecto a esta función siendo uno de los ejemplos históricos más importantes la crítica realizada por Tomas Jefferson[19],para quien, ninguna norma de la carta constitucional de los Estados Unidos autorizaba al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino que el sistema de frenos y contrapesos consagrado en la constitución, autorizaba al poder judicial a decidir las controversias sujeta a su decisión, correspondiendo la función normativa al ejecutivo y al legislativo, por tanto, el adoptar una postura como la planteada por Marshall rompe el sistema de balances de la constitución y le da al poder judicial unas facultades que lo vuelven un poder despótico.

Un último ejemplo de la crítica contra el control judicial de constitucionalidad de la ley en los Estados Unidos, es la realizada por el presidente Lincoln, quien señaló que *"el ciudadano común debe confesar que si la política de gobierno respecto a cuestiones vitales, que afectan a todos, va a ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Corte Suprema, en el instante en que son emitidas en litigios comunes entre partes actuando en causa propia, el pueblo habrá dejado de ser soberano y habrá resignado prácticamente su gobierno en las manos de ese eminente tribunal"* [20]*,*

Como vemos, la creación del Judicial Review en Norteamérica, responde a una intención manifiesta de limitar la capacidad de las clases sociales de mas escasos recursos de participar de manera activa en la política nacional. La crisis entre los acreedores y deudores viene a poner en entredicho la capacidad del incipiente gobierno norteamericano de autorregular su nuevo país de la manera que ellos querían, al contrario, dejaba de manifiesto que una democracia estructurada a partir de un fuerte poder de las asambleas locales podía llevar a que el pueblo tomara decisiones radicalmente contrarias a lo que, ellos consideraban, eran los intereses nacionales. El mismo Hamilton justifica en su crítica al concepto de facciones, que no es idóneo

---

16 Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

17 MELONE, Albert, MACE, George, *Judicial Review and American Democracy*,(Iowa, Iowa State University Press, Ames, 1988) pp.65-73 en GARCÍA-MANSILLA, Jorge, *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos,* Exposición en Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008, s.l., p.311

18 BARNETT, Randy, *The Original Meaning of the Judicial Power*, en Supreme Court Economic Review, 12(2004) p. 115, en GARCIA-MANSILLA, Jorge, cit (18),p.311

19 Carta del 11 de septiembre de 1804 publicada en Bergh, Albert Ellery (ed.), Writings of Thomas Jefferson, 12,(Washington D.C, Thomas Jefferson Memorial Association, Washington),1903, pp. 49-53, en GARCIA-MANSILLA, Jorge, cit(18), p.311

20 VAN DOREN, Philip (ed.) *The Life and Writings of Abraham Lincoln*, (The Modern Library, New York, 1940), pp. 653 y 654, en Garcia-Mansilla, Jorge, cit (18), p.313.

para el interés de la república dejar en manos del pueblo, y de la democracia, por ende, la resolución final de ciertas materias.

De esta manera, vemos que en los orígenes históricos del Judicial Review, al menos en lo que a su vertiente estadounidense se refiere, hay una fuerte desconfianza a la idoneidad de la democracia como mejor método de toma decisiones, y que precisamente de esta desconfianza nace la necesidad de vigilar las decisiones del pueblo, por un órgano que no pertenece a estas "facciones".

Si comparamos, la intencionalidad presente en los orígenes del constitucionalismo norteamericano con lo que acontece en nuestra realidad nacional, podemos evidenciar que el funcionamiento del Tribunal Constitucional como una "tercera cámara" que revisa las decisiones tomadas por los órganos democráticos, es del todo coherente con esta desconfianza.

2) EL CASO EUROPEO.

La evolución histórica del control judicial de constitucionalidad de la ley en Europa, sigue un camino radicalmente distinto al tomado por los norteamericanos. Como ya señalamos al principio de este capítulo, la explicación se encuentra en las circunstancias históricas y en la idiosincrasia de cada continente.

Si bien es imposible, dada la naturaleza de este trabajo, analizar con profundidad todos los hitos históricos relacionados con la materia, si analizaremos casos históricos que representan algunas de las posturas paradigmáticas a favor o en contra de la revisión de constitucionalidad de las leyes. Dentro de estas experiencias, analizaremos en primer lugar, el caso de la Francia Postrevolucionaria, por ser uno de los ejemplos más claros de rechazo histórico a la figura, inspirado en una firme confianza en la voluntad general de la nación y en el principio de la separación de los poderes del estado. Por otra parte, analizaremos los cambios que surgieron en la materia en la postguerra, principalmente el caso Austriaco, donde tendrá una importancia vital la discusión entre Kelsen y Schmitt.

I) Francia postrevolucionaria:

En el caso de la Francia Postrevolucionaria, resulta de vital importancia, analizar tanto las circunstancias ideológicas como políticas del momento. El contexto histórico, que se vivía en Francia, era radicalmente contrario a la experiencia estadounidense. Mientras en el caso de estos últimos, la creación de la facultad de controlar la constitucionalidad de la legislación por los jueces, se encontraba estrechamente relacionada con la voluntad de la clase dirigente (quienes llevaron adelante el proceso constituyente) de evitar un exceso de poder de las asambleas legislativas, controladas principalmente por las clases populares. En el caso francés, ocurría todo lo contrario, la revolución Francesa tuvo como resultado el derrocamiento de una monarquía, que utilizaba a los jueces como extensión de su gobierno, y el establecimiento de un gobierno popular, en el que el ideal democrático era extremadamente fuerte, por lo que cualquier limitación a la voluntad de la Asamblea General era inconcebible.

El contexto ideológico, se encontraba a su vez, fuertemente influenciado por autores como Montesquieu o Rousseau, lo que hacía prácticamente imposible que se aceptara una institución como la de la revisión judicial, contraria a las teorías por ellos sostenidas. En primer lugar, la

doctrina de la separación de poderes planteada por Montesquieu[21], propone una esfera de actividad e influencia de cada poder, en la que cualquier interferencia de un poder del estado respecto a otro, se entendía como una usurpación de facultades y como una vulneración del principio de separación de poderes.

Precisamente, en base a esta concepción del rol que debía ejercer cada poder del estado, es que Francia adopta en la constitución de 1791 un sistema de control político de la constitucionalidad de las leyes, en la que el trasfondo es precisamente, que el poder judicial no tenga interferencia en el contenido de las leyes *"En el título III de la Constitución de 1791 se explicitaba este principio de estricta separación de poderes. Sobre todo, se dejaba en claro que ni el poder ejecutivo ni el poder judicial podían asumir funciones legislativas"*[22]. La forma de control establecida en la carta constitucional Francesa, fue la del *referé*, figura que estipulaba que en caso de que se recurriera más de dos veces al tribunal de casación sobre una misma norma (lo que era muestra de la oscuridad de la misma), este no podía resolver la cuestión, si no que se encontraba obligado a devolver la disposición a la asamblea legislativa la que debía resolver la controversia de manera vinculante para los tribunales[23], en virtud de esta disposición, en caso de duda interpretativa sobre el sentido y alcance de la norma, se entendía que el facultado para aclarar la interpretación que se debía hacer de la misma, es el poder legislativo, ya que de otra manera el poder judicial se estaría entrometiendo con otro poder del estado, volviéndose un legislador. Más allá, del conflicto entre poderes del estado, que provocaría la decisión de otorgar al juez la decisión final, lo fundamental de este tipo de solución, es el reconocimiento de que en caso de disputas interpretativas, el legitimado es el legislativo.

Incluso, la desconfianza en el poder judicial por su rol en el gobierno monárquico, y la firme creencia en la separación de poderes, llevaron a los revolucionarios franceses a, no solo, oponerse a la posibilidad de que el poder judicial vigile al legislativo, sino que por el contrario, a disponer que el poder legislativo se encargue de vigilar que el poder judicial se mantenga siempre dentro de los límites de lo establecido por la asamblea "*si los magistrados pudiesen sustituir la ley por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que mantenga a los tribunales dentro de los principios de la legislación. ¿Este poder de vigilancia deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este derecho de vigilancia es, por tanto, una dependencia del poder legislativo".*[24]

El otro obstáculo ideológico contra la adopción de una figura como el control judicial, viene de la mano de Jean Jaques Rousseau y su teoría de la voluntad general. El pueblo francés, adoptó una profunda confianza en la voluntad general de la nación, lo que conllevó a la concepción de que el órgano encargado de tomar las decisiones era la Asamblea General por ser el representante legítimo de la voluntad general. "*Es manifiesto que no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general (...), ni si la ley puede ser injusta, puesto que no hay nada injusto*

---

[21] MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes (*Traducción de Mercedes BLÁSQUEZ,Barcelona, Editorial Tecnos, 1996)
[22] GARGARELLA, Roberto, cit (6), p. 114
[23] "Cuando después de dos casaciones, el juez del tercer tribunal sea atacado por la misma vía que los dos primeros, la cuestión no podrá ser discutida ante el tribunal de Casación, sin haber sido sometida al Cuerpo legislativo, que hará un decreto declaratorio de la ley, al que el tribunal de Casación estará obligado a conformarse." Artículo 21, Capítulo V, Titulo 3, constitución de 1791.
[24] ROBESPIERRE, Jean Jaques, cit en BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución* (Madrid, Alianza editorial, 2006) p. 237

con respecto a sí mismo"[25]. De esta manera, del pensamiento de Rousseau no solo se llegó a la concepción de que el encargado de hacer las leyes debía ser el órgano de representación democrática, sino que además, se llegó a la conclusión de que la ley era siempre justa por emanar precisamente de esta voluntad. De esta manera, surge la concepción de la ley como la mayor garantía de libertad del pueblo respecto del soberano,[26]la ley emanada de la Asamblea General, se concibe por lo tanto, como la sumatoria de todas las voluntades individuales, por lo que se entendía es un reflejo perfecto de la voluntad de la nación, lo que hace que deba ser protegida y respetada. "*Todos los individuos asociados tienen el derecho inalienable y sagrado de concurrir a la formación de la ley, y, si cada uno pudiese hacer oír su voluntad particular, la unión de todas estas voluntades formaría una voluntad verdaderamente general, lo que constituiría el último grado de perfección política [...] todas las veces en que es posible a una nación manifestar claramente sus intenciones debe hacerlo, y constituye un crimen oponerse*"[27]

No obstante, a pesar de las ya señaladas razones teóricas y políticas en contra de un control judicial de constitucionalidad de la ley en Francia, es posible constatar que a lo largo de su historia constitucional han presentado varios modelos de justicia constitucional, con la particularidad, que estos se enmarcan dentro de un tipo de control político de la constitución, es decir, le dan a la disputa constitucional el carácter de discusión política y no jurídica, otorgando por tanto la competencia de su resolución a un órgano político.

Esto se debe, a que a pesar del rechazo natural que les producía la figura, las consecuencias prácticas alcanzadas principalmente durante la época del terror de Robespierre, llevaron a algunos teóricos franceses a buscar formas de justicia constitucional, que lograran asegurar el cumplimiento de la constitución, pero que a la vez fueran respetuosas con el principio de separación de poderes y con el respeto a la voluntad general. Esta mezcla de motivaciones, políticas, históricas y teóricas, lleva a que la historia constitucional francesas presente varios modelos de justicia constitucional únicos en relación a los establecidos por el resto de ordenamientos jurídicos.

Un buen punto de partida para analizar estos modelos constitucionales, es el propuesto por Emmanuel Sieyés. El autor en su segundo proyecto sobre la materia[28], propone un sistema de *jurie constitutionnare*, que tendría que cumplir con tres funciones.

"1) Que vele con fidelidad a la guarda o cuidado del depósito constitucional.
2) que se ocupe, cuidándose de las pasiones funestas, de todas las vías que puedan servir para perfeccionar la constitución.
3) Finalmente, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en las graves ocasiones donde la ley tutelar hubiera olvidado su justa garantía[29]"

Del modelo propuesto por Sieyés, se pueden extraer tres funciones fundamentales distintas, en primer lugar, el órgano tendría que cumplir con el rol de cuidar y buscar formas de

---

[25] ROUSSEAU, Jean Jaques, *El Contrato Social* (Barcelona, Herder Editorial, 2013), p. 63-64.
[26]"Francia es el país de gobierno por parte de la asamblea por excelencia, la idea de supremacía legislativa y la glorificación resultante de las normas escritas estaba aquí más firmemente arraigada que en los otros países" DIETZE, G, cit (5) p. 157.
[27]VILLENEUVE, Jérôme Pétion cit. En BLANCO VALDÉS, Roberto. cit (25) p. 22
[28] En el primero proponía un órgano encargado de "Juzgar los reclamos contra cualquier infracción de la constitución, pero esta propuesta no tuvo una gran acogida en el sistema francés"
[29] FERNÁNDEZ, Francisco cit (5) p.185

perfeccionar la constitución, en segundo lugar tenía el rol de velar por el cumplimiento de las normas constitucionales, por último tenía además la función de resguardar ciertos derechos de "equidad natural". En esta dirección va orientada la norma VII de la propuesta, que señalaba que "*Los actos declarados inconstitucionales por el jurado constitucional, serán declarados nulos".* Norma que podría ser identificada, como una de las primeras que otorga a un órgano la facultad de declarar nula una norma identificada como contraria a la constitución.

La propuesta constitucional de Sieyes, se basaba en una específica concepción de la constitución que entendía, que "*Una Constitución - o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada"*[30]. La consecuencia lógica de comprender al texto constitucional como un cuerpo de normas obligatorias, era buscar resguardar la integridad y el cumplimiento de esa norma[31], por lo que termina proponiendo la creación de un tribunal constitucional encargado de velar por el cumplimiento de las normas de la constitución. A pesar de que, los organismos democráticos a los que se sometió a discusión el proyecto, rechazaron con amplia mayoría el proyecto, el mismo sirve como un antecedente de lo que sería el modelo de control de constitucionalidad de las leyes.

Otro ejemplo de modelo de justicia constitucional propuesto por los franceses, es el sistema de control político establecido en el código constitucional del año VIII, que le encargaba el control de constitucionalidad al senado, dotándolo de distintas facultades revisoras *"El Segundo Imperio propiciará, a través de la Constitución de 14 de enero de 1852, a imitación del Código constitucional del año VIII, el restablecimiento de un Senado al que se le encargará velar por el control de la constitucionalidad de las leyes. El Art. 250 de la citada norma suprema definía al Senado como «el guardián del pacto fundamental y las libertades públicas», para, de inmediato, disponer que ninguna ley podía ser promulgada antes de haber sido sometida al Senado. El Art. 260 preveía que el Senado se opondría a la promulgación, entre otras, de las leyes que fueran contrarias o atentaran contra la constitución."*[32], esta figura se aleja enormemente de los controles jurídicos de constitucionalidad adoptados en Norteamérica y en gran parte del resto de la Europa de postguerra, ya que era un control político (principalmente por el órgano encargado de la función), y no contencioso, sino que por el contrario se encargaba de la revisión previa de todas las leyes.

Otro modelo adoptado, es el instaurado por la constitución de 1946, que consagraba la creación de un comité constitucional, órgano compuesto por el presidente de la república, y por miembros de ambos órganos legislativos. Lo más interesante de este órgano es su función, ya que se le encargaba el revisar si es *"que las normas emanadas de la asamblea constituyen una revisión de la constitución"*[33]. El comité, una vez que detectaba que una norma constituía una revisión a la constitución, la reenviaba al parlamento para una nueva deliberación, si la asamblea insistía en la

---

[30] Ibíd. p.188.

[31] "si deseamos dotar de garantía y salvaguardar a la Constitución de un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos -dirá Sieyés- establecer un Tribunal Constitucional en la forma que, en su día, concretaremos" Ibíd., p.187.

[32] Ibíd. p.191

[33] Art.91.– El Comité constitucional está presidido por el presidente de la República. Comprende al presidente de la Asamblea nacional, al presidente del Consejo de la República, a siete miembros elegidos por la Asamblea nacional al principio de cada sesión anual, por representación proporcional de los grupos, y escogidos excluyendo a sus miembros, y a tres miembros elegidos en las mismas condiciones por el Consejo de la República. El Comité constitucional examina si las leyes votadas por la Asamblea nacional suponen una revisión de la Constitución. Constitución francesa de 27 de octubre de 1946

promulgación de la norma, se procedía a una nueva votación, pero cumpliendo con los requisitos para la modificación de la constitución.

Lo interesante de esta última figura, es que busca compatibilizar dos intereses aparentemente contrapuestos. Por un lado, busca resguardar y asegurar la supremacía e integridad de la constitución, pero por otro lado, parece mantener un respeto por los ya señalados principios de separación de poderes y el respeto a la voluntad general. De esta manera, en caso de detectar alguna incongruencia de la ley con la constitución, el comité la reenviaba al órgano legislativo, por lo que se respetaba la separación de poderes, el que luego de deliberar nuevamente sobre el asunto, lo votaba pero de la misma manera que lo hace para modificar la constitución, por lo que se entiende, que la integridad de la misma se encuentra intacta, toda vez que se toma un nuevo acuerdo fundamental en la materia específica, que viene a modificar el anterior.

Si bien este modelo de justicia popular no tuvo en un principio gran influencia a nivel mundial, al analizar la discusión actual encontraremos que muchas de las propuestas del denominado constitucionalismo dialógico van orientadas en una dirección ya abordada por el constitucionalismo francés postrevolucionario, por lo que al analizar el debate moderno en la materia volveremos a referirnos a algunas de las figuras tratadas en este capítulo.

II) Modelo europeo continental, discusión Kelsen-Schmitt

En los estados constitucionales modernos, hay dos modelos de justicia constitucional que han tenido una influencia mayor por sobre el resto, el primero de ellos, es el ya analizado sistema de control difuso norteamericano, el segundo de ellos, y el que ha tenido una mayor aplicación práctica a nivel mundial (por ejemplo en el caso chileno), es el denominado modelo europeo continental. Este modelo, si bien tiene antecedentes en algunos cantones suizos o algunos rasgos compartidos con el sistema alemán, tiene su ejemplo paradigmático en el tribunal constitucional austriaco, inspirado a su vez por el desarrollo teórico del jurista vienés Hans Kelsen.

El modelo de justicia constitucional austriaco, es fundamental para la historia, la teoría y la práctica de la justicia constitucional. En primer lugar, como ya se señaló, gran parte de los tribunales constitucionales modernos se encuentran influenciados por el tribunal austriaco de 1920, por ejemplo, los tribunales constitucionales alemán e italiano, son herederos del tribunal austriaco, que a pesar de algunas modificaciones, mantienen gran parte del modelo original. El segundo aspecto fundamental de este modelo para la historia de la justicia constitucional, viene dado por la importante discusión teórica que sostuvieron a lo largo de una serie de trabajos, el jurista alemán Carl Schmitt con el mismo Kelsen, discusión que analizaremos brevemente en este trabajo por resultar fundamental para entender los argumentos que hasta el día de hoy se utilizan para criticar o defender la justicia constitucional europea constitucional.

Analizaré en primer lugar, por tanto, el modelo original del Tribunal Constitucional Austriaco, para contextualizar la posterior discusión sostenida por Kelsen y Schmitt. El Tribunal Constitucional Austriaco se encontraba regulado en la Constitución Federal Austriaca y en una ley especial que regulaba su composición y funcionamiento. En lo que respecta a la constitución, esta en su artículo 147, consagraba que el tribunal se componía por un presidente, un vicepresidente y el número necesario de miembros, esta norma actualmente dispone que el

número será de 12 miembros titulares y 6 miembros suplentes. En lo que respecta a su formación, originalmente el presidente, el vicepresidente y la mitad de sus miembros eran elegidos por el consejo nacional, mientras la otra mitad era elegida por el consejo federal. Luego de una reforma en 1929 que rige hasta la actualidad, el presidente tiene la facultad de elegir a propuesta del gobierno federal al presidente, el vicepresidente, 6 miembros titulares y 3 miembros suplentes, mientras que el resto de los miembros son elegidos también por el presidente de la republica pero a propuesta del consejo federal y del consejo nacional.

La principal atribución del tribunal constitucional es la de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y sobre la legalidad de los reglamentos. Lo importante, es la centralización de la facultad de revisión de las normas en este órgano, contrario al control difuso de constitucional ejercido por los jueces en estados unidos. (Artículo 140)

El resultado de las decisiones del tribunal, es una sentencia con valor de cosa juzgada, que produce el efecto de anular la norma inconstitucional o ilegal, con efecto vinculante para todos los órganos de la nación. Esta es la otra gran característica del sistema europeo constitucional, en primer lugar, actúa con el efecto de un legislador negativo, en segundo lugar, dicta resoluciones con efecto Erga Omnes, ambas características como veremos, vienen de la doctrina de Kelsen.

En lo que respecta a la legitimación, se encuentran legitimados, el Gobierno Federal, el Gobierno de los Lander, los jueces ordinarios respecto a los reglamentos, y el mismo Tribunal Constitucional que puede actuar de oficio. Además el artículo 144 de la constitución, lo faculta para una vez agotada la vía administrativa, conocer de aquellos recursos contra resoluciones administrativas que atenten contra algún derecho constitucional.

De esta manera, el Tribunal Constitucional Austriaco, se caracterizaba por ser un órgano de control concentrado de constitucionalidad de las normas, que actúa como legislador negativo que dicta normas con efecto erga omnes, y que tiene la facultad de resguardar los derechos constitucionales de los ciudadanos. Precisamente, a continuación analizaremos el trasfondo doctrinal de cada uno de estos elementos, en la elaboración teórica realizada por Kelsen al respecto, y la posterior crítica de Schmitt a los mismos.

Para comprender el debate entre ambos autores, lo primero a lo que hay que hacer referencia, es que ambos tienen distintas concepciones respecto a lo que es la jurisdicción, el derecho y una constitución. Kelsen, es un normativista, y estructura su teoría del derecho en base a la idea de jerarquía entre las normas, por tanto, para Kelsen el derecho no está compuesto por normas iguales en jerarquía, sino que el derecho es una unidad en la que cada norma obtiene su validez, de una norma de grado superior "*cada grado del ordenamiento jurídico constituye, por lo tanto, al mismo tiempo, producción del derecho en relación con el grado inferior y reproducción del derecho respecto del grado superior*"[34]

El que cada norma reciba su validez de adecuarse a una norma de grado superior, le da al derecho "regularidad", en este sentido Kelsen señala que "*La regularidad no es más que la relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del orden jurídico*"[35]. Kelsen al desarrollar las

[34] KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, (México, UNAM, 1974), p. 148
[35]Ibíd. p.197 y ss.

distintas relaciones de correspondencia que se dan al interior de un sistema jurídico, encuentra en la constitución la norma de la que emana la validez de todo el resto de las normas. Es por lo anterior, que él considera que la garantía que da la constitución es "*la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes*[36].

Es importante distinguir dentro del sistema de validez normativa kelseaniano, a dos concepciones de norma fundamental. Por un lado Kelsen hace referencia a constitución como un concepto jurídico normativo para hablar de la norma jurídica fundamental de un estado, por otro lado habla de norma fundamental, como aquella norma presupuesta y no dada, de la que emana toda la validez del ordenamiento jurídico, incluso a la norma fundamental en sentido jurídico normativo.[37]Kelsen, siguiendo con la idea de las garantías que da la constitución, señala que "*La garantía jurisdiccional de la constitución es un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales*."[38].

Corresponde para la teoría de Kelsen entonces, determinar en primer lugar cuando una norma será inconstitucional, a propósito, el vienés señala que "*La inconstitucionalidad de una ley puede consistir no solamente —como aparece a primera vista— en el hecho de que la ley no fue creada de acuerdo con el procedimiento establecido por la Constitución, sino también por el hecho de que ésta tiene un contenido que de acuerdo con la Constitución no puede tener; la Constitución, en efecto, no sólo regula el procedimiento legislativo, sino también, de alguna manera, el contenido de las leyes futuras, por ejemplo, a través de la determinación de directrices, principios, etcétera*"[39]. Siguiendo la lógica argumentativa de Kelsen, tenemos entonces una norma inconstitucional, cuando esta no se ajusta ni formal ni materialmente, a lo estipulado por una norma de grado superior. Corresponde entonces, aplicar la garantía jurisdiccional de la constitución, es decir, aquellas medidas técnicas que buscan asegurar el ejercicio de las funciones estatales. La medida técnica, elegida por Kelsen para resguardar la integridad del sistema normativo, es la nulidad de los actos inconstitucionales. Una vez determinado lo anterior, el siguiente paso es decidir, quien y como, anulara las normas inconstitucionales.

El primer paso que da Kelsen para analizar a quien le corresponde cumplir la tarea de resguardar la constitución, es descartar inmediatamente que esta recaiga sobre algunos de los dos poderes que constituyen el gobierno, el principal motivo, es que argumenta que en la gran mayoría de los casos en los que hay vulneración de la constitución, estos son productos de acciones del poder ejecutivo o del legislativo, por ende, como nadie puede ser juez en su propia causa, no es posible dotar de la facultad de anular actos, al propio órgano encargado de generar estos actos. *"Dado que la Constitución distribuye, en sustancia, el poder entre dos órganos, parlamento y gobierno (en donde por "gobierno" debe entenderse al órgano compuesto por el jefe del Estado y por los ministros que refrendan sus actos), existe necesariamente, ya por ese mismo hecho, un antagonismo permanente entre el parlamento y el gobierno. Y el peligro de que la Constitución sea violada nace sobre todo de la posibilidad de que alguno de los dos órganos sobrepase los límites que la Constitución les ha asignado. Por el hecho de que en los casos más importantes de violaciones a la Constitución, el parlamento y el gobierno son partes en causa, resulta*

---

[36] Ibid. p.198
[37]Ibíd. p.200
[38]Ibíd. p.198
[39]La garantía giurisdizionale della costituzione", en, "La giustizia costituzionale, (Milán, Giuffrè, 1981) p. 246. Cit.en CÓRDOVA Lorenzo. *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad de Kelsen y Schmitt* en cuestiones constitucionales, 5(2006) p.54

oportuno hacer decidir de esa controversia a un tercer órgano que esté fuera de ese contraste y que sea del todo ajeno al ejercicio del poder que la Constitución reparte esencialmente entre el parlamento y el gobierno".[40]

Kelsen, señala entonces, que la mejor opción es entregar la tarea de resguardar la constitución a un órgano autónomo a cualquiera de los 3 poderes clásicos, de tal manera, que se mantenga el balance entre ellos. Además sostiene, que la tarea de anular una disposición por ser inconstitucional, es distinta a la *judicial review* norteamericana, toda vez, que cuando el órgano ad hoc defendido por él, anula una norma, en realidad está realizando una labor legislativa, esta labor legislativa se caracteriza por ser una legislación negativa, en la que el tribunal constitucional, lo que hace, es una vez identificada la inconstitucionalidad de una norma, es dictar una norma con carácter general y con efecto erga omnes, esto es, la anulación de la norma revisada.

Si bien modelo de justicia constitucional de Kelsen tuvo una gran acogida por los distintos sistemas europeos, no estuvo exento de críticas, siendo la más destacada la de Carl Schmitt. Para entender el debate sostenido entre estos autores, lo primero a lo que es necesario hacer referencia es a las distintas posturas sostenidas por cada uno en temas fundamental. En primer lugar, la visión sostenida por Schmitt respecto a la naturaleza y a la función de la constitución, es totalmente distinta a la mantenida por Kelsen. Schmitt sostiene una diferenciación de distintos conceptos de constitución,[41] con la palabra constitución, podemos referirnos según el alemán; a constitución en sentido absoluto, es decir, aquella concepción de constitución que se enfoca en un todo unitario; constitución positiva, como aquel conjunto de decisiones sobre la forma y el modo de la unidad política; e ideal, como aquella concepción orientada a un cierto contenido específico esperado en la constitución.

Para Schmitt la concepción de constitución defendida por Kelsen, es absoluta, es decir, entiende a la constitución como un todo, solo que la concepción de Kelsen de ese todo, es según Schmitt meramente normativa, que entiende que la unidad es la suma de las normas jurídicas, de tal manera, que la concepción absoluta de Kelsen, al no integrar conceptos de derecho natural *"se ha relativizado hasta convertirse en concepto de ley constitucional en concreto"*[42].

Schmitt en cambio, sostiene que hay que distinguir entre las normas y la existencia jurídica del estado, por ende, Schmitt distingue entre constitución y ley constitucional. Para el, la ley constitucional presupone una constitución anterior, que a su vez surge del poder constituyente, entendido como "*voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo"*[43]. En base al concepto de poder constituyente, Schmitt señala que la validez de la constitución no proviene de una norma superior, sino que surge de un ser político que toma una decisión fundamental respecto a la unidad y existencia política del estado.

Estas diferentes concepciones de la naturaleza de la constitución, traen aparejadas distintas concepciones sobre su protección. Mientras Kelsen, tiene una visión normativista de la constitución y plantea que su protección debe ser a través de un órgano técnico jurídico, Schmitt concibe a la constitución principalmente como un texto político. Por lo anterior, entiende que mientras los tribunales pueden controlar la legalidad de las leyes en relación a la ley

[40]KELSEN. Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?,* (Madrid, editorial Tecnos, 1995), pp. 269-270.
[41] SCHMITT, Carl, *Teoría De La Constitución.* (Madrid: Alianza Ed, 1996.)
[42] SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución*, (, Madrid, Tecnos, 1983). p.36
[43]KELSEN, Hans, cit (35) p. 87.

constitucional, no pueden proteger a la constitución entendida como la existencia política del estado.[44]

En base a esta misma diferenciación entre ley fundamental y constitución, Schmitt entiende que cuando Kelsen propone que un tribunal sea el encargado de proteger la constitución, lo que está haciendo es politizar la justicia, y no judicializar la política. [45]La crítica va orientada, al error en el que cae Kelsen (según Schmitt) de analizar a la constitución solo desde la perspectiva de la ley constitucional, es decir, desde el punto de vista de las ficciones que vienen dadas por las normas, y no por el contenido de las normas, una concepción como esta, y la judicialización de la protección de la constitución, traen aparejados por ende la politización de la jurisdicción. [46]

La crítica de Schmitt a la teoría de Kelsen, no es orientada solo desde la perspectiva teórica jurídica, sino que además tiene de trasfondo una crítica política. Schmitt señala, que el concebir a la constitución como una ley fundamental, y el judicializar la política, corresponde a un pensamiento burgués, que busca extraer los debates de la discusión política pública para volverlo un debate técnico jurídico que debe ser por ende resuelto judicialmente.

Kelsen responde a esta crítica, señalando que se basa "*en el típico galimatías entre teoría jurídica y política jurídica*",[47] esto porque la decisión de un juez, al igual que la decisión del gobierno o el parlamento, son decisiones igualmente políticas, toda vez, que los actos realizados por cada uno de ellos, son actos creadores de derecho. Para Kelsen *"toda controversia jurídica es una controversia política, y todo conflicto que sea calificado como conflicto de intereses, de poder o político, puede ser decidido como una controversia jurídica"*[48]. De hecho para Kelsen, como ya se señaló, precisamente el hecho de que la garantía constitucional deba resolver conflictos politizados, es el que hace que un tribunal sea el órgano más idóneo para resolverlos, toda vez que es una parte que no tiene un rol directo en los asuntos sometidos a su decisión, contrario a el gobierno o el parlamento, que serán generalmente las causas del conflicto constitucional.

La solución respecto a quien debe ser el guardián de la constitución de Schmitt, viene precedida de un análisis de las características del estado. Según el autor, hay tres tipos de estado, el estado judicial, el estado parlamentario y el estado ejecutivo. Identifica al estado de jurisdicción, con el adoptado en el modelo norteamericano, en este tipo de estado, es concebible que el poder judicial sea el guardián de la constitución, toda vez que las decisiones no se subsumen en normas, sino que deben su autoridad al precedente vinculante. En estados de este

---

44 SCHMITT, Carl, cit (42), pp. 43-55

45 *"Resulta fácil concebir como un ideal del Estado de derecho que todos los problemas políticos sean resueltos a través de cualquier tipo de forma jurisdiccional y ver, por lo tanto, cómo con la expansión de la jurisdicción a materias que tal vez no pueden ser jurisdiccionalizadas, la propia jurisdicción resulta perjudicada. Por el contrario, lo mejor... tanto para el derecho constitucional como para el derecho internacional sería, no algún tipo de jurisdiccionalización de la política, sino una politización de la jurisdicción"* Ibíd, p.41

46 "*Una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en Jurisdicción, sino a los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en sus mismos términos».* SCHMITT, Carl. *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*», *en Die Reichsgerichtspraxis mi deutschen Rechtsleben*, (Berlín y Leipzig, 1929), pp. 154 Y ss. Cit. en FERNÁNDEZ. F, cit (5), p.204.

47 KELSEN .Hans, Cit (35) p. 151

48 Ibíd. p.143

tipo, el tribunal es la fuente del poder, por lo que al resguardar el valor de la constitución lo hacen de manera directa, a través de las decisiones judiciales que son la fuente del poder mismo.[49]

Al contrario, el estado parlamentario, que sucedió al estado ejecutivo de los gobiernos absolutistas, se caracteriza porque el parlamento es el guardián de la constitución frente al ejecutivo. El problema se plantea, porque el estado parlamentario ha evolucionado, dejando de ser neutral, para pasar a ser un estado de partidos, que se caracteriza a su vez por el pluralismo en la toma de las decisiones. "*El sistema pluralista, con sus continuos acuerdos de partido y de fracción, transforma al Estado en un conjunto de compromisos y de acuerdos, a través de los cuales los partidos, que de vez en cuando participan con el objeto de la coalición gobernante, se reparten todos los encargos, los ingresos y las ventajas con base en la regla de las cuotas de poder y consideran como justicia, en la medida de lo posible, a la paridad que en tal forma respetan. La Constitución de un Estado dominado por estos métodos de formación de la voluntad política se reduce al principio "pacta sunt servanda" y a la defensa de los "derechos regularmente adquiridos"*[50]. Para Schmitt esta pluralidad que atenta contra la neutralidad del estado, es precisamente la fuente del ataque a la constitución entendida en sentido absoluto, es decir, aquella que busca la unidad y la existencia del estado, por lo que se aboca a la tarea de en un sistema pluralista, buscar al órgano que debe defender la neutralidad que es "*expresión de una unidad y globalidad que abarca a los agrupamiento contrapuestos y por ello relativiza en sí misma todas estas antítesis. Ésta es la neutralidad que caracteriza a la decisión estatal frente a las contraposiciones internas del Estado, frente al fraccionamiento y a la división del Estado en partidos e intereses particulares, cuando la decisión hace valer el interés del carácter unitario estatal*"[51]por ende la búsqueda de la neutralidad, es la búsqueda del resguardo de la constitución absoluta para Schmitt.

De esta forma, la misión del defensor de la constitución, se vuelve protegerla precisamente del parlamento pluralista, de tal manera, que siendo el parlamento la causa de los ataques al texto constitucional, y estando descartado el poder judicial por la naturaleza política del conflicto, la solución que resta es entregar el cuidado de la constitución al gobierno, y específicamente al jefe de gobierno, el presidente del Reich. A propósito señala Schmitt que "*Haciendo del presidente del Reich el punto central de un sistema plebiscitario como también de las funciones e instituciones políticamente neutrales, la Constitución vigente del Reich busca desprender, precisamente del principio democrático, un contrapeso al pluralismo de los grupos de poder social y económico y defender la unidad del pueblo como totalidad política*"[52]. Estas ideas de Schmitt, parten a su vez desde una distinta concepción de lo que es la democracia. Mientras que para Kelsen la pluralidad de opiniones al interior del sistema, es la esencia misma de la democracia, para Schmitt la pluralidad es la fuente misma del ataque a la constitución y a la unidad del estado.

El alemán respalda su teoría en un argumento de derecho, toda vez que afirma que en virtud del artículo 48 de la constitución de Weimar, el presidente del Reich, es el representante plebiscitario unitario del Reich, y por tanto el protector de la neutralidad de la constitución.

La idea de que el presidente del Reich debe ser el guardián de la constitución, por la supuesta neutralidad que le otorga su legitimidad plebiscitaria, es rebatida por Kelsen quien señala, que Schmitt solo busca legitimizar el rol del ejecutivo y de diezmar el del legislativo, cerrando los ojos a algunas verdades evidentes, como el hecho de que el mecanismo de la votación secreta no

---

[49] HERRERA, Carlos. *La polémica Schmidt-Kelsen sobre el guardián de la constitución* en Revista de Estudios Políticos Nueva Época, 6(1994) Octubre-Diciembre, p.210.
[50] SCHMIDT, Carl, cit (42) p.168.
[51] Ibíd. p175
[52] Ibíd. p. 35

es sinónimo de neutralidad, y que más aun, las votaciones son entre dos opciones contrapuestas en la que se impone una mayoría por sobre una minoría, lo que no provoca en ningún caso que el ganador sea depositario de la neutralidad necesaria para defender la unidad del estado planteado por Schmitt.[53]

Por ultimo es necesario recalcar que la teoría de Kelsen, que es el principal antecedente teórico de nuestro Tribunal Constitucional, tiene una importante limitación teórica en la figura de los principios del derechos, toda vez que, Kelsen señala que los principios jurídicos tienen *"un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional*", según el austriaco en estos casos *"Las disposiciones de la constitución que invitan al legislador a someterse a estos principios, podrían interpretarse como directivas relativas al contenido de las leyes (...), y en este caso, el poder del tribunal, seria tal que habría que considerarlo simplemente insoportable"*[54]. Es precisamente respecto a este ultimo tipo de normas, donde se generan los principales problemas en la justicia constitucional.

CONCLUSIONES:

El debate sobre el guardián de la constitución, que necesariamente ocupará un lugar principal en el debate constitucional chileno, forma parte de una larga tradición jurídica política, en la que los mismos problemas que hemos identificado respecto de nuestro Tribunal Constitucional, son en verdad, problemas inherentes a la figura misma del control judicial de constitucionalidad de la ley.

Las principales criticas en Chile a la institución del Tribunal Constitucional son por su funcionamiento factico como una tercera cámara, que, sin tener legitimación democrática, viene a resolver asuntos que debiesen ser resueltos por las respectivas cámaras del parlamento.

Es erróneo, en mi opinión, concebir al Tribunal Constitucional como un órgano carente de una intencionalidad política subyacente. La decisión sobre el guardián de la constitución mas que ser una discusión jurídica, es una discusión eminentemente política, o como señala Kelsen, toda discusión jurídica puede ser una discusión política.

La experiencia histórica nos demuestra que ya en sus orígenes en el constitucionalismo norteamericano, la posibilidad del judicial review surge como una respuesta a la influencia determinante que el pueblo tenia en las decisiones de las asambleas locales. El hecho histórico que pone en tela de juicio la idoneidad de la democracia como forma de resolver los conflictos jurídicos de las distintas comunidades se da dentro del contexto de un conflicto entre acreedores y deudores. El interés de los deudores al representar la mayoría en términos democráticos se impuso al interés de los acreedores, o en otras palabras, la minoría económica se impuso a una la mayoría económica precisamente a través de la democracia. El resquemor generado en las clases dirigentes norteamericanas, y que es expresado en el Federalista, demuestra ese rechazo a la posibilidad de que las facciones, o los grupos políticos sean los que puedan tomar directamente las decisiones.

Los problemas de que el poder judicial, o un tribunal independiente como en nuestro caso, pueda revisar las decisiones del legislativo genera las criticas mayoritarias que ya he ejemplificado.

---

[53] KELSEN, Hans Cit. (35) p.276-277.
[54] KELSEN, Hans, cit (5) pp. 142-143

Por lo mismo en Europa, y especialmente en Francia, la posibilidad de que un órgano judicial tuviese la facultad de revisar las decisiones del legislativo es inadmisible. No solo atenta contra el concepto de voluntad general y contra la separación de poderes, sino que además se rechaza por la experiencia histórica ligada a la monarquía absoluta.

La discusión de Kelsen y Schmitt en Austria pone el acento en el carácter político de la discusión. El decidir cuál es el órgano que será responsable del control final de constitucionalidad de la ley, esta en verdad determinando el equilibrio en la distribución del poder al interior de una república. El centro de la discusión es en mi opinión, la advertencia que hace Kelsen respecto a las normas generales o los principios del derecho, en estos casos en los que no es posible realizar un análisis de correspondencia estrictamente jurídica, el control de constitucionalidad de la ley, esta determinando finalmente la forma en la que se resuelven los desacuerdos que legítimamente pueden surgir al interior de una sociedad.

Como señalé en su momento, la forma en la que decidimos nuestros legítimos desacuerdos tiene en si misma un valor moral que emana de la igual consideración que merecen las personas como sujetos dignos, por consecuencia, la sustracción de la posibilidad de tener la decisión final en estos asuntos también tiene una naturaleza moral, y ante todo política.

El centro del debate constitucional en nuestro país en la materia me parece entonces, debe alejarse, al menos en su concepción originaria, de la comprensión tecnicista del control de constitucionalidad de la ley, y al contrario abordarla desde una perspectiva político moral, que se enfoque directamente en la justificación de porque un órgano colegiado no electo democráticamente es el más idóneo para resolver materias respecto a las cuales es posible que existan desacuerdos legítimos, y para esto es imprescindible mirar a la historia, y comprender que la forma en la que opera la justicia constitucional, no es ni casual ni arbitraria, sino que responde a una intencionalidad subyacente a la idea misma de control de las decisiones democráticamente adoptadas por el pueblo.

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES Y LA EXCESIVA ONEROSIDAD[*].

Vicente Soto Soto[**]
Universidad de Concepción

I. Introducción.

La imprevisión[1] en cuanto institución jurídica tiene por objeto dar solución al conflicto suscitado entre partes cuando, por hechos sobrevinientes, imposibles de prever, se produce una alteración sustancial en la prestación de alguno de los contratantes tornándose su obligación en excesivamente onerosa. La principal particularidad de la imprevisión y que la diferencia de otras instituciones jurídicas, es que producto del cambio sobreviniente, la obligación, en la especie, sí puede ser cumplida, sin embargo, ésta se volvió de una onerosidad tal, que, de cumplirse, se genera una alteración en el equilibrio contractual, lo que atentaría contra principios como el de buena fe, de equidad y justicia. Aquel problema y sus eventuales soluciones, ha sido investigado por distintos juristas en diferentes épocas de la evolución del Derecho, por ello, el objetivo de este trabajo es indagar en cómo surgen los postulados que sirven de base a la institución y comprender cómo pervivieron dichos postulados desde su elaboración por los juristas hasta el advenimiento de posturas más bien críticas a los efectos de la misma.

"Los orígenes históricos de la teoría de la imprevisión son complejos, parcialmente confusos y discutidos"[2], no existe un único autor, no existe un período puntal ni menos un hito que marque el comienzo claro del tratamiento del principio que sustenta esta institución. Es en

---

[*] **Primer Congreso Internacional de Ayudantes y Estudiantes de Historia del Derecho y Derecho Romano.** Departamento de Historia de las Instituciones Jurídicas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 12 y 13 de agosto del año 2021.

[**] Estudiante de quinto año de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

[1] Esta institución ha sido denominada de diferentes formas durante su evolución histórica, ya tanto en relación con el ordenamiento jurídico de que se trate, como del fundamento entregado a ella. Dentro de las terminologías empleadas y la primera con la que fue tratada es la de cláusula *rebus sic stantibus* (Restrepo, 2015), esto es, una cláusula tácita en el contrato que supone que las partes contrataron bajo el supuesto que las circunstancias de celebración no cambiarían durante le ejecución del mismo, esta ha sido la denominación utilizada, fundamentalmente, por la doctrina que estudia la institución desde su desarrollo histórico y por la doctrina española; otros autores como BADENES GASSET, la denominan "riesgo imprevisible" (Badenes Gasset, 1946); asimismo y luego de la dictación del Código Civil italiano de 1942 y la regulación de la "*Dell'eccessiva onerosità"*, algunos aluden a ella como excesiva onerosidad; por su parte CARDINI aduce que la terminología correcta con la cual debe ser empleada es la de Lesión Sobreviniente (Cardini, 1959). Entre nosotros y siguiendo fundamentalmente el trabajo de DE LA MAZA ha sido conocida como teoría de la imprevisión, proveniente del francés *theorie de l'imprévision*. Escapa de los objetivos de esta investigación una distinción acabada de estas terminologías, sin perjuicio de lo cual es importante señalar que no necesariamente tales denominaciones se constituyen como sinónimos, pues si existen sendas diferencias en cuanto a los fundamentos entregados por la doctrina a cada una de las terminologías aludidas, como también a los efectos producidos por éstas. Sin embargo, la doctrina suele confundir y hacer sinónimos conceptos como el de cláusula *rebus sic stantibus* y el de teoría de la imprevisión, cuando en la especie, se constituyen como dos fórmulas a través de las cuales puede darse solución al cambio de circunstancias sobrevinientes producido. Nosotros emplearemos el término "imprevisión", por considerar que constituye el término más adecuado para la institución en estudio.

[2] FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *"La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico"*, Persona y Derecho, Vol. 74, 2016, pág. 302.

este panorama más bien complejo, en donde los autores han indagado y determinado distintos hitos o pensadores, que entreguen las primeras señales o los primeros indicios de cómo resolver el problema del cambio de circunstancias y la excesiva onerosidad sobreviniente. Así, alguna doctrina recala en la filosofía griega y particularmente en Aristóteles quien tendría un primer acercamiento al problema, asimismo, algunos antecedentes legislativos en la ciudad-estado de Efesos producto de un contexto beligerante, serían los primeros antecedentes propiamente legales de la institución. Es particularmente interesante el análisis del derecho romano ha objeto de determinar si existió un tratamiento a esta institución o mas bien predominó la idea que aquello que ha sido pactado debe cumplirse en los mismos términos. Posteriormente cabe preguntarse si los glosadores y postglosadores, tomando las enseñanzas de filósofos y juristas romanos, realizaron un desarrollo mas profundo, y cómo aquello deriva en la profusa utilización de la institución en los siglos posteriores.

Embarcarse en estudiar la evolución de la imprevisión es realizar un recorrido por siglos de desarrollo del Derecho, donde grandes juristas abogaron por ella, pero donde también grandes juristas fueron severos críticos de sus postulados. Sin embargo, el conocer su evolución es determinante a la hora de comprender los temores en consagrar esta institución en ordenamientos jurídicos del derecho comparado y explica el por qué no fue incorporada al texto del Código Civil chileno.

II. Filosofía aristotélica y antecedentes legales griegos.

Alguna doctrina ve en los postulados de ARISTÓTELES (384 – 322 a.C.) y su Ética Nicomaquea una primera inquietud en torno al cambio de circunstancias al momento de cumplir una promesa celebrada, inquietud que puede observarse, siguiendo a MEJÍA, en dos momentos, "el primero de ellos es la influencia que se puede hacer a partir de la concepción aristotélica de la *epieikeia (Equidad);* y el segundo, de un pasaje concreto de la Ética a Nicómaco referido a la responsabilidad del capitán de una nave ante un hecho imprevisto"[3].

Un breve recorrido por el pensamiento aristotélico requiere necesariamente detenerse en su concepción de Justicia, de la cual distingue dos tipos[4] [5], y mas específicamente dentro de la justicia conmutativa que "se refiere particularmente a las relaciones interpersonales tanto voluntarias como involuntarias"[6] y sobre la cual señala que, es en cierto modo igualdad, y la injusticia, desigualdad[7], y por consiguiente como lo injusto es desigual, la labor de los jueces es igualar, pero no según proporción, sino según la aritmética[8]. Por lo tanto, "la función fundamental de la justicia conmutativa es corregir esas acciones injustas"[9], y así llega ARISTÓTELES, reflexionando sobre el impacto de los actos injustos al tratamiento sobre la

[3] MEJÍA, Juan Carlos, *"La cláusula rebus sic stantibus como mecanismo de distribución de riesgos"*, Tesis (Doctorado en Derecho), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2015, pág. 25.
[4] En un primer sentido, justicia es, lo legal, pues ARISTÓTELES señala que "es evidente que todos los actos legales son de alguna manera justos, pues son legales todas las disposiciones determinadas por la actividad legislativa y afirmamos que cada una de ellas es justa". Y en un segundo sentido, "es el respeto a la igualdad o aquello que impide la generación de desigualdades no justificadas" (Serrano, 2005).
[5] ARISTÓTELES, *"Ética a Nicómaco*", traducción de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, 2001, pág. 177 (1129b).
[6] SERRANO, Enrique, *"La Teoría Aristotélica de la Justicia"*, Isonomía, N°22, México, 2005, pág. 145.
[7] ARISTÓTELES ob. cit. pág. 184 (1132a).
[8] Lo ejemplifica señalando que "cuando uno recibe un golpe y otro da un puñetazo, el obrar y el recibir están repartidos en partes desiguales; pero el juez intenta igualarlos con la pena eliminando la ganancia".
[9] MEJÍA ob. cit. pág. 29.

epieikeia (Equidad) señalando que "lo equitativo si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal"[10]. En otras palabras, la naturaleza de lo equitativo será la rectificación o corrección de la ley en la medida que su universalidad la deja incompleta. Pues bien, como los casos que los legisladores pueden definir son restringidos pues encuentran como limite el conocimiento y la mente humana es preciso que todo juez deba ser una persona equitativa que "sin dejar de tener la ley de su lado, pueda apartarse de la estricta justicia y sus peores rigores, para emitir decretos o sentencias que respondan a la complejidad del hecho que debe juzgar"[11]. En consecuencia, ARISTÓTELES, en palabras de MEJÍA, "establece la necesidad de corregir las transacciones que resulten ser injustas; el hecho de que describa la equidad como instrumental para llevar adelante esa corrección a través de la justicia conmutativa o correctiva, no hace sino fortalecer el hecho de que desde el punto de vista aristotélico, es posible corregir los actos que devienen injustos por eventos sobrevenidos"[12].

Luego, en el libro tercero de su tratado de ética, el Estagirita distingue entre aquellos actos voluntarios e involuntarios, por cuanto "el acto injusto y el justo se definen por su carácter voluntario e involuntario"[13]. Cuando el acto es voluntario, continúa, "recibe reproches, y junto con ello, es en ese momento un delito; de manera que un acto podrá ser injusto, pero no será un delito, si no se le añade la voluntariedad"[14]. Es involuntario, en cambio, cuando el acto se ignora, o no se ignora, pero no depende de la voluntad de uno, sino que de la fuerza o la naturaleza[15]. El perjuicio que se comete por actuar involuntariamente, por eventos sobrevinientes que no fueron previstos por las partes, según ARISTÓTELES, es un infortunio y en consecuencia señala que son perdonables aquellos actos. Ahora existen también, otro tipo de actos, "aquellos que se realizan por miedo a males mayores o por algún bien, por ejemplo, cuando se arroja la carga por la borda en las tempestades, porque en general nadie la arroja voluntariamente, más para la salvación propia y de los demás"[16]. Estas acciones, dice ARISTÓTELES, son de índole mixtas, aunque mas parecidas a las voluntarias, pues se eligen en el momento en que se realizan.

Así entonces, cuando ARISTÓTELES trata la distribución de riegos por eventos sobrevenidos, se está refiriendo precisamente a las acciones mixtas, puesto que "a pesar de ser forzosas, cuando se realizan son objeto de elección (en el caso de la tempestad que el capitán de la nave decida o no arrojar por la borda las mercancías; ese acto tendrá un fin que dependerá del momento), en consecuencia tales acciones, si bien son acciones voluntarias, en realidad se las puede clasificar como involuntarias ya que nadie elegiría ninguna de estas cosas por sí mismo"[17].

Concluye MEJÍA que "es en el relato del capitán ante la tempestad, donde se diseña la forma en que eventos no previstos, externos e irresistibles hacen que la obligación se vuelva

---

10 ARISTÓTELES ob. cit. pág. 204 (1137b)

11 SERRANO ob. cit. pág. 137.

12 MEJÍA ob. cit. pág. 33.

13 ARISTÓTELES ob. cit. pág. 196 (1135a).

14 ARISTÓTELES entiende a la voluntariedad como aquella acción que alguien realiza, entre las que dependen de él mismo, conscientemente y no desconociendo ni *el a quien*, ni *el con-qué* ni *el para-que*. Aquello lo ejemplifica de la siguiente manera, será voluntario un acto cuando alguien golpea a alguien con algo y para algo; en cambio si uno toma la mano de alguien y golpea a otro, no es voluntariamente, pues no depende de aquél.

15 ARISTÓTELES ob. cit. pág. 110 (1110a).

16 ARISTÓTELES ob. cit. pág. 110 (1110a).

17 MEJÍA ob. cit. pág. 40.

excesivamente onerosa para el deudor y, en consecuencia, haya necesidad de distribuir las pérdidas ocasionadas por dichos eventos"[18]. A través de esta fórmula la solución de equidad conllevaría, según el pensamiento aristotélico, que el capitán del barco haya quedado eximido de cumplir con su obligación, aun cuando aquello no estuviere señalado en el acuerdo originario, y aquel que dirime – recomendando ARISTÓTELES el arbitraje – no debería aplicar la ley de forma estricta – de haberla – sino interpretarla de acuerdo a las circunstancias no previstas; y en caso de no haber ley que resuelva, aplicar una solución conforme a la equidad.

Es por todas estas consideraciones que puede entenderse a la filosofía de ARISTÓTELES como un comienzo de la doctrina que sustenta la imprevisión, ya que aquellos eventos imprevisibles, extraordinarios, producen que, si bien pueda cumplirse con lo convenido, resulte desastroso o perjudicial para aquel compelido a cumplirlo; resolviéndose aquel conflicto por el juez de acuerdo a la equidad.

También durante el período helénico existen antecedentes legislativos que pueden considerarse como una consagración de la institución. Tal es el caso de la *polis* de Efesos donde en el año 86 a.C. en un escenario de guerra entre distintas *polis* griegas y los romanos se dictó una ley que tenía por objeto regular las deudas anteriores y posteriores al contexto beligerante. La norma consagraba que "todo aquel que haya pedido prestado de un templo, será liberado de la obligación de devolver el préstamo, aparte de los que pidieron en forma de hipoteca o en representaciones; en este caso el interés se cobrará el año siguiente hasta que la situación del pueblo mejore"[19], asimismo señalaba que "los acreedores que han prestado dinero para préstamos marítimos, acuerdos de préstamos, depósitos, hipotecas, ventas, acuerdo y contratos, llegaron a la asamblea del pueblo y felizmente y deliberadamente y de acuerdo con el pueblo absolvieron a los deudores de todas las deudas"[20]. En definitiva, lo que la ley dictada en Efesos permitía era bien postergar el pago de obligaciones ya convenidas, o bien extinguirlas, por el evento de haberse producido un hecho sobreviniente: la guerra. La solución a la cual llegaron los ciudadanos de la *polis* para resolver el problema que generaba el evento sobreviniente respecto de las obligaciones pecuniarias contraídas no sería excepcional en la historia jurídica, una práctica idéntica a la concordada por los ciudadanos de Efesos, es decir, resolver el problema basal que genera el producirse circunstancias sobrevinientes a través de la ley, la encontramos en la legislación francesa en la Ley Failliot de 1918 que posee un fundamento similar a la de la *polis*.

III. Derecho romano.

Continuando con la evolución histórica de la imprevisión es indispensable abordar la discusión en torno a si el Derecho romano conoció esta institución jurídica[21]; o más bien es necesario morigerar tal afirmación señalando que sólo pueden encontrarse antecedentes o

[18] MEJÍA ob. cit. pág. 45.

[19] Anyone who has borrowed form a temple, he shall be released form the obligation to repay the loan, apart from those who borrowed on mortgage form association or the representations; in this case the interest will be charged form the following year till the situation of the people improves. (MEJÍA ob. cit. pág. 73.).

[20] *And the creditors who have lent money for maritime loans, loan agreements, deposits, mortgages, remortgages, sales, agreements, contracts and installments came to the assembly of the people and happily and deliberately and in agreement with the people absolved the debtors form all debts.* (MEJÍA ob. cit. pág. 73.).

[21] DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, *"Notas acerca de la Teoría de la Imprevisión"*, Revista Chilena de Derecho, 1985, Vol. 12, pág. 254.

gérmenes de formación[22]; o lisa y llanamente, por la particular forma de desarrollarse el Derecho romano, sus juristas no conocieron de la imprevisión[23]. Sin perjuicio de lo anterior, existe mas bien consenso entre la doctrina en considerar pasajes de las obras de CICERÓN y SÉNECA, a los que se les reconoce mas como filósofos que como juristas, como fundamentales en el reconocimiento y posterior evolución de esta institución.

Nosotros consideramos que el Derecho romano sí puede considerarse una fuente de la institución en estudio, pese a no desarrollarla en su esplendor, ni dotarla de un contenido determinado; y sí encontramos en aquel Derecho un germen de influencia para juristas de épocas posteriores. Con base en lo anterior, aquella doctrina que señala que el Derecho romano nos dejó textos desde los cuales se puede extraer el principio que subyace a la imprevisión, considera como uno de los pasajes más clarificadores la siguiente cita de AFRICANO en D.46.3.38: "Cuando alguno hubiere estipulado que se le dé a él o a Ticio, dice que es más cierto que se ha de decir, que se le paga bien a Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Mas si se hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o se le hubiere puesto interdicción en el agua y el fuego, o se hubiera hecho esclavo, se ha de decir que no se le paga bien; porque se considera que tácitamente es inherente a la estipulación esta convención, si permaneciera en el mismo estado"[24]. Para AFRICANO entonces, existe una cláusula tácita que supone que las cosas deben permanecer en el mismo estado en que se encontraban al momento de la estipulación.

Dicho fragmento del Digesto, "ha servido como punto de partida de la institución en estudio"[25], pues, sin mencionar directamente a la imprevisión o formular una teoría, sí implica un reconocimiento de la misma; lo anterior puesto que para que la obligación fuese cumplida, las condiciones que existían al momento de la estipulación deben mantenerse. Así las cosas, siguiendo a MARTÍNEZ DE MORETIN, el fragmento "a propósito de los supuestos de *capitis deminutio* del *adiectus solutionis causa,* establece un reconocimiento tácito de la doctrina de la imprevisión, toda vez que constituye una razón para la invalidez del pago que se les hace a esas personas, pues lo que el jurista está señalando es que la obligación derivada de la *stipulatio*, de dar a él o a Ticio, debería ser cumplida sólo en el caso de que se mantuvieran las mismas circunstancias en la persona del destinatario (él o Ticio), esto es, que no se hubiere producido una *capitis deminutio* por razón de adopción, destierro, esclavitud o perdida de la ciudadanía romana"[26]. Refrenda lo anterior, el hecho que el pasaje de AFRICANO es la fuente que utilizaron los postglosadores, entre ellos, BALDO y BARTOLO, para construir posteriormente la doctrina que sustenta la institución en estudio. Incluso autores como Riccardo CARDILLI considera que la expresión "*si in eadem causa maneat" "*constituye la fórmula a través de la cual se expresaba la cláusula *rebus sic stantibus* en el Derecho romano"[27].

Además del texto de AFRICANO recientemente estudiado, se han recogido otros pasajes del Digesto en que de manera más implícita – y muchas veces forzada – los autores han

[22] BADENES GASSET, Ramón, *"El Riesgo Imprevisible",* Bosch. Casa Editorial, 1946, pág. 32.
[23] TERRAZA MARTORELL, Juan, *"Modificación y Resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución"*, Bosch. Casa Editorial, Barcelona, 1951, pág. 68 y sgts.
[24] *(D.46.3.38): "Africanus (libro VII) Quaestionum: Quum quis sibi, aut Titio dari stipulatus sit, magis ese ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in oedem statu maneat, quo fuit, quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ie interdictum; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat.*
[25] MARTÍNEZ DE MORETIN, María Lourdes, *"Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión",* Revue Internacionale des Droits de l'Antiquité, 2014, pág. 337.
[26] MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 337.
[27] MEJÍA ob. cit. pág. 111.

desprendido elementos de la imprevisión, entre los que se mencionan (D.39.4.11.5)[28], (D.19.2.54.1)[29], (D.12.4.8)[30], sin embargo los textos mencionados corresponden más bien a una extracción forzada del principio, no encontrando una interpretación uniforme que permita señalar que existía en el raciocinio del jurista la intención de modificar la estipulación en virtud de circunstancias sobrevinientes o la existencia de una cláusula tácita de la cual pueda valerse alguna de las partes para modificar la disparidad de las obligaciones.

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina considera que la *sedis materiae* de esta institución proviene de los pasajes de CICERÓN quien en su texto *"De Officiis"* (De los deberes), que data aproximadamente del año 44 antes de nuestra era, entrega luces de lo que podríamos denominar una naciente doctrina de la imprevisión – por cierto, sin mencionarla expresamente y tan sólo aludiendo a ciertos aspectos morales centrales –. En uno de sus pasajes, el filósofo romano señala que a proporción que varían las circunstancias, varían también las obligaciones (…) porque puede ocurrir que alguna promesa, o convención, cuyo cumplimiento no sea útil, o a quien la hizo, o a quien fue prometida. (…) tampoco deben llevarse a efecto aquellas promesas, de que no ha de resultar provecho alguno a quien se ofrecieron, ni las que acarreen más perjuicio al que las prometió. Y así, ejemplifica señalado "el abogado que ha prometido su asistencia para una causa, no está obligado a mantener la promesa, si durante aquel tiempo se enferma gravemente su hijo"; luego, en el capítulo XXV del libro III aduce que "luego alguna vez no hay que hacer promesas, ni siempre se han de devolver los préstamos; por ejemplo si se ha depositado una espada, esta no deberá ser devuelta al deponente que se ha vuelto loco, ni deberá ser devuelto el dinero depositado a quien ahora hace la guerra contra su patria. El dar la palabra, el cumplir lo prometido, el entregar los préstamos una vez cambiada la utilidad se convierte en cosas no honestas"[31].

Asimismo, SÉNECA en su texto *"De Beneficiis"*, dentro del libro cuarto, en el capítulo XXXV señala: "Prometí hacer algún beneficio. Entiéndase que lo he de hacer no ofreciéndose algún incidente que me impida el hacerle, porque en caso de que la patria me mande que le dé a ella lo que a otro tenía prometido, ¿qué puede hacer? Y si sucede promulgarse una ley que

[28] (D.39.4.11.5) Paulus (libro V) "Los que consiguen muy grandes frutos por virtud del arrendamiento de los tributos, si después éstos no pueden ser arrendados en tanto, son compelidos a tomarlos a su cargo con las anteriores pensiones".

[29] (D.19.2.54.1) Paulus (lib. 5): "Se convino entre el arrendador y el arrendatario de un fundo, que durante el tiempo del arrendamiento el arrendatario Seyo no fuera echado del fundo contra su voluntad; y si hubiese sido echado, que el arrendador Ticio pagase diez de pena al arrendatario Seyo, o respecto de Ticio, que el arrendatario Seyo, si dentro del tiempo del arrendamiento quisiera dejarlo, estuviera pronto a pagar igualmente diez al arrendador Ticio, y así lo estipularon recíprocamente; pregunto, ¿no pagando el arrendatario la pensión de dos años continuos, podrá ser lanzado sin miedo a la pena? Paulo respondió, que aunque nada se haya expresado en la estipulación penal respecto del pago de las pensiones, es sin embargo verosímil, que convinieron de este modo respecto a que no fuese expulsado el colono dentro del tiempo prefijado, si hubiere pagado las pensiones, y cultivase como corresponde; y que por esto, si el que no satisfizo las pensiones hubiere comenzado a pedir la pena, habrá de aprovecharle el arrendador la excepción de dolo".

[30] (D.12.4.8) Neracio (libro 2): "Lo que escribe Servio en el libro de las dotes, que si se hubieran contraído nupcias entre personas de las cuales una no tuviera la edad legal, puede repetirse lo que entretanto se hubiere dado a título de dote, se ha de entender de este modo, que si sobreviniere el divorcio antes que ambas personas tengan la edad legal, haya la repetición de aquel dinero; pero que mientras permanezcan en el mismo estado de matrimonio, no pueda repetirse esto, no de otra suerte que lo que la esposa hubiere dado al esposo a título de dote, mientras subsista entre ellos la afinidad; porque de lo que se da por esta causa no habiéndose consumado el matrimonio, como quiera que se dé para que llegue a constituir la dote, no hay la repetición mientras puede llegar a constituirla".

[31] VILLATE R, Guillermo, *"La teoría de la imprevisión en el derecho privado"*, Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, 1961, Tomo XX, pág. 164.

prohíbe lo que yo prometí a mi amigo, ¿cómo lo podré cumplir? Ofrecí darte mi hija para esposa: súpose después que eras extranjero, con quien está prohibido contraer matrimonio. La misma prohibición me defiende"[32]. Es decir, entiende que únicamente debe cumplirse la promesa que otorga un beneficio a la otra parte, siempre y cuando no opere algún incidente que impida el cumplimiento. Además, agrega que en el caso de que una de las partes desconociese que la contraparte posee un impedimento para celebrar el contrato, la misma prohibición exime a la parte del incumplimiento. Continúa señalando SÉNECA dentro del mismo capítulo que "cuando estando las cosas en el mismo estado que tenían al tiempo que hice la promesa, no la cumpliré, podrás decir que falto a mi palabra, y que aparezco infamado por ser inconstante; más cuando alguna cosa se muda, ella misma me da libertad para tomar nueva deliberación y me exime de la promesa". A lo anterior, incluso ejemplifica señalando que "Prometí que abogaría en una causa; consta después que de ella resulta daño a mi padre. Prometí asimismo acompañar a uno en un viaje; supe después que el camino estaba infestado de ladrones. Ofrecí acudir a cierto negocio; pero me lo impide la enfermedad de un hijo o el parto de mi mujer". Es decir, en dichos ejemplos, lo que sucede es que aquella circunstancia imprevista al momento de la celebración de la estipulación exime a la parte del cumplimiento. Y concluye que "finalmente, para obligarme a que yo cumpla la promesa es necesario que las cosas estén en el mismo estado que cuando la hice".

De los pasajes de ambos autores se extrae un principio moral trascendente, cual es que las promesas pueden llegar a no ser cumplidas cuando exista una alteración de las circunstancias que rodeaban la celebración de la promesa. Ahora bien, pese a que se trata de textos de contenido más bien filosófico, éstos constituyen una base importante en el desarrollo de la institución, muchas de las instituciones elaboradas por juristas poseen una base o sustento moral, en otros términos, "hoy indudablemente el estado actual de los conocimientos jurídicos, permiten la distinción clara de los preceptos; pero la influencia que tuvo la moral en el surgimiento de muchas normas e instituciones jurídicas que la historia muestra, nos obliga a ver – no con mero afán de erudición – todos aquellos textos que a pesar de contener afirmaciones de sentido moral, demuestran el desenvolvimiento de una filosofía subyacente que servía de base al derecho de la época"[33].

En suma, si bien durante el período romano clásico no existe una creación jurídica en orden a favorecer que aquella parte afectada por el cambio de circunstancias y así pueda modificar o resolver su contrato, sí existieron autores, que permiten considerar a este período como un antecedente en la formulación posterior de la doctrina que sustenta la imprevisión. Los textos de AFRICANO, CICERÓN y SÉNECA volverán a ser estudiados en épocas posteriores y a partir de ellos se construye la institución en estudio, por tanto, es innegable que existe un germen de construcción jurídica en sus postulados. La principal crítica y que favorece la tesis que sostiene que los juristas romanos no pensaron en la imprevisión en sus textos, se funda en la alusión, por parte de alguna doctrina, de textos del Digesto que requieren de una dificultosa interpretación para llegar a encontrar un sustento de sus razonamientos.

IV. Canonistas de los siglos XII al XIV.

Las incipientes ideas sobre la doctrina de la imprevisión, construidas en el Derecho romano tanto por filósofos como por juristas, fueron recibidas por Agustín DE HIPONA, Santo Tomás DE AQUINO, entre otros, quienes continuaron desarrollando las ideas planteadas por CICERÓN

[32] SÉNECA, "Tratado de los Beneficios", Ediciones Ercilla, 1941, pág. 184.
[33] VILLATE ob. cit. pág. 166.

y SÉNECA, para así dotar de contenido o formular una solución al problema basal originado por el cambio de circunstancias al momento de cumplir con las obligaciones o promesas. Es más, respecto de aquella parte de la doctrina que entiende que no puede considerarse al Derecho romano como fuente de la imprevisión y sus postulados, señala, como lo expone DEMOGUE, citado por DE LA MAZA, que la institución "nació en el Derecho Canónico, y no cabe duda que los canonistas fueron los primeros en fundarla y los que la desenvolvieron y divulgaron hasta conseguir su aplicación por los tribunales eclesiásticos"[34]. En otras palabras, aquella doctrina que no ve el desarrollo de la imprevisión en el Derecho romano, acude directamente al Derecho canónico en busca de fuentes más expresas. Por su parte, TERRAZA MARTORELL afirma que las razones por las cuales los canonistas defendían la doctrina *rebus sic stantibus* era la tendencia de éstos – opuestas a aquélla del Derecho romano – en orden a "favorecer a la parte mas débil económicamente – en las obligaciones: el deudor –, el amplio concepto de la buena fe, la generalización de la *laesio enormis* y la prohibición de la usura"[35].

Los canonistas entendían que "la promesa celebrada resultada obligatoria "siempre y cuando no haya cambiado", vale decir, cuando las circunstancias de celebración se mantengan a lo largo de la ejecución del pacto"[36]. Lo anterior, como señala JIMÉNEZ GIL, se trataba de una consideración puramente moral y no jurídica, nacida de la equidad; por ende, era una regla propia del Derecho natural y no del Derecho positivo. Como consecuencia de lo anterior, "los tribunales eclesiásticos se acogían con fervor a las soluciones de equidad, por entender contrario a la moral cristiana, el cumplimiento de contratos de tracto sucesivo, cuando ocurría el cambio de circunstancias si con ello originaba el enriquecimiento de uno de los contratantes"[37].

Así las cosas, las ideas de CICERÓN fueron recopiladas en un primer momento por Agustín DE HIPONA quien en su texto "Comentarios a los Salmos (Exposición del Salmo V, 7)"[38], reproduce casi literalmente el ejemplo entregado por CICERÓN señalando que: "si se encomienda a uno una espada y promete que va a devolverla cuando la haya reclamado el que se la encomendó: si quizá exige furioso su espada, es evidente que no ha de devolverse entonces, no sea que, mientras se le restituye la cordura, se mate él o mate a otros. Aquel no tiene corazón doble, precisamente porque ese a quien se encomendó la espada, no pensaba, cuando prometía que iba a devolverla al que la reclamaba, que podría exigirla furioso". De lo anterior, es posible colegir que Agustín DE HIPONA está de acuerdo en que una obligación puede dejar de cumplirse si es que cambian las condiciones que existían al tiempo de la celebración de la obligación. Con aquello, no se quiere señalar que exista una teoría jurídica elaborada por el autor de la Ciudad de Dios, sino que, a partir de sus postulados de contenido más bien moral, pueden extraerse saberes aplicables al ámbito jurídico que modifiquen la forma en el cual éste es aplicado.

Posterior a ello, en el año 1142 el monje benedictino GRACIANO finalizó su obra denominada "Decretum Gratiani" (Decreto), en ésta, las ideas planteadas por CICERÓN y

---

[34] DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo, *"La Teoría de la Imprevisión",* Revista Chilena de Ciencias Sociales, Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX (julio y agosto), 1933, pág. 99.
[35] TERRAZA MARTORELL ob. cit. pág. 71.
[36] JIMÉNEZ GIL, William, *"La Teoría de la Imprevisón ¿Regla o Principio?",* Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Número 2, enero-diciembre, 2009, pág. 19.
[37] VILLATE ob. cit. pág. 168.
[38]HIPONA Agustín: *"Comentarios a los Salmos",* disponible en: http://www.augustinus.it/spagnolo/esposizioni_salmi/index2.htm, (consultado: 8 de noviembre de 2019).

Agustín DE HIPONA continúan siendo desarrolladas y en ese sentido, GRACIANO señala[39]: "Lo que no tiene un doble cariz no se debe llamar mentira, verbigracia: como si se confía a uno un puñal y promete devolverlo al pedirlo el que se lo entregó, si enfurecido el dueño exige el puñal está claro que no se le han de devolver, no sea que se mate él o asesina a otro, hasta que haya recobrado la serenidad. Éste por tanto no es el mentiroso, porque aquél a quien confió el puñal cuando prometía que se lo entregaría si lo pedía, no creía que se lo podía pedir enfurecido. Se ve claramente que no es culpable"[40]. De los planteamientos de GRACIANO se desprende de forma expresa aquel ejemplo entregado por CICERÓN, y consecuentemente llega a las mismas conclusiones, esto es, si se modifican las circunstancias en aquel que debe recibir el puñal, se permite al obligado no cumplir con su obligación justificado en aquel cambio.

Sin embargo y de acuerdo a lo planteado por ZIMMERMANN, "el punto de partida real en la doctrina medieval de la imprevisión y sus postulados se encuentran en Juan TEUTÓNICO y la Glosa que efectúa al canon del Decreto de GRACIANO"[41]. En la Glosa, el autor señala que todo contrato "*semper subintellegitur haec conditio, si res in eodem statu manserit … Et est hic arg(umentum) quod propter novum casum datur auxilium*"[42], que en su traducción libre significa que esta condición – refiriéndose a la cláusula *rebus sic stantubis* – se entiende siempre, si la cosa permanece en el mismo estado.

En este mismo período histórico-jurídico de construcción del Derecho canónico y de gran importancia también al desarrollo de la institución en estudio, Santo Tomás DE AQUINO desarrolló y elaboró el texto conocido como *Summa Theologica* (Suma de Teología), y en ésta, a diferencia de los otros canonistas anteriormente señalados y respecto de las materias de interés a estos efectos, no desarrolla las ideas de CICERÓN, sino por el contrario, desarrolla las ideas planteadas por SÉNECA.

El autor, al tratar "Los vicios opuestos a la verdad" *("Est de vitiis oppositis veritati")* y específicamente al responder a la pregunta: ¿Toda mentira es pecado? *(utrum mendacium semper sit peccatum),* señala en el apartado IIª-IIae q. 110 a. 3 arg. 5 de la *Summa Theologica* que *"Praeterea, mendacium est si quis non impleat quod promisit",* es decir, "miente quien no cumple lo prometido. Pero no todas las promesas deben cumplirse".

Posteriormente y dentro del mismo apartado (IIª-IIae q. 110 a. 3 ad 5) agrega: que "aquel que promete algo, si tiene intención de cumplirlo, no miente, porque no hay contradicción entre lo que habla y lo que piensa. Pero si no pone por obra lo que ha prometido, en este caso parece que falla a la fidelidad, por cambiar de propósito. Sin embargo, se le puede eximir de culpa por dos razones: la una, si lo prometido es manifiestamente ilícito, ya que entonces pecó al hacer esta promesa y hace bien al cambiar de propósito; la segunda, si han cambiado las condiciones

---

[39] DECRETUM GRATIANI, Decreti Pars Secunda, Causa XXII, Questio II, C. XIV: *"Pro temporali uita alicuius perfectus mentiri non debet"*, δ2. (Disponible en: https://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/kapitel/dc_chapter_2_2630) (consultado: 09 de noviembre de 2019): *§. 2. Illud uero, quod non habet duplex cor, nec mendacium quidem dicendum est, uerbi gratia, tamquam, si cui gladius conmendetur, et promittat se redditurum, cum ille, qui conmendauit poposcerit; si forte gladium suum repetat furens, manifestum est, non esse reddendum, ne uel se occidat, uel alios, donec ei sanitas restituatur. Hic ideo non habet duplex cor, quia ille, cui conmendatus est gladius, cum promittebat, se redditurum poscenti, non cogitabat furentem posse repetere.*

[40] Traducción de TERRAZA MARTORELL ob. cit. págs. 72-73.

[41] ZIMMERMANN R., *"The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition",* Oxford University Press, 1996, pág. 580 en: FÉRNANDEZ RUIZ-GÁLVEZ ob. cit. pág. 305.

[42] MEJÍA ob. cit. pág. 123.

personales o las del negocio en cuestión. Pues, conforme dice Séneca en su libro De Benefic., para que uno esté obligado a cumplir lo prometido se requiere el que ninguna circunstancia haya cambiado. De no ser así, ni se fue mentiroso al prometer, por haberlo hecho sinceramente, y en el supuesto de que se mantendrían las debidas condiciones, ni tampoco se es infiel por no cumplir lo prometido si las condiciones ya no son las mismas. Por tanto, tampoco mintió el Apóstol al no haber ido a Corinto, adonde prometió que había de ir, como leemos en 2 Cor 1,15; 16,5, por las dificultades que sobrevinieron"[43]. De lo anterior, es claro que Santo Tomás DE AQUINO considera que en ciertas situaciones las promesas pueden no cumplirse, siendo uno de estos casos, aquellos en que cambiaron las condiciones personales o, lo que es aún más importante de recalcar, si han cambiado las condiciones del negocio celebrado. Es decir, continúan entre los autores mencionados aquellas ideas planteas por los filósofos romanos, en orden a que las circunstancias de celebración deben mantenerse a la hora de cumplir con las estipulaciones, y en caso de cambiar por circunstancias sobrevinientes, se exime del cumplimiento a aquel obligado a cumplirlas.

Sin perjuicio a todas las consideraciones referidas anteriormente, no es menos cierto señalar, que la intención de los canonistas no fue precisamente el desarrollo jurídico de los contratos, ni por ende, de la doctrina de la imprevisión en ellos. Sino que su estudio y su desarrollo dogmático se produce en el contexto de la creación de una doctrina eclesiástica, en la intención de un desarrollo de la moralidad del hombre, en el estudio filosófico – de ahí las referencia a autores como ARISTÓTELES – pero desde un punto de vista cristiano – he ahí la referencia también a textos bíblicos –. En el contexto planteado, señalamos que, si bien los pasajes anteriormente reproducidos entregan una continuidad de las ideas y ejemplos romanos, todos ellos realizaron aquellas obras en vista de "Promesas" las cuales no necesariamente poseen un contenido pecuniario o constituyen una obligación contractual. Lo anterior, sin embargo, no impide que dichas consideraciones hayan servido de base a juristas de épocas posteriores para la continuación de su desarrollo. En otras palabras, es posible sostener que aquellos textos influyeron en gran medida en la creación posterior de la doctrina de la imprevisión, pues como se señalara precedentemente, muchas veces, las construcciones jurídicas comienzan como un germen filosófico o como un desarrollo de la moralidad del hombre, para que otros, posteriormente la inserten en el mundo del Derecho.

V. Glosadores y Postglosadores.

Como se señaló desde un inicio, no existe un origen claro y directo de la doctrina que sustenta la imprevisión, más bien fue un proceso que duró siglos, en donde se fue cultivando la idea entre filósofos y juristas en orden a la determinación que era lícito o moralmente aceptado no cumplir con lo pactado; o la posibilidad de modificarlo para el caso que hubieren mutado las condiciones en que este pacto se hubiere celebrado. Es decir, "no es posible señalar una creación doctrinaria, un fallo judicial o una nueva interpretación que señale el punto de partida a la Teoría"[44]. Ahora bien, casi de forma paralela al desarrollo jurídico de los canonistas o incluso con anterioridad a ello, se inserta el trabajo realizado por glosadores y post-glosadores cuya labor comienza bajo el contexto del descubrimiento del Digesto de Justiniano y la insipiente creación de Universidades como la Universidad de Bolonia.

Si bien los glosadores no se propusieron los problemas de la imprevisión en razón de su

[43] SUMA TEOLÓGICA, Parte II-Iiae, Cuestión 110, Art. 3. Disponible en: http://hjg.com.ar/sumat/c/c110.html# (consultado el 09 de noviembre de 2019).
[44] VILLATE ob. cit. pág. 167.

método de estudio, si lo realizaron los post-glosadores, y "será en los trabajos de éstos, en donde puede ya entreverse aplicaciones prácticas de la teoría, llegándose casi a una construcción jurídica"[45].

Así las cosas, los textos de AFRICANO incluidos en el Digesto fueron utilizados como base para la construcción y aplicación de la naciente Teoría. En este sentido, la Glosa de Bernardo DE PARMA, "justifica la inobservancia del juramento de tener por legítima esposa a una mujer, o de tomarla como esposa "*pro fornicatione, quam postea mulier perpetraret"* o también después del juramento de contraer matrimonio; cuando después de realizada la "fornicación" la mujer contrajese lepra, resultara paralítica, ciega, sorda o cualquier otra enfermedad"[46].

También es posible encontrar cierta referencia a la doctrina que sustenta a la institución en estudio, en la glosa que efectuó ACCURSIO al fragmento D.12.4.8 al señalar en ella: "como afirman los dialécticos, si esto "es posible" se extiende hasta el momento en que ambos están vivos, incluso una vez divorciados no cabría la repetición; en efecto, siempre es posible que un matrimonio se realice. Sin embargo, nosotros no efectuamos tal extensión, sino que nos referimos al momento presente y hablamos como si las cosas permanecieran así como hoy están"[47]. Así entonces, ACCURSIO, argumenta MEJÍA, considera que la repetición "estaba excluida sólo si las cosas permanecían en el curso de los acontecimientos originalmente programados, por lo tanto, si ocurría una separación de la dote debería devolverse por más que existiese la posibilidad de que el matrimonio se concluya en el futuro"[48].

Es, sin embargo, con BARTOLO – a quien Juan Carlos DÖRR le otorga el título de principal exponente dentro de los postglosadores – cuando se inicia la formulación de la cláusula tácita "*rebus sic se habentibus*[49]" "aplicable en todos los casos de renuncia de los derechos"[50]. Esto es así, ya que BARTOLO, señala MEJÍA, citando a HONDIUS, aplica la regla establecida en la Glosa de ACCURSIO, señalando: "estas palabras, en tanto que pueda contraerse matrimonio, deben ser entendidas *rebus sic se habentibus,* esto es mientras permanezca el noviazgo. Esto se tenga presente, porque cuando alguna renuncia en cualquier situación a todo derecho que tiene o pueda tener, esto debe ser entendido *rebus sic habentibus*, esto es con base el derecho que existe en aquel momento, de la situación así como es o como se espera que sea"[51].

Luego, BALDO DE UBALDIS (1327 – 1400) – discípulo de BARTOLO – desarrolla el principio planteado por su maestro y lo extiende no sólo en el ámbito de la renuncia de un derecho, sino que se entiende incluida dicha cláusula en las promesas. La expresión utilizada por BALDO en su comentario tanto de las Decretales como del Digesto para referirse a la materia es *"contractus qui habent tractum successivum et dependetiam du futurum, rebus sic stantibus intelliguntur"*[52] cuya traducción libre correspondería a: "los contratos de tracto sucesivo se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado".

Dicha cita de BALDO no solo continúa con las postulaciones realizadas por BARTOLO, sino que posee una gravitación tal, que serviría de base para los autores posteriores para

---

45 CARDINI, Eugenio Osvaldo, *"La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Universal Comparado, en el Argentino y en el nuevo proyecto de Código Civil Argentino",* 1937, pág. 41.

46 BERNARDO DE PARMA, Liber Extra, C.2 quemadmodum, 1, II, cap. 24 en: MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 340.

47 MEJÍA ob. cit. pág. 125

48 MEJÍA ob. cit. pág. 125

49 DÖRR ob. cit. pág. 254-255.

50 BADENES GASSET ob. cit. pág. 33.

51 MEJÍA ob. cit. pág. 126.

52 FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ ob. cit. pág. 308.

denominar a una de las formas como es entendida esta doctrina: como la cláusula *rebus sic stantibus*.

VILLATE nos ilustra señalando que "el Derecho canónico no era impermeable, haciéndose notar su influencia en el derecho civil, lo cual llevaba a que muchos autores de la época – entre los que podemos mencionar a BARTOLO y BALDO –, tomando conceptos de los canonistas, hacen una generalización sin precedentes en la aplicación de la cláusula"[53].

Es en estos siglos, y gracias a los postulados de BARTOLO y BALDO cuando "la cláusula es definitivamente admitida por la doctrina, encontrándola repetida en todos los comentarios al Digesto y aplicada en todas las recopilaciones de los Concilios"[54].

Así y siguiendo con el extenso desarrollo de la doctrina en estudio durante el periodo de los postglosadores, se llega a una nueva etapa de aplicación por parte de los autores, que se podría denominar extensiva, por cuando dan aplicación a sus postulados a la gran mayoría – si no a todos – los actos jurídicos. Dentro de este grupo de autores, podemos señalar a GIASON DE MAYNO (1435 – 1519) quien entiende que "la cláusula *rebus sic stantibus* se sobreentiende en los contratos, en el contenido de las leyes, en los testamentos, en los juramentos, en las disposiciones de última voluntad, en los estatutos jurídicos y en las declaraciones juradas de renuncia"[55]. En la misma línea de ideas TIRAQUELO (1480-1558) sostenía[56]: "constante en todos los actos y disposiciones a saber, que siempre se entiendan estando el asunto de la misma manera".

Finalmente, dentro del mismo grupo de autores de aplicación extensiva y amplia, nos encontramos con DECIO quien sostuvo en un Concilio que "los juramentos siempre deben entenderse hechos bajo la cláusula *rebus sic stantibus*"[57].

Así las cosas, durante este momento histórico, la doctrina de la imprevisión tuvo una amplísima aplicación y fue subentendida en todos los negocios jurídicos. O, en palabras de MARTÍNEZ DE MORETIN, "de la aplicación restrictiva y concreta para cada caso diferente – que podríamos agregar era la forma de aplicación de la doctrina en su inicio –, por un procedimiento de abstracción y generalización se pasó a una aplicación amplia y genérica"[58]. Se puede ver entonces que, en la época en comento, a partir de los postulados de contenido moral elaborados en los siglos anteriores, se les otorgó un contenido jurídico, o dicho de otra forma, se aterrizaron jurídicamente aquellas consideraciones morales y se plasmó con aplicación directa en el derecho.

Sin embargo, la aplicación casi sin límites de la institución, o el uso excesivo dado por los autores, o lisa y llanamente el abuso con el que fue empleada, llevó a que algunos formularan sus críticas a ella, o bien, buscaran formas de morigerar sus efectos. Uno de estos autores fue

---

[53] VILLATE ob. cit. pág. 170.
[54] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 74.
[55] BADENES ob. cit. pág. 34.
[56] *"Et hoc quidem perpetuum est in ómnibus octibus et dispositionibus, ut scilicet semper intelliguntur rebus sic stantibus"* (TIRAQUELO, "Comment. In L, si unquam, Cod. de revoc. donat", Francoforte, 1574, Praefatio, n.167, en: MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 340.).
[57] DÖRR ob. cit. pág. 255.
[58] MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 340.

ALCIATO[59] (1482-1550) precursor de la Escuela de Culta quien en su obra Opera Omnia[60] señalaba: "*Praesumitur quis durare in ea voluntate in qua fuit*", es decir, "se presume que la voluntad persiste en aquello que fue" y a continuación formula la siguiente expresión: "*Limitatur ista conlusio, ut procedat rebus sic stantibus, aliter ex causa quandoque censetur mutat voluntas",* esto es, "siempre que no hubieran cambiado las circunstancias que habrían hecho variar la decisión de la voluntad".

Del texto de MARTÍNEZ DE MORETIN extraemos que la formulación de ALCIATO anteriormente reproducida, esto es, "que la voluntad persiste en aquello que fue, siempre que no hubieran cambiado las circunstancias que habrían hecho variar la decisión de la voluntad", opera únicamente respecto de los actos unilaterales, pero no así respecto de los actos jurídicos bilaterales. Continúa la autora señalando que "parece obvia la razón por la cual puede ser admitida la revocación del acto unilateral en el caso de que un imprevisto cambiara la situación de hecho original, por el contrario, en un acto bilateral, en un contrato, solo podría ser admitida la revocación concurriendo determinados supuestos"[61].

En suma, es fundamentalmente la conjunción del trabajo de canonistas y postglosadores lo que genera que se dote de contenido jurídico los postulados de los filósofos romanos, así BARTOLO y BALDO conciben que todo contrato lleva incluida la cláusula tácita de que deben mantenerse las condiciones existentes al momento de la celebración del mismo; siendo esta fórmula de la doctrina de la imprevisión la que mayor aplicación tuvo durante el período estudiado, incluso, siendo extendida no sólo a los contratos, sino a la totalidad de los actos jurídicos por doctrinas posteriores.

Sin embargo, dicha extensión realizada por los juristas generó reticencias debido a la aplicación desmedida por parte de la jurisprudencia de los postulados de la imprevisión, sin que existieran contrapesos o delimitaciones en su aplicación, conllevando a un creciente descredito de la misma.

VI. La doctrina y jurisprudencia italiana en el siglo XVII.

Ya en el siglo XVII la doctrina y jurisprudencia italiana postulaban con profundidad y detalle los principios básicos de la doctrina de la imprevisión, entre ellos MANTICA, MANICCHIO, AGOSTINO BARBOSA, pero fundamentalmente el Cardenal Juan BAUTISTA DE LUCA. Estos autores ·no solo exponen y defienden la aplicación de la doctrina propuesta por los canonistas y postglosadores, si no que buscan fijarle claros límites a fin de evitar los abusos que en el siglo XVI generó su aplicación"[62].

En razón de lo anterior es que ya puede decirse que la doctrina que sustenta la imprevisión tiene postulados más o menos definidos y puede señalarse que estamos en presencia

[59] En esta parte seguimos fielmente lo que nos enseña MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 341 y siguientes, por lo tanto, el mérito de la investigación particular de Alciato es de dicha autora. En este apartado solamente reproduciremos aquellas partes de su texto que parezcan relevantes a juicio del autor, pero ruega que el lector tenga en consideración la visita al texto de Martínez de Moretin para un conocimiento de las fuentes directas.

[60] ALCIATI Andreae: "Opera Omnia", disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5326946948&view=2up&seq=2, (consultado el 30 de abril de 2020).

[61] MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 342.

[62] JIMENEZ GIL ob. cit. pág. 20.

de una Doctrina Jurídica, con planteamientos claros sobre de qué se trata y cuáles son sus principios cardinales. Éstos fueron magistralmente expuestos por BRUZIN al señalar:

I) Por su naturaleza, la cuestión de la "imprevisión" sólo puede tener aplicación en los contratos que el cardenal DE LUCA entiende como *habent dependiam de futuro"*[63]*,* es decir, sólo resulta aplicable a contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada y,

II) Debe limitarse únicamente a aquellos casos en que la ejecución plena suponga un perjuicio tal que constituya una flagrante injusticia.

III) Consecuencialmente, el juez debe modificar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, "cuando éstas hagan muy injusta o muy onerosa la ejecución de la obligación"[64].

VII. Derecho Español Medieval y de la Edad Moderna.

La evolución de la doctrina de la imprevisión en el período de los postglosadores significó que su aplicación se expandiera a otras latitudes, siendo una de ellas el Derecho Español Medieval., en el año 1583 se publica en la ciudad de Valencia el "Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos cuantos en los negocios humanos se suelen ofrecer"[65] del autor Francisco GARCÍA quien sostenía: "(…) Aunque el prometimiento haya sido válido después de hecho, variándose las calidades y condiciones de las cosas, puede perder su eficacia que antes tenía de obligar, como expresamente lo declaró Santo Tomás en la II, 2, qu. 110, S, ad. 5. Así como el voto que de principio fue válido, se hace inválido por la mudanza de las cosas. Pierde primeramente su obligación el promitente mudándose aquello que fue causa precisa de prometer: como si la causa de prometer algo fue la amistad que tenías a uno, de tal manera que si no te fuera amigo nunca se lo prometieras, si acontece que de amigo se te hace enemigo no quedarás obligado a cumplir tal promisión"[66].

Continúa el mismo autor señalando: "puede también por la mudanza de la cosa prometida como si la cosa que fue justa al tiempo de prometerla, y posible no muy difícil al prometedor y útil promisario, se tornase por tiempo injusta o imposible o muy difícil o inútil al promisario o dañosa al que promete, entonces la promesa se tornaría inválida y sin fuerza. Esta mudanza de cosas para que haga promesa inválida no ha de ser cualquiera, sino que tal que si el que promete la entendería al principio cuando prometió, en ninguna manera prometiera".

No obstante ser una manifestación clara de los efectos de la doctrina de la imprevisión, lo señalado por GARCÍA es a lo menos excesivo, e incurriría en los mismos "vicios" a los que apelaba ALCIATO. Es decir, por cierto que la doctrina en estudio tiene como base la modificación en las condiciones que existían al momento de celebrarse el contrato o, en palabras del propio GARCÍA: "pierde primeramente su obligación el prometimiento mudándose aquello que fue causa precisa de prometer"*,* pero aquello que muda o cambia no puede referirse a consideraciones personales de carácter subjetivo, sino que esta modificación de condiciones

[63] JIMENEZ GIL ob. cit. pág. 20.
[64] DE LA MAZA ob. cit. pág. 99.
[65] GARCÍA, Francisco (autor), ZORROZA IDOYA, María, RODRÍGUEZ PENELAS, Horacio (ed. lit.): *"Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos*", EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 2003, 1º ed.
[66] Recogido de los textos de TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 78; VILLATE ob. cit. pág. 172; ambos autores citan en esta parte a CANDIL, Francisco: *"La cláusula Rebus Sic Stantibus",* Universidad de Sevilla, 1946.

deben producir una desnivelación patrimonial o económica en la prestación del deudor, por lo tanto, hacerla extensiva al hecho de ser o no amigo del que debe la prestación es darle a la doctrina de la imprevisión una aplicación excesiva.

No es menos cierto señalar que GARCÍA estaba realizando una aplicación similar a la que en los hechos aplicaban las escuelas italianas de los postglosadores, pero no se puede dejar de mencionar que si bien forma parte de la evolución histórica, no corresponden – en cuanto a sus efectos – a la doctrina de la imprevisión aplicable actualmente.

Continuando con la referencia del Derecho español se llega a la opinión de Fray TOMÁS MERCADO, de la Orden de Predicadores y Maestros en Santa Teología, quien en el texto "Summa de Tratos y Contratos" (1587) señala: "Resta tratar brevemente a la última especie de venta que es pagar adelantado, en la cual es precio justo lo que se cree probablemente valdría la ropa al tiempo del entrego. Concertámonos por enero o febrero, venderé o daré cien fanegas de trigo que espero de mi sementera o de otra cualquiera parte, y lo entregaré a la cosecha he de llenar lo que tienen por opinión valdrá entonces, cosa que comúnmente se sabe, según el curso de los tiempos pasados y del presente. (…) Y aunque se mude y valga por algún accidente más o menos, no deja de ser firme en conciencia. (…) ni por mucho que el alcance se vendió o compró según estimación de personas entendidas en aquellos tratos es justa venta"[67].

De las palabras de Fray TOMÁS MERCADO se desprende más bien una visión crítica respecto de la doctrina de la imprevisión, pues de sus palabras se colige que si la cosa dada en venta a futuro – que podría calificarse según los conceptos jurídicos actuales de ejecución diferida – varía en su precio y aun cuando éste haya sido determinado por personas entendidas, no podrá modificarse el valor del precio independiente de si éste aumenta o disminuye.

Posteriormente, y en particular en el año 1641, en la obra "De Pactis Nuptialibus siue capitulis matrimonialibus Tractatus: multis Regiae Audientiae" su autor Joan Pere FONTANELLA[68] señala: "Llamó la atención para la mayor y más completa compresión y conocimiento de esta materia y para la confirmación posterior de la decisión Pedemontani, que es norma muy cierta de Justicia, que tantas cuantas veces el cambio temporal, resulte injusto, o se multiplique hasta el infinito, está permitido entonces restablecer, a la imparcialidad el contrato estipulado[69]".

De lo expuesto anteriormente, se descata que el jurista FONTANELLA ya se estaba refiriendo a una de las consecuencias jurídicas de la doctrina en comento, esto es, restablecer – en sus palabras – a la imparcialidad el contrato estipulado, por sobrevenir en éste, cambios en las condiciones de celebración. Aun cuando la terminología empleada por el autor, no parece del todo certera en los tiempos actuales, en lo referido con el concepto de "Imparcialidad" del contrato, no es menos cierto que si modificamos dicho concepto por el de "equivalencia de las prestaciones", si podríamos llegar a las mismas conclusiones.

En la misma línea de FONTANELLA se encuentra Jaime CÁNCER, quien en su obra "Variae Resolutiones", aparecida en Barcelona en 1760 señala: "(…) cuando el contrato tiene trato sucesivo: y es para explicar algo acerca del futuro, por entonces el cambio del tiempo

[67] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 78.
[68] FONTANELLA, Joan Pere, *"Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus",* Universitat de Barcelona. Biblioteca de Dret. Sig. XVIII-3/III/17 V. 2, disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcq24f3 (consultado 30 de abril de 2020).
[69] Traducción de TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 79

futuro sea considerado desde la imparcialidad"[70]. Respecto de este autor, pueden reiterarse las consideraciones planteadas en párrafos anteriores sobre el uso del concepto de "Imparcialidad del contrato".

Así se concluye otro período en el desarrollo de la doctrina de la imprevisión, en éste es importante destacar, en un primer momento, la aparente confusión de conceptos entre la imprevisión y la Lesión. También durante el período existen sendos fallos jurisprudenciales en donde es posible desprender como los tribunales medievales españoles resolvían casos en donde existía un cambio en las circunstancias de celebración. Además, en concordancia con los períodos anteriormente estudiados, la doctrina medieval española continúa desarrollando los elementos que deben concurrir para que pueda operar la doctrina en estudio, señalando en algunos casos aplicaciones extensivas – como cuando varíe la amistad entre contratantes – u otras bastante similares a la doctrina de la imprevisión actual como la entendida por FONTANELLA.

VIII. El Racionalismo y el Abandono de la doctrina de la imprevisión.

Como ha sido demostrado en este recorrido del desarrollo histórico-jurídico de la doctrina de la imprevisión, tanto los canonistas como los postglosadores durante la Edad Media y Moderna la emplearon de forma vaga e imprecisa, "pues no se delimitaban de una manera rigurosa las condiciones de aplicación"[71]. Aquello trajo como consecuencia que autores posteriores elaboraran críticas a su respecto, o bien, que se buscaran los mecanismos para darle una aplicación restringida.

Con todo, y sin perjuicio del desarrollo de la doctrina y jurisprudencia italiana y española, "el proceso de elaboración técnico-jurídica de la doctrina de la imprevisión se inicia – diremos se perfecciona – por parte de los autores de la Escuela del Derecho natural racionalista, los cuales adoptaron la doctrina rebus, pero con muchas reservas"[72].

Aquel proceso de perfeccionamiento de la técnica de aplicación de la imprevisión, "se debe principalmente a los autores alemanes y holandeses de la escuela de Culta, durante la segunda mitad del siglo XVII hasta finales del siglo XVIII"[73].

Dentro de los autores que la literatura menciona, es posible encontrar a Hugo GROCIO, quien en su texto *"De jure belli ac pacis"* ("Del derecho de la guerra y de la paz"), desarrolla el argumento de la interpretación restringida en cuanto a la aplicación de la doctrina de la imprevisión. Así, el jurista holandés señala, en el capítulo XVI del Libro II de su obra titulado "De la Interpretación":

"La interpretación restrictiva, fuera de la significación de las palabras que contienen la promesa, o se toma de un defecto de origen de la voluntad, o de la oposición de un caso resultante con la voluntad. El defecto de origen de la voluntad entiéndese por el absurdo que de otra manera se seguiría evidentemente, por cesar la razón única que movió entera y eficazmente la voluntad, y por defecto de la materia. Lo primero se funda en que nadie se ha de

[70] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 79.
[71] FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ ob. cit. pág. 308.
[72] FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ ob. cit. pág. 308.
[73] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 80; en el mismo sentido VILLATE ob. cit. pág. 174

pensar que quiere los absurdos[74]".

Agrega más adelante el autor que: "Suele también disputarse esto, si las promesas tienen en sí la condición tácita de si las cosas permanecen en el lugar en que están. Lo cual se ha de negar, a no ser que manifiestamente aparezca que el presente estado de las cosas está incluido en aquella única razón que dijimos[75]. Mas adelante en su texto señala que forma parte de la naturaleza del negocio que no pueda admitirse que alguien quiera comprometerse a sufrir los mayores daños[76].

Y finaliza sosteniendo: "Si seguir las palabras no es de suyo y totalmente ilícito, sino demasiado grave e intolerable al que estima con equidad la cosa; ya considerada absolutamente la condición de la naturaleza humana, ya comparando la persona y la cosa de que se trata con el mismo fin del acto. Así, quien prestó una cosa para un determinado número de días, podrá reclamarla dentro de aquellos días si él la necesita mucho, porque la naturaleza de aquel acto tan benéfico es tal, que no se ha de creer que alguno quiso obligarse con grande daño suyo[77].

De las palabras del autor, se desprende que es favorable a la aplicación de la doctrina de la imprevisión en su faz implícita, es decir, como cláusula rebus sic stantibus, ya sea por defecto originario de la voluntad o por acontecimientos que originan un desacuerdo con esa voluntad. En la primera hipótesis de aplicación – por defecto originario de la voluntad – se aplicaría de forma restrictiva, o, en otras palabras, "sugería cautela en su interpretación"[78], "por cesar las causas que plena y eficazmente movieron la voluntad"[79]. En la segunda hipótesis planteada por GROCIO, el autor admite una aplicación más amplia de la cláusula, afirmando que no es menester atenerse a la letra de los negocios –las palabras no pueden querer un ilícito – si de seguirlas fuera según el concepto preferible, demasiado gravoso e insoportable.

Posterior a GROCIO, el jurista COCCEJO (COCCEIO) también presto atención al tema de la imprevisión, incluso TERRAZA MARTORREL sostiene que "la primera tentativa de una construcción teórica completa de la cláusula *rebus sic stantibus* es atribuible a COCCEIO, caracterizada por un lado por lo vasto de las materias que trata con relación a la cláusula – todos los negocios y relaciones jurídicas, personales o reales, de derecho público o privado – haciendo disminuir con ello la precisión técnica en el significado de la cláusula. Y, por otro lado, la admisión extraordinariamente restringida de la eficacia de la cláusula en el campo de los negocios jurídicos, y especialmente de los contratos"[80].

En palabras del autor: "La cosa a saber: todo aquello que puede tratarse en el derecho, se dice pues que una cosa permanece misma cuando está en el mismo estado en que se encontraba al principio y en las mismas circunstancias. El estado (de una cosa) cambia cuando ocurre algo nuevo (…) sólo es relevante la misma, cuando la situación que sufriere un cambio produjere una variación en la substancia misma del negocio (…) que interpretar la voluntad en el sentido de referirse exclusivamente al caso concreto, no es de derecho natural y que siempre

---

74. GROCIO Hugo,"De iure belli ac pacis", L.II, cap. XVI, XXII. Versión directa del original latino por Jaime Torrubiano
Ripoll, Editorial Reus, 1925. Disponible en la web a través de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT2.pdf (consultado en mayo de 2020).
75 GROCIO ob. cit. L.II, cap. XVI, XXV2.
76 GROCIO ob. cit. L.II, cap. XVI.
77 GROCIO ob. cit. L.II, cap. XVI, XXVII.
78 MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 344.
79 TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 80.
80 TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 81.

pueden modificarse de algún modo los pactos antes que romperse"[81].

Considera que "la cláusula no puede considerarse tácitamente comprendida en los contratos, sino en los casos en que viene expresamente dispuesto por la ley"[82] y solamente encontraría *iure naturale* la particular aplicación de la cláusula en un supuesto concreto: a favor del comodante, en la hipótesis de impedimento derivado de grave enfermedad del propio padre o del propio hijo posterior a la realización del contrato, que pusiera en peligro la devolución de la cosa dada en comodato y en las disposiciones de última voluntad; así debería entenderse revocado todo lo que considerase que por el cambio en las circunstancias previstas por el testador habría determinado una variación de su voluntad.

Los postulados de COCCEIO son cuestionados por uno de sus alumnos, DE LEYSER[83], quien en su obra "*Meditationes ad Pandecta*" e interpretando el pasaje de SÉNECA, establece como regla general, que aquel que promete no es obligado al cumplimiento si acaeciera un tal cambio que no continúe ya más el estado que había al principio, si el que da la palabra lo hubiese previsto, no la hubiese hecho (la promesa). E incluso entiende que "es regla general en todo contrato la existencia de la imprevisión como eximente de responsabilidad frente al cumplimiento del contrato, así no se haya pactado"[84].

En palabras del propio autor, reproducidas por DE LA MAZA, "la alteración de las circunstancias debería ser imprevista y el fundamento de la teoría se encontraba en la necesidad de interpretar la voluntad de las partes, de interpretar el contrato. Todo contrato debería interpretarse de modo que el deudor sólo permaneciera obligado *rebus sic stantibus,* pudiendo por tanto, liberarse de sus obligaciones en virtud de una alteración esencial de las circunstancias"[85].

Con todo DE LEYSER más adelante en su obra sostiene que no es suficiente cualquier modificación de las circunstancias para desistir de un negocio pues debe venir a menos la causa del consentimiento, y dice, que es menester mucha cautela en calcular si el promitente se habría obligado cuando hubiese podido prever el nuevo estado de cosas, y es preciso que aquél que desiste del negocio no haya tenido culpa alguna en el advenimiento de circunstancias modificativas.

Siguiendo los predicamentos de GROCIO, surge otro autor de corte racionalista: Samuel PUFFENDORF, quien en su *"De jure naturae et Gentium"* "muestra desconfianza en extender el campo de aplicación de la doctrina de la imprevisión y así, sostiene que la promesa no debe extenderse en principio con la cláusula sobreentendida, porque es odiosa al anular el acto jurídico"[86]. Continúa agregando que "es un error considerar la existencia tácita de la cláusula rebus sic stantibus en toda clase de contratos, pues ello apareja inseguridad jurídica"[87].

Así las cosas, PUFFENDORF plantea que la imprevisión "puede operar sólo en aquellos casos en que exista una discrepancia o discordancia manifiesta entre la voluntad expresada y las

---

[81] MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 344
[82] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 81.
[83] El análisis y estudio efectuado a dicho autor es planteado por TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 81. Incluímos en este texto aquellos elementos necesarios para la comprensión del planteamiento del autor, pero destacamos que la fuente directa se encuentra en las páginas de TERRAZA MARTORREL.
[84] JIMENEZ GIL ob. cit. pág. 21.
[85] DE LA MAZA ob. cit. pág. 101.
[86] BADENES GASSET ob. cit. pág. 35
[87] JIMENEZ GIL ob. cit. pág. 21

circunstancias que aparecían al momento del contrato, las que son substancialmente diferentes a las vigentes al momento del cumplimiento de las prestaciones"[88]. Es debido a lo anterior que, DE LA MAZA, siguiendo a ZAKI señala que, "si bien PUFFENDORF admite en principio la aplicación de la imprevisión, aunque con limitaciones y restricciones que casi puede considerársele, en términos generales, como declarado enemigo de la misma"[89].

En la misma línea de PUFFENDORF, BARBEYRAC sostenía que "con ella no habría nada con lo que se pudiera contar con seguridad, dados los cambios frecuentes que se dan en las cosas del mundo y en los asuntos de los particulares"[90].

Aun cuando "los predicamentos planteados por GROCIO y PUFFENDORF eran expandidos y comentados, la admisibilidad de la cláusula seguía aplicándose en un sentido amplio"[91].

Una posición ecléctica entre las visiones de GROCIO y DE LEYNER, se encuentra en los trabajos de KOPP, quien toma como base el principio que "toda obligación se refiere y se extiende a todos los casos que caen bajo la fórmula rectamente interpretada de la declaración voluntad, pero no a aquellos a que la voluntad no era referida; para determinar la voluntad no basta la causa impulsiva – ocasional – que se le llama causa en un sentido impropio, sino que precisa la causa final que según la fórmula de GROCIO, es aquella que mueve plena y eficazmente la voluntad ella sola. Faltando ésta, ni siquiera estamos obligados por defecto originario de la voluntad"[92]. Así, la cláusula rebus sic stantibus es contenida tácitamente en todos los negocios – exceptuados los aleatorios, salvo pacto en contrario –, y obra en cuanto es frustrada la causa final.

J.H.EBERHARD critica los postulados de KOPP, puesto que EBERHARD entiende que "toda ley, todo contrato como también todo acto de la voluntad general, se apoya en un determinado tiempo, en un determinado lugar, en otras circunstancias a las cuales la voluntad está tácitamente condicionada, puesto que no es verosímil salvo expresión en contrario que un cambio de las circunstancias haya sido previsto, pero está condicionada sólo en cuanto tales circunstancias hayan sido presupuestadas por ambas partes – se entiende en los negocios bilaterales –, y sólo con el venir a menos de estas circunstancias – basta que lo sea una sola – se priva de eficacia"[93].

De aquel planteamiento TERRAZA MARTORREL sostiene que "es posible extraer de lo que nos enseña J. H. EBERHARD que:

a) Mientras subsiste el fin principal y las circunstancias necesariamente presupuestas en la constitución del negocio, éste permanece válido;

b) Si vienen a menos circunstancias que fueron necesarias sólo a una particular determinación del negocio, sin embargo éste subsiste, pero puede solicitarse una nueva ulterior determinación;

c) Obra la eficacia de la cláusula ipso iure, salvo que cuando ésta debe obrar se concluyan actos por el interesado que presupongan la subsistencia del negocio, pero en este caso se ha

[88] JIMENEZ GIL ob. cit. pág. 21.
[89] DE LA MAZA ob. cit. pág. 100.
[90] MARTÍNEZ DE MORETIN ob. cit. pág. 345.
[91] VILLATE ob. cit. pág. 175.
[92] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 81
[93] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 82

hecho un nuevo acto de voluntad.

d) La cláusula rebus sic stantibus no obra en forma distinta de aquella que se sobreentiende tácitamente"[94].

La doctrina concuerda en que después de EBERHARD el desarrollo doctrinario de la cláusula decae y no se encuentran textos nuevos que le otorguen aplicación; y aquellos que la tratan lo hacen para restringirla.

El último autor que citado en este recorrido histórico es WEBER, quien resalta el abuso dado al argumento; puesto que, "si se hubiese de admitir con la generosidad con que fue aplicado, todas las veces que se presentan circunstancias tales que si uno de los contratantes hubiese podido preverlas no habría concluido el contrato, admitiéndose la resolución de éste, nadie podría ya confiarse de una promesa". El autor lo ejemplifica señalando que: "si yo hubiese comprado un libro y después un amigo me lo regalase, yo debería estar autorizado a solicitar la rescisión de la venta"[95].

Por ello, según WEBER, para que pueda aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus*, es necesario que el cambio sobrevenido modifique una circunstancia tan esencialmente requerida por la naturaleza del contrato, o por la expresa convención de las partes, que sin ella el contrato venga a menos, las otras circunstancias que requerían uno u otro de los contratantes son irrelevantes.

IX. Conclusiones

En suma, el estudio del desarrollo histórico de la imprevisión permite evidenciar que no es posible atribuir a un único autor, ni a un único período la creación de los postulados que sustentan la doctrina de la imprevisión, pues se trata, más bien, de una evolución jurídico-filosófica de larga data.

Asimismo, se comprueba la influencia de la filosofía jurídica en la conformación del sustento de la institución estudiada, pues busca configurarse como una materialización de principios como la justicia, la buena y la equidad.

Uno de los principales antecedentes que nos brinda el análisis del desarrollo histórico de la imprevisión, es el determinar el momento histórico en el cual comienza a ser criticada esta institución, reproches fundados principalmente en el uso excesivo con el que fue utilizada y que mermó en la seguridad jurídica de los contratos celebrados. Tal era el estado en el que se encontraba la imprevisión cuando comienza la época de la codificación y que permite determinar el por qué no fue incorporada en los textos de los códigos civiles.

Es por ello que la mirada en el pasado, pero con vista al presente indica que la imprevisión, de ser establecida, debe encontrarse limitada en su aplicación, en otras palabras, los requisitos configurantes de ella deben evitar un uso abusivo de sus consecuencias, para evitar que nuevamente caiga en el desprestigio y así en el olvido.

La pandemia del covid-19 nos demostró que pese a que somos una sociedad cada vez mas capacitada para prever futuros eventos, no podemos preverlo todo y siempre existirán eventos que sean imposibles de prever para las partes contratantes y es por ello, que instituciones

[94] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 82

[95] TERRAZA MARTORREL ob. cit. pág. 83.

como la imprevisión son importantes en los ordenamientos jurídicos nacionales.

X. Bibliografía

1. Artículos de Revista

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *"La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico"*, Persona y Derecho, Vol. 74, 2016.

SERRANO, Enrique, *"La Teoría Aristotélica de la Justicia"*, Isonomía, Nº22, México, 2005.

DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, *"Notas acerca de la Teoría de la Imprevisión"*, Revista Chilena de Derecho, 1985, Vol. 12.

DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo, *"La Teoría de la Imprevisión",* Revista Chilena de Ciencias Sociales, Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX (julio y agosto), 1933.

MARTÍNEZ DE MORETIN, María Lourdes, *"Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión",* Revue Internacionale des Droits de I'Antiquité, 2014.

VILLATE R, Guillermo, *"La teoría de la imprevisión en el derecho privado"*, Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, 1961, Tomo XX.

JIMÉNEZ GIL, William, *"La Teoría de la Imprevisón ¿Regla o Principio?",* Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Número 2, enero-diciembre, 2009.

2. Libros

ARISTÓTELES, *"Ética a Nicómaco*", traducción de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, 2001.

BADENES GASSET, Ramón, *"El Riesgo Imprevisible",* Bosch. Casa Editorial, 1946.

CARDINI, Eugenio Osvaldo, *"La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Universal Comparado, en el Argentino y en el nuevo proyecto de Código Civil Argentino",* 1937.

TERRAZA MARTORELL, Juan, *"Modificación y Resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución"*, Bosch. Casa Editorial, Barcelona, 1951.

GARCÍA, Francisco (autor), ZORROZA IDOYA, María, RODRÍGUEZ PENELAS, Horacio (ed. lit.): *"Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos*", EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 2003, 1º ed.

SÉNECA, "Tratado de los Beneficios", Ediciones Ercilla, 1941.

ZIMMERMANN R., *"The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian*

Tradition", Oxford University Press, 1996, pág. 580 en: FÉRNANDEZ RUIZ-GÁLVEZ ob. cit. pág. 305.

3. Documentación electrónica

HIPONA Agustín: *"Comentarios a los Salmos",* disponible en: http://www.augustinus.it/spagnolo/esposizioni_salmi/index2.htm, (consultado: 8 de noviembre de 2019).

DECRETUM GRATIANI, Decreti Pars Secunda, Causa XXII, Questio II, C. XIV: *"Pro temporali uita alicuius perfectus mentiri non debet"*, ™2. (Disponible en: https://geschichte.digitale sammlungen.de/decretum-gratiani/kapitel/dc_chapter_2_2630) (consultado: 09 de noviembre de 2019).

SUMA TEOLÓGICA, Parte II-Iiae, Cuestión 110, Art. 3. Disponible en: http://hjg.com.ar/sumat/c/c110.html# (consultado el 09 de noviembre de 2019).

ALCIATI Andreae: "Opera Omnia", disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5326946948&view=2up&seq=2, (consultado el 30 de abril de 2020).

FONTANELLA, Joan Pere, *"Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus",* Universitat de Barcelona. Biblioteca de Dret. Sig. XVIII-3/III/17 V. 2, disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcq24f3 (consultado 30 de abril de 2020).

GROCIO Hugo,*"De iure belli ac pacis",* L.II, cap. XVI, XXII. Versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Editorial Reus, 1925. Disponible en la web a través de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT2.pdf (consultado en mayo de 2020).

4. Tesis

MEJÍA, Juan Carlos, *"La cláusula rebus sic stantibus como mecanismo de distribución de riesgos"*, Tesis (Doctorado en Derecho), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2015.