

Unidad II

§ 001. El Movimiento Constitucionalista

Si bien, por la escasa evidencia disponible, resulta difícil afirmar conclusiones precisas, las opiniones de los geólogos mas autorizados establecen la antigüedad de la tierra en, aproximadamente, dos mil millones de años. Consecuentemente dividen su evolución en diversas eras (de varios millones de años cada una):

- a) arcaica o azoica, en que no había vida en el planeta;
- b) primaria (aparecen los primeros animales invertebrados, anfibios y peces);
- c) secundaria o de los reptiles;
- d) terciaria o de los mamíferos;
- e) cuaternaria o del ser humano. Por lo tanto, y siempre provisionalmente, podemos afirmar que el ser humano aparece en la tierra hace ya un millón de años.-

A su vez la era cuaternaria, de acuerdo a los materiales que el hombre usó para sobrevivir y progresar, se divide en:

- a) Edad de Piedra (1.000.000 a 25.000 años a C.): Dentro de esta encontramos:

- a) 1) paleolítico inferior en el cual el hombre vivía en grupos sin organización, comenzó a emplear armas de piedra (hachas y lanzas) y vivía de la caza, la pesca y la recolección de frutos. En esta época habría vivido el hombre de Neanderthal (pueblo de Alemania en el cual se hallaron restos del mismo).-

- a) 2) paleolítico superior (25.000 a 10.000 años a. C.): El favorable clima de la edad anterior deja paso a períodos glaciales. El hombre debe buscar refugio en las cavernas (troglodita) y adquiere nuevas habilidades en el empleo de otros materiales como las pieles de los animales (con las que comienza a vestirse), los huesos y el marfil. Surge, en cuanto es importante para nuestra materia, la idea de autoridad, conforme lo muestran los bastones de mando hechos con “astas de reno”. A esta época corresponde el hombre de cro-magnon, así llamado porque sus restos fueron encontrados en esa localidad de Francia.-

- a) 3) neolítico (10.000 a 3.000 años a. C.). El hombre incrementa sus habilidades de caza, pesca y recolección de frutos. Comienza el cultivo de la tierra y la cría de ganado y aparecen las primeras comunidades sedentarias, si bien ello no impidió –en búsqueda de

tierras fértiles— amplios movimientos migratorios que incluyeron la navegación. El protagonista de estas migraciones fue el *homo sapiens*, biológicamente emparentado con el hombre de *cro-magnon*. Aparecen la familia y las ideas religiosas (muy importante para nuestra materia, pues la religión es el antecedente directo e inmediato del derecho). Aparecen los clanes o agrupaciones de familias emparentadas entre sí. Comienza la construcción de viviendas terrestres y lacustres.-

b) Edad de los metales (4.000 años a. C.): con el neolítico termina la edad de piedra y comienza la edad de los metales. El hombre empieza a emplear el cobre, luego el bronce y finalmente el hierro.-

Fundados en la prieta descripción realizada podemos, razonablemente, pensar que desde que el ser humano llegó a estas tierras, tendió a vivir en grupos, es decir, con otros seres humanos. En estos primitivos grupos, nómades en su origen, posiblemente el más fuerte ejerció las funciones de conducción del resto del grupo, imponiendo, de manera no sistémica y casi totalmente subjetiva, las normas de conducta (*inter* personales e *intra* personales (001)), que estimaba necesarias o convenientes para la supervivencia del grupo. Con la familia y el clan la autoridad social comienza, lentamente, a organizarse.-

El derecho de estas comunidades sedentarias reguló, de manera directa e inmediata, las conductas interpersonales entre particulares. Deberían pasar siglos antes de que el sistema jurídico regulase la conducta del Estado. Las conductas intrapersonales pertenecen al ámbito privado del ser humano y, para el derecho, son importantes sólo en cuanto constituyen antecedentes de las primeras.-

Cabe ahora clasificar estos primitivos grupos humanos. Siguiendo a Ferdinand Tönnies (002) diremos que la comunidad es una agrupación humana poseedora de fuertes dosis de sentimientos y hábitos comunes a todos sus miembros, resultado de la convivencia durante largo tiempo. La pertenencia de los seres humanos a la misma es fáctica, sin previa y libre determinación, por lo cual sus integrantes no poseen conciencia del hecho comunitario antes de constituir el mismo. Esta conciencia, cuando surge, es siempre posterior a la constitución de la comunidad (Ejs.: tribus, familias, clanes, grupos étnicos, lingüísticos y regionales). Aparece aquí la *wesenwille* o voluntad de esencia (el hombre tiende por naturaleza a vivir con otros seres humanos). La comunidad es prejurídica y carece de autoridad organizada.-

La sociedad, en cambio, es la agrupación humana que resulta de la decisión inteligente y voluntaria de sus miembros, los que buscan una finalidad común. Por lo general la sociedad surge de la unión de familias y clanes. Está caracterizada por la *kürwillen* o voluntad de elección. El ser humano elige pertenecer a una sociedad determinada. La sociedad es jurídica y tiene autoridad organizada.-

Si entendemos que el poder, sociológicamente hablando, es la aptitud para hacer algo, desde el punto de vista del derecho constitucional hablamos del poder en cuanto aptitud para conducir una sociedad determinada, con sujeción a reglas preestablecidas. El movimiento constitucionalista pretende, desde sus orígenes, organizar esa conducción y orientarla hacia el cumplimiento de fines preestablecidos (derecho proviene de *directum*, dirigido, direccionar las conductas en un sentido determinado *ab initio* por la norma de conducta). Procura así proteger a la persona y a sus derechos del ejercicio arbitrario del poder, imponiendo a éste el cumplimiento de ciertos fines, por procedimientos preestablecidos, todo ello a través de un sistema de normas de conducta jerárquicamente ordenadas a partir de la constitución (o sea norma superior).-

Lo dicho exige considerar que el ser humano es un sujeto de derecho distinto al poder, con derechos o prerrogativas oponibles a éste. Esta es la idea básica del constitucionalismo como veremos a continuación.-

§ 002. Antecedentes del constitucionalismo

Superada la vida en comunidad parece que toda sociedad humana previa al constitucionalismo tuvo algún tipo de organización. Sin embargo un aspecto común a estas comunidades era la subsunción del ser humano en la sociedad, haciendo imposible considerarlo un sujeto de derecho con facultades oponibles al soberano. En esta antigua etapa existieron normas constitucionales que organizaban al poder e imponían deberes a los súbditos, pero no protegían sus derechos frente al poder.-

§ 002. A. Constitución Hebrea: Los hebreos han sido, posiblemente, los primeros en tener una constitución formal (aunque dispersa en diversos textos) y material. Es la sociedad “teocrática”, según la denominación de Flavio Josefo. Los súbditos viven, o pretenden vivir, bajo el imperio de una autoridad divina, y los circunstanciales detentadores

del poder son agentes de dicha autoridad divina. Esta sociedad teocrática estaba organizada por familias agrupadas en tribus bajo la autoridad del patriarca. Su poder era absoluto pues dirigía a la familia, administraba justicia y era el jefe político, religioso y militar. El único límite era la superior autoridad de Dios. Según la Biblia el primer patriarca fue Abraham, quien habitaba con su tribu en Caldea y, siguiendo el mandato de Jehová, emigró al frente de su pueblo hacia el país de Canaán (actual Palestina), la tierra prometida (Siglo XX a. C.).-

Los ejemplos de una sociedad teocrática, semejante a la de los hebreos, que encontramos son los pueblos que vivieron bajo el budismo y sintoísmo. En Europa Occidental este tipo de sociedad se manifestó en la Ginebra de Calvino.-

El régimen teocrático de los hebreos se caracterizó por sujetar al dominador. En su sociedad, estaba limitado por la Ley del Señor (no ostentaba un poder absoluto e incondicionado). Los hebreos fueron los primeros que, probablemente como un efecto lejano de la reforma faraónica de *Akehnaton* en Egipto, insistieron en la limitación del poder secular a través de la ley moral y religiosa. Gran parte de la Sagrada Escritura (el Antiguo Testamento comienza a ser redactado en el Siglo XIII a. C.) y de la Sagrada Tradición exhortaron al gobernante a observar el valor justicia en sus imposiciones a los súbditos, así como a obedecer la ley moral, bajo apercibimiento de quedar sujeto a la ira de Jehová.-

Siguiendo el Antiguo Testamento: Una intervención divina, inicia el «tiempo de la ley». Dios elige a Moisés, revelándole su propia intimidad en el episodio de la zarza ardiente (Cfr. Éxodo 3, 14–17) y estableciendo un pacto, la Alianza del Sinaí (Éxodo 19–24; Dt. 29), en la que Dios da a los hebreos la Ley, que habrían de cumplir para mostrar su fidelidad a la Alianza. Desde entonces (Siglo XIII a. C.) hasta Jesucristo, la historia bíblica no es otra que la historia de la Alianza Antigua, la historia del Antiguo Testamento.-

La Alianza junto con la Ley dada por medio de Moisés, punto de arranque del pueblo elegido, serán el centro de resurgimiento hacia el cual Israel deberá tornar una y otra vez después de sus crisis, para permanecer fiel a su vocación de Pueblo de Dios. En momentos graves, o especialmente solemnes, se renovará la antigua Alianza. Discurrirán épocas diversas:

- a) la de la conquista de Canaán bajo el caudillaje de Josué (fines del Siglo XIII a. C.);

b) el período de las tribus dispersas (Siglo XII y primera mitad del XI), agrupadas parcial y ocasionalmente bajo los Jueces;

c) los largos siglos de la monarquía hebrea (siglos XI–VI a. C.), en la cual los reyes más notorios fueron Saúl, David y Salomón). Durante este período los Profetas ejercitarán un trascendental ministerio religioso y volverán a exhortar al pueblo y a sus dirigentes para que retornen al espíritu auténtico de la Alianza y de la Ley. Los Profetas surgieron como voces reconocidas de la conciencia pública, y predicaron contra los dominadores injustos y carentes de sabiduría que se habían separado de la Ley, base de la Alianza del Sinaí. Siglos más tarde, siguiendo una tradición más que milenaria, San Isidoro de Sevilla escribiría su famoso anatema contra el gobernante injusto;

d) como consecuencia de la negativa de Roboam, hijo de Salomón, a rebajar los impuestos a sus súbditos, estos se rebelaron y las doce tribus hebreas se dividieron. Diez de ellas formaron al norte de Palestina el reino de Israel (con Samaria por Capital). En el sur las dos tribus restantes, leales a Roboam, organizaron el reino de Judea (con Jerusalén por Capital). Las constantes luchas entre los hebreos durante los Siglos IX a VIII, los debilitaron, situación que fue aprovechada por los Persas, quienes primero destruyeron Samaria (721 a. C.) y ocuparon Jerusalén en el 586 a. C. Esta fue la gran crisis nacional y religiosa del exilio de Babilonia (Siglo VI a. C.) terrible prueba de la que el alma israelita se rehace gracias a los Profetas y a algunos dirigentes de profunda religiosidad, como Nehemías y Esdras; y, finalmente,

e) el largo periodo posterior al exilio (Siglos V al I a. C.), no exento de peligros y momentos graves, como la helenización forzada a la que quisieron someter los monarcas seléucidas de Siria a los judíos, y contra la que éstos se sublevaron bajo el caudillaje de los Macabeos (Siglo I a. C.).-

Durante estos largos siglos se fue forjando a la vez la Religión, la historia y el régimen constitucional teocrático de Israel. A impulsos del Espíritu divino, los jueces, los reyes y los caudillos defendieron la independencia nacional, condición necesaria para conservar la pureza monoteísta de la religión develada del A. T. A impulso del mismo Espíritu, los Profetas fueron enseñando las verdades de la Revelación. A título de ejemplo: unos acentuaron la responsabilidad moral y social del Pueblo de Dios (p. ej. Amós, Siglo VIII a. C.); otros, el infinito y entrañable amor de Dios por su pueblo (p. ej. Oseas).

Aparece nuevamente la figura del Conductor Supremo, a quien su delegado en la tierra debía responder).-

Cabe ahora, por la importancia del antecedente, determinar la autenticidad de las Sagradas Escrituras, tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento. En este sentido se conservan, de la Biblia, unos 6.000 manuscritos en las lenguas originales (hebreo y griego), y unos 40.000 manuscritos en antiquísimas versiones (copto, latín, armenio, arameo, etc.). En el siglo XX se descubrieron escritos, en las denominadas Cuevas de Cum Ra, probablemente del año 100 a. C., muy semejantes a numerosos pasajes del Antiguo Testamento. Estos escritos están en los idiomas originales de las Sagradas Escrituras (hebreo y arameo).-

En lo que nos interesa, el legado cultural de los Hebreos consistió en los principios religiosos que limitaron el poder del Estado (cualquiera sea su forma concreta en una sociedad determinada) y protegieron los derechos de los súbditos.-

Constitución griega: Los griegos ya conocieron, de manera rudimentaria, la doctrina de los derechos de la persona, como se advierte en la obra del dramaturgo griego Sófocles “Antígona” cuando esta increpa al Tirano Creón, invocando las leyes eternas e inmutables de los dioses: “Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres tan sólo un simple mortal. Inmutables, no de hoy ni de ayer, y eternamente poderosas, y nadie sabe cuando nacieron. No quiero por miedo a las órdenes de un solo hombre merecer el castigo divino”.-

Platón (427 al 347 a. C.) fundó en el 387 a. C. la, quizá más célebre, escuela de filosofía denominada “Academo” (en honor al héroe griego del mismo nombre), dando lugar a las actuales voces “academia” y “académico”. Entre sus numerosos escritos, y en lo que interesa a nuestra materia, está “La República” dedicada a las nociones de justicia y de Estado. También, en un avance notable para la época, distinguió la responsabilidad por daños como consecuencia de acciones voluntarias (pena “in duplum”), de similares involuntarias (pena “in simplum”). Si bien en esta época se dirigía a las relaciones entre particulares, sentó las bases de la responsabilidad subjetiva, fundamento actual de disposiciones constitucionales.-

Por su parte Aristóteles (384 al 322 a. C.), alumno de Platón, en su célebre Ética a Nicómaco, reivindicó para los jueces la atribución de corregir la iniquidad de la ley general

(“*lex statuit ex eo quod plerumque fit*”, “la ley estatuye según lo que ocurre generalmente”) al aplicarla al caso concreto, por lo que conocieron la figura del juez como distinta a la del legislador (ordinario o extraordinario). Fue también este egregio filósofo quien utilizaría la expresión *politeia*, como designación de la estructura social de la comunidad, incluyendo – como uno de sus elementos, aunque no el único– a su expresión jurídica, concepto que siglos más tarde compartiría Bodino en su *Res Pública*.-

En la Grecia clásica existió la distinción entre un poder legislativo ordinario (asamblea de ciudadanos o *ecclesia*) y un poder legislativo superior, expresado en ciertas normas de mayor jerarquía (leyes de Solón, de Dracon y de Clístenes), cuya primacía estaba asegurada por una acción denominada la *graphé paranomón*. Implementaron notables mecanismos de control: los detentadores de los cargos eran elegidos por sorteo, rotaban en los cargos por períodos preestablecidos (generalmente cortos) y no podían ser reelegidos. Todos los ciudadanos, a quienes no se les exigía calificación especial alguna salvo que se tratase de tareas técnicas, podían desempeñar cargos públicos. Parece justo afirmar que aplicaron los principios propios del Estado de Derecho para organizar el poder (*eunomía*) y buscaron la igualdad de trato ante la justicia (*isonomía*). Sin embargo no llegaron a vislumbrar, en forma directa por lo menos, la existencia de una relación jurídica entre los ciudadanos y la *polis*. Por lo tanto quedó excluida la posibilidad de defender los derechos de la persona frente al poder. No había acción ante los tribunales griegos (Tribunal de los *Heliástas*, *Phrintaneo*, etc.) a esos fines.-

§ 002. B. Constitución Romana: Los romanos, en cualquiera de sus etapas (Monarquía, República o Imperio), dieron primacía al poder estatal: “*quod regis placuit legis habet vigorem; omnia iura habet princeps in pectore suo; princeps legibus solutus est*”). Estos principios influyeron decisivamente en el absolutismo propio de los borbones franceses (“*le roit ne peu mal faire*” y en el inglés vigente hasta la Gloriosa Revolución de 1.688: “*the king can do no wrong*”). Sin embargo, de antiguo, aceptaron el origen religioso del derecho y conocieron también la doctrina del derecho natural. Cicerón, *De Republics*, Libro III, XXII, sostuvo: “Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero que sea que ordene o prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterar

por otras leyes, ni derogar alguno de sus preceptos, ni abrogarlo por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana, y siempre, una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos. El universo entero, está sometido a un sólo amo, a un sólo rey supremo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley; desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza, y por ello mismo padecer los castigos más crueles, aunque se escape a los suplicios impuestos por los hombres”. El mismo Cicerón (de *Re Publica*, I, 40) hablaría de la *constitución* romana con un significado más cercano al actual. *Ulpiano*, según las citas del *Digesto*, I, 3, 1, 2) designó a *leyes imperiales* con la expresión *Constituciones*. Este significado fue recogido por la Iglesia y permaneció a lo largo de la Edad Media. Pese a ello dieron primacía al poder estatal sobre la persona humana. El conflicto con romano-cristiano surgió cuando los escritores sagrados, filósofos y pensadores cristianos hablaron del derecho natural, derivado de la autoridad de Dios y, por lo tanto, superior al Emperador. Esta doctrina comenzó con las cartas de San Pablo los romanos, fue luego retomada por San Juan Crisóstomo y, más tarde, por San Isidoro de Sevilla en España. Con el emperador Constantino el cristianismo pasaría a ser la religión oficial y, recién con Justiniano, Siglo VI, la doctrina del derecho natural obtendría reconocimiento oficial en las Institutas Justinianeas. Éstas, en su introducción, reconocieron oficialmente el origen religioso del derecho: Así leemos en la introducción: “En El Nombre De Nuestro Señor Jesucristo: ... sino también rechazando por legítimos trámites las iniquidades de los calumniadores, y llegue a ser tan religiosísimo observador del derecho, como triunfador de los enemigos vencidos (*“In Nomine Domini Nostri Iesu Christi: ... sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens (2), et fiat tam iuris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator. § 1. Quorum utramque viam cum summis vigiliis summaque providentia, anuente Deo, perfecimus. ...”*)”. En el Título II “Del Derecho Natural, De Gentes, Y Civil: Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los animales. Más este derecho no es privativo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. ... Más el derecho se divide así, civil o de gentes. (*“Tít. II: De Iure Naturali, Gentum Et Civili. Ius naturale est, quod natura onmina animalis docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in*

terra, quae in mari nascuntur. ... Ius autem civile vel gentium ita dividitur.”). En tanto que el derecho civil es el propio de cada pueblo, el derecho de gentes es común a toda la humanidad y surge de la razón natural. Luego considera a la esclavitud como una de las aberraciones, pues originalmente todos los hombres nacen con derechos. Reiteraría esta doctrina, en sus Institutas, I, II, 11: “los derechos naturales que existen en todos los pueblos, constituidos por la providencia divina permanecen siempre firmes e inmutables”.-

El sentido de justicia de los romanos se manifestó en diversas garantías: la obligación del Estado Romano, impuesta por los Emperadores Antoninos, de alimentar a la niñez huérfana; la ejecución de la mujer embarazada –pospuesta hasta después del parto– para no matar al hijo en su seno; la existencia de los interdictos, cuya regulación se encuentra en el Digesto, Título XXIX, Libro XLIII y sobre los cuales nos detendremos a continuación.-

Surgen en el derecho público romano y su finalidad es interpelar a la autoridad pública a fin de tutelar determinados derechos de los hombres libres. Fueron creados pretorianamente y luego legislados.-

Encontramos los siguientes tipos de interdictos: prohibitorios, restitutorios y exhibitorios.-

Los interdictos prohibitorios contenían una orden prohibitiva empleando las palabras *vim fieri veto* o *veto interdictam*. Los restitutorios, instrumentados con la palabra *restituas*, disponían el reintegro de una cosa o el retorno a la situación imperante antes del evento dañoso. Finalmente, en lo que más nos interesa a nosotros tenemos los interdictos exhibitorios (también denominados *decreta*), concretados en la orden *exhibeas*, para mostrar al juez alguna cosa (*interdictum de tabulis exhibendis*), o persona. Clases de interdictos exhibitorios de personas:

a) *Interdictum de liberis exhibendis et ducendis*, otorgado al *pater familiae* para lograr la devolución al hogar de alguno de sus descendientes;

b) *Interdictum de uxore ducenda vel exhibendo*, dado al marido respecto de su esposa, para que se la mostrara e hiciera retornar a la casa familiar;

c) *Interdictum de liberto exhibendo*, concedido al patrono para lograr la exposición de liberto que debía realizarle ciertos trabajos;

d) *Interdictum de homine libero exhibendo*, para reclamar la liberación de un hombre libre dolosamente detenido. Este pasó luego al derecho inglés y al español.-

§ 002. C. Constitución Germana: Los germanos conocieron una institución semejante a nuestro juicio político. La comunidad podía remover al soberano si estaba disconforme con su desempeño. Además hablaron del “*Rechtsstaat*” o reinado de la ley, concepción con una fuerte impronta religiosa y por la cual el rey “está bajo Dios y bajo la ley, porque la ley es la que hace al rey”.-

§ 002. D. Constitución Inglesa: Surge con la Carta Magna de 1.215 el instituto del habeas corpus, cuyo antecedente remoto es el mandamiento de exhibición de persona que aceptaron por vía pretoriana los jueces romanos frente a detenciones probablemente incausadas de ciudadanos. Asimismo, con el correr de los siglos sujetaron el poder real al imperio del derecho (“*the rule of law*”). Enjuiciado Carlos II de Inglaterra se defendió sosteniendo que el Rey estaba por encima de la ley. El Juez Blackstone le contestó: “Por encima de la ley y por debajo de Dios” (“*The King is over the law but under God*”) y lo condenó a muerte en 1.649 en el cadalso de *Whithall*.-

§ 002. E. Edad Media: Se admite la supremacía de ciertas normas sobre el derecho legislado común. Por ejemplo: En España los fueros, como los de León de 1.020; de Jaca de 1.064; de Nájera de 1.076, etc. Las normas del soberano contra los fueros resultaban nulas. En Francia, las leyes fundamentales (*leges imperii*), inderogables por el príncipe (p. ej. la Ley Sálica impedía a las mujeres acceder al trono, según Bodin). En Holanda, Huber distinguirá las leyes fundamentales expresas de las tácitas, según surjan de documentos concretos o de la tradición. En Inglaterra, ciertos documentos, como la Carta Magna (1.215), se configuran asimismo como de derecho básico (*fundamental law*), superior al derecho ordinario.-

§ 003. Evolución histórica del constitucionalismo

El movimiento constitucionalista comienza en el siglo XVIII como un proceso político-jurídico, cuyo objetivo fue y es organizar y limitar al poder a través de un documento denominado “constitución”, con tres finalidades: a) llevar al Estado a proteger a la persona y a sus derechos; b) proteger a la persona y a sus derechos de la actuación estatal desorbitada y c) organizar al Estado bajo la ley. Este constitucionalismo clásico (Siglos XVII, XVIII y XIX) se impone a través de tres grandes revoluciones:

§ 003. A. Revolución Inglesa: Ocurrida en el siglo XVII (1.688), fue precedida por el *Agreement of the People* de 1.647, el *Instrument of Government* (1.653) y la Habeas Corpus Act de 1.679. Del *Instrument of Government* surgen tres órganos principales de gobierno. El Lord Protector o Lord Canciller (*The High Chancellor Of Great Britain*), el Consejo y el Parlamento Unicameral (en ese entonces). Asimismo reconoce, más ampliamente que la Carta Magna de 1.215, ciertos derechos personales. En 1.689 se dictó, en Inglaterra, el *Bill of Rights* (Declaración de Derechos), que, junto a la *Petition of Rights* de 1.628, la Carta Magna de 1.215, el *Act of Settlement* (Acta de Establecimiento o Ley de Instauración de 1.701), son parte esencial de la actual constitución inglesa.-

Conviene detenerse en la figura del Lord Canciller. Es un miembro del Gabinete, es también el *Speaker* (Presidente) de la Cámara de los Lores y magistrado (*Law Lord*) y, finalmente y cada vez en menos ocasiones, ha integrado la Comisión Judicial del *Privy Council* (Consejo Privado del Rey). Además es el encargado de designar a los jueces, de quienes en ciertas causas la Cámara de los Lores es tribunal de apelación. Pese a esta situación que, paradójicamente, concentra el poder la autonomía fáctica del poder judicial inglés no admite discusión razonable.-

Ideológicamente influyeron pensadores como Locke quien sostuvo que el Estado existe para garantizar la vigencia de los derechos naturales de las personas, superiores y anteriores al Estado, especialmente el derecho a la vida, libertad y propiedad.-

§ 003. B. Revolución Norteamericana: Tuvo lugar en 1.776 y dio lugar al dictado de varias constituciones estatales: Virginia de 1.776 entre otras y, finalmente, la Constitución Federal de 1.787. Las inmediatas enmiendas que le siguieron protegieron los derechos de las personas. Además organizó el Estado de acuerdo al esquema de Montesquieu dividiéndolo en tres poderes: Judicial, Legislativo y Ejecutivo. El que juzga no legisla ni ejecuta, el que legisla no juzga ni ejecuta y el que ejecuta no legisla ni juzga. Además los constituyentes norteamericanos tomaron de los indios cherokees (con quienes negociaba Franklin) la forma federal de gobierno, y del derecho administrativo romano de la época de la República el sistema de control recíproco entre los poderes, con preeminencia del control judicial.-

Reconociendo como antecedentes constitucionales a la Carta Magna Inglesa de 1.215 y la Petición de Derechos de 1.628, la Constitución de E. E. U. U. estableció en su:

a) Art. I, Sec. 6 la garantía a favor de los legisladores de la inmunidad de arresto durante su asistencia a las sesiones de la Cámara de Representantes;

b) Art. I, Sec. 7 establece que las leyes impositivas deben tener origen en la Cámara de Representantes;

c) Art. I, Sec. 9, prohíbe suspender el habeas corpus, salvo los casos de rebelión o invasión;

d) Tercera Enmienda: impuso la prohibición de alojar soldados en viviendas particulares contra la voluntad del propietario;

e) Quinta Enmienda hizo necesaria la acusación por un gran jurado y la indemnización por la propiedad incautada para uso público, así como la imposición de minuciosas garantías procesales.-

También cabe citar como antecedente de la Constitución Norteamericana al *Bill of rights* inglés de 1.689. El derecho de petición de la cláusula 5 se reflejó en la Primera Enmienda; el art. I, Sec. 8, párrafo 12 de la Constitución de E. E. U. U., (limitando la asignación de partidas para sostener un ejército, en tiempo de paz, a un plazo de dos años), surge de la cláusula 6 del *Bill of Rights*; la Segunda Enmienda que protege el derecho a portar armas por los ciudadanos civiles, defendida por Madison en “El Federalista (*The Federalist*), surge del *Bill of Rights* de 1.689.-

§ 003. C. Revolución Francesa: Iniciada en 1.789, estableció primero la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (27ago1789) y después la Constitución de 1.791 que divide al Estado en tres grandes órganos: judicial, legislativo y ejecutivo, pero limitó el control judicial sobre el ejecutivo, impidiendo a los jueces dar curso a demandas contra el poder administrador. Asimismo su impronta filosófica hizo depender los derechos de las personas de la voluntad del constituyente, transformando a la Constitución en una concesión graciosa de derechos del poder al pueblo, y no una limitación del poder por el pueblo. Este racionalismo influiría decisivamente en la escuela de la exégesis que imperó desde 1.830 a 1.899 y fundó la interpretación del derecho en la omnímoda voluntad de legislador.-

La Escuela Fisiocrática Francesa (Quesnay, Légendre, B. Bentham, Dufresne Saint Leon, entre otros) hablarán del orden natural en la economía, sentando el principio “dejad

hacer, dejad pasar, que el mundo va por sí solo (“*laissez faire, laissez passer, que le monde va de lui même*”).-

Sieyès aporta la idea del poder constituyente cuyo sujeto es la Nación. Su ejercicio corresponde a representantes extraordinarios, reunidos en asamblea constituyente. Sin embargo sostuvo que la Nación no estaba sujeta a poder alguno, contradiciendo el derecho natural y haciendo depender los derechos de la voluntad del constituyente.-

§ 004. Instrumentos jurídicos en cuanto antecedentes del constitucionalismo

§ 004. A. Derecho Español: En España existieron diversos fueros o leyes de ciertas comunidades, cuyo valor jurídico era superior al derecho legislado por la autoridad central (El rey). Podemos mencionar los de: León de 1.020; de Jaca de 1.064; de Nájera de 1.076, Burgos de 1.073; Toledo de 1.085; Calatayud de 1.120; Zaragoza de 1.150; Puebla de Organzón de 1.191; el Ordenamiento de León de 1.188; Vizcaya de 1.527, Egea de 1.265 y Aragón de 1.283. Estos fueros, en su origen, eran pactados, esto es, fruto de una aportación común de los Concejos a los que el Rey daba su visto bueno. Las normas dictadas por el soberano contra los fueros resultaban nulas. Quizás los que mayor importancia tuvieron fueron los fueros de Aragón, siendo su autoridad de aplicación el Justicia Mayor de Aragón. Nos ocuparemos primero de este funcionario, de las Cortes de Aragón y luego de los Fueros de dicho reino. Sin perjuicio de lo dicho, cabe hacer notar que, como antecedentes constitucionales, también hay que mencionar a los actos de corte (ver *infra*).-

El Justicia de Aragón es una institución que existió desde el Siglo XIII. En 1.591 es decapitado, por orden de Felipe I (II en Castilla) el Justicia de Aragón Juan de Lanuza (“el Mozo”). En las Cortes celebradas en Tarazona, 1.592, la constitución del Reino cambia en aspectos substanciales. Los Fueros no quedaron derogados o abolidos –ni la institución del Justicia Mayor suprimida–, pero sí profundamente modificados. Más tarde, la llegada de los Borbones al trono de España dio comienzo a la lenta declinación de esta magistratura, la que es suprimida en el siglo XVIII. En boca de su Santidad Benedicto XIII llegó a ser “el mayor oficial lego que existe sobre la Tierra”.-

Era designado por el rey discrecionalmente entre los integrantes del cuerpo de caballeros (intermedio entre el pueblo y la alta nobleza). Visto como la “personificación de

la justicia” era inamovible e inviolable (no podía ser arrestado, detenido, citado o acusado, ni siquiera por el rey), aunque estaba sometido al juicio de responsabilidad, para el control civil y criminal. Para exonerarlo debía mediar autorización de las Cortes del Reino de Aragón. Desde 1.641 era juzgado por el Tribunal de los XVII Judicantes.-

Conocía en las causas entre el rey y los hombres de fortuna, hidalgos e infanzones (Junta de Egea, 1.265); o entre los nobles entre sí; decidía contiendas jurisdiccionales, atendía consultas del monarca y recibía de éste el juramento de respetar los fueros de la universidad, siendo el protector por excelencia de la universidad aragonesa. Fue juez de apelaciones de los jueces ordinarios, también fue juez exclusivo en las causas relativas a oficiales y jueces acusados de delitos, sin que el rey, ni aun por vía de indulto, pudiese modificar sus sentencias (1.348). Este funcionario contó con lugartenientes o jueces adjuntos, que desde 1.641 llegaron a ser cinco. Su cargo, a partir del siglo XVI, fue vitalicio.-

Las Cortes de Aragón constaban de cuatro brazos: eclesiásticos, hombres de fortuna, caballeros y universidades (ciudades y villas). Eran convocadas y presididas por el Rey, y sus competencias eran amplias y variadas. El Rey sólo promulga como Fueros las leyes aprobadas “de voluntad de las Cortes y cuatro Brazos de ellas”. Tuvieron, también, una gran influencia en el derecho público a través de los actos de corte (ver *infra*). A partir de 1.592 las Cortes de Aragón, como las demás instituciones del Reino, quedan mucho más subordinadas al poder real. Ver: Los “Actos de Corte”:-

En cuanto a los Fueros de Aragón su origen remoto data de 1.247. El rey Jaime I de Aragón convocó a las Cortes Generales del Reino en Huesca, con la intención de continuar la obra legisladora de la Corona y compilar en un solo documento las normas que habían de regir la actividad privada y la administración de justicia. Los nombrados por los distintos Concejos aprueban entonces los Fueros de Aragón sobre la base de la obra jurídica previa realizada por el Obispo de Huesca, Vidal de Canellas que recoge una parte sustancial de los fueros locales. En el Privilegio Real de 1.283, Pedro III de Aragón confirma los fueros y su aplicación se extiende a todo el Reino.-

Resulta interesante destacar breves aspectos del Obispo De Huesca Don Vidal de Canellas: Huesca fue la sede en la que se reunió la Curia General (Cortes) en 1.247. Esto le dio especial autoridad a Don Vidal en aquella reunión. Ya la tenía como pariente del Rey y

consejero de su confianza. Había adquirido una sólida formación jurídica en Derecho romano y canónico en la prestigiosa Universidad de Bolonia y era amigo del influyente canonista Raimundo de Peñafort. Es del caso considerar que la expresión “antes leyes que reyes” no solo tenía un valor político de negación (teórica, aunque no práctica) del derecho romano, sino que permite sostener (quizás precariamente) que a través de la formación jurídica romana conoció los antecedentes de Cicerón en torno a la recepción romana del derecho natural, desprendido de Dios y superior al propio monarca. Sin dudas conoció las Institutas de Justiniano (ver *supra* los antecedentes romanos).-

La mayoría de los historiadores lo consideran el redactor o compilador de los Fueros, por encargo del Rey. Además, también por encargo de Jaime I, escribió una obra mucho más amplia, en latín (“*Liber in Excelsis*”), que comenzaba con las palabras “*In excelsis Dei Thesauris*” (conocida como “Vidal Mayor” en la traducción aragonesa). El “Vidal Mayor” es mucho más amplio y doctrinal que la colección de fueros, y contiene eruditas explicaciones dirigidas a los foristas y a los letrados expertos en la administración de justicia.-

Se ha discutido si recibió sanción oficial. La opinión que nos parece más plausible es que el “*Liber in Excelsis*” fue promulgado por Jaime I, pero que su voluntad se estrelló frente a la oposición de la nobleza del reino, apegada al Derecho antiguo en su versión tradicional. De este modo, adentrado el siglo XIV, sólo la *Compilatio Minor* es considerada oficial, y el *Liber in Excelsis* como una especie de comentario prestigioso. En cualquier caso, es notable que las dos compilaciones de Fueros (la menor, “oficial”, y la mayor) tienen exactamente la misma ordenación sistemática, que les dio sin duda Don Vidal.-

A título de antecedente jurídico foral, poco sabemos de los llamados “Fueros de Sobrarbe”. No conocemos texto alguno, corto ni largo, que pueda identificarse como fuero otorgado en la edad media por algún Rey a esta comarca, o elaborado en ella o en ella aplicado. Sin embargo, mito o realidad, los “Fueros de Sobrarbe” fueron muy importantes en la vida política y en la ideología foral de Aragón, a partir del siglo XV. Por ejemplo, en la “Prefación de la obra” que antepuso a la edición de los Fueros impresa en 1.552 la Comisión encargada por las Cortes de este trabajo se cuenta como los aragoneses hicieron leyes “e instituyeron los Fueros de Sobrarbe, de manera que en Aragón primero hubo Leyes que Reyes”.-

Desde entonces, esta expresión (“antes Leyes que Reyes”) se imprimió en todas las ediciones de los Fueros ordenadas por la Diputación del Reino, y en muchas otras obras. Otra variante del mito pone el énfasis en la creación del Justicia de Aragón.-

Los Fueros De Aragón llegaron a tener hasta doce libros a partir de su primera compilación en 1.247. Son impresos por primera vez en 1.476/77. En esta impresión se encontraban los Fueros de Egea de 1.265 y el Privilegio General de 1.283. En revisiones editadas posteriormente, 1.496, 1.517, 1.522 (ver párrafo siguiente) y 1.542, se siguieron adicionando los fueros nuevamente promulgados sin otro orden que el cronológico. A esta colección de fueros se le llama por ello “cronológica” y, a veces, los foristas la denominaban “Volumen viejo”.-

En 1.552 se realiza una gran refundición, incluyendo las Observancias (ver *infra*). La última tarea de compilación se produce en 1.667. La labor de codificación se vio superada en muchas ocasiones por las normas que dictaban las propias Cortes de Aragón y que se incorporaban como parte de las normas jurídicas del Reino.-

Los Fueros de 1.247 ocupaban casi la totalidad de los ocho primeros, en los que se encontraban también los Fueros de Ejea de 1.265 (origen legal conocido del Justicia de Aragón) y el Privilegio General de 1.283 (o “Privilegio Real”).-

Después, cada Rey añadió un libro con los Fueros que promulgaba, desde Jaime II (1.267–1.327) a Martín I (1.356–1.410). El Libro XII abierto por éste irá engrosando luego con los Fueros aprobados en las Cortes convocadas por la nueva dinastía de los Trastamara (desde 1.412).-

La aplicación de los fueros decae, a raíz de la muerte de Juan de Lanuza, Justicia de Aragón, ordenada por Felipe II para eliminar la fórmula del acuerdo como base de redacción de los fueros. En 1.592, las Cortes aragonesas se reúnen en Tarazona y modifican substancialmente las normas. A partir de este momento será el Rey quien establezca el contenido. La unificación con Castilla acabará definitivamente con el derecho local: en 1.707, Felipe V abolió definitivamente los fueros con la implantación de los Decretos de Nueva Planta que apenas dejan en un lugar secundario a los viejos fueros en la regulación de cuestiones particulares.-

En 1.706 Zaragoza y parte del Reino se suman a la causa del Archiduque Carlos, que disputa a Felipe de Borbón el trono de España. Todavía en guerra, Felipe decreta la

abolición de los Fueros de Aragón (26 de junio de 1.707). Rectificó ligeramente un mes después, concediendo favores a sus fieles.-

Las Observancias: El derecho foral, legislado, contenía las normas escritas más importantes que habían de aplicarse en los juicios civiles y criminales. Pero, además, los jueces aplicaban las Observancias, es decir, precedentes judiciales basados más o menos firmemente en la costumbre. Estas Observancias eran coleccionadas por foristas (como Pérez de Salanova o Jaime de Hospital), bajo su propia autoridad.-

Las Cortes celebradas en Teruel en 1.428 acuerdan encomendar a una comisión presidida por el Justicia Mayor de Aragón Martín Díez de Aux que reúna en un volumen los usos, observancias y actos de Cortes del reino. Cumple el encargo de manera selectiva y resumida, en nueve libros y en latín. Desde entonces la colección “oficial” de Observancias quedó inalterada, y se imprimió a continuación de los Fueros en todas las ediciones de éstos.-

Los “Actos de Corte”: Las Cortes de 1.552–1.553 encomiendan a otra comisión que componga una colección con los Actos de Cortes que convenga publicar, y que ésta se imprima, como de hecho ocurre en 1.554. Los Actos de Corte abordan materias principalmente de Derecho administrativo y tributario y apenas inciden en el Derecho civil.-

Mucha mayor importancia tuvo la rectificación introducida por el Decreto del 3 de abril de 1.711, que establece una nueva forma o estructura de gobierno en Aragón, reorganizando en particular la Audiencia Real (y que por ello se denomina con exactitud “Decreto de Nueva Planta”). Sólo seguirán vigentes los Fueros y las Observancias en cuanto regulen las relaciones entre particulares (substancialmente, el Derecho civil).-

En él, reafirmando la abolición de los Fueros y la aplicación de las leyes de Castilla, se admite que “la Sala Civil ha de juzgar los Pleytos civiles, que ocurrieren, según las Leyes Municipales de este Reyno de Aragón, pues *para todo lo que sea entre particular y particular, es mi voluntad se mantengan, guarden y observen las referidas Leyes Municipales*”.-

En el par de líneas que van puestas en cursiva, por sí tan poco expresivas, descansa la existencia del Derecho civil aragonés hasta nuestros días, gracias a la tenacidad con que el

pueblo aragonés lo ha mantenido vivo en sus relaciones patrimoniales, familiares y sucesorias.-

En 1.925, el “Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón” deroga totalmente “el Cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón”. Pero, a través del Apéndice, el Derecho civil aragonés llegará hasta nuestros días.-

En cuanto a las vías procesales encontramos, en el derecho foral español, cuatro procesos: de aprehensión, de inventario, la firma del derecho y el juicio de manifestación. Los dos últimos nos interesan especialmente.-

La firma del derecho consiste en una petición (la firma del derecho), una orden (la firma inhibitoria, del Justicia Mayor de Aragón) y el “presidio de firmas”, o seguridades y garantías dadas al peticionante, para ser protegido contra actos arbitrarios.-

El juicio de manifestación es el antecedente español más cercano a nuestro hábeas corpus. Existían juicios de manifestación referidos a bienes, escrituras o provisiones y a personas. La manifestación de personas, aplicada especialmente entre 1.428 y 1.592, es la que más nos interesa.-

La manifestación de personas descende del interdicto romano *de homine libero exhibendo*. Fue regulada sucesivamente por Alfonso I (1.428), Juan I (1.436), Juan II (1.461) y Fernando II (1.510), sin perjuicio de regulaciones sucesivas.-

La manifestación de personas se dividía en tres acciones distintas: la manifestación de personas privadas, la manifestación de jueces y la manifestación por vía privilegiada.-

a) La manifestación de personas privadas tenía por meta exhibir al Justicia de Aragón al particular que estuviese oculto o vejado por otro particular. El magistrado tenía facultades para extraer al detenido de la casa donde se encontraba.-

b) La manifestación de jueces protegía a todos los que habitasen en Aragón (fueran o no naturales del reino, excepto los acusados por herejía ante el Santo Oficio), que se encontraran presos sin proceso o por juez incompetente, fueren torturados o se les agraviare de alguna manera contraria a las disposiciones del fuero.-

c) La manifestación por vía privilegiada era una acción sumarísima dentro del juicio de manifestación, para decidir inmediatamente a su presentación si se concedía la libertad o no.-

Evaluación del juicio de manifestación. Sus características fueron:

- a) protegía la libertad y la integridad física de las personas;
- b) Se admitía contra personas privadas o autoridad pública (judicial incluida);
- c) Podía articularse por el propio interesado, o por un tercero (para Gimeno Sendra, importaba una verdadera acción popular);
- d) el trámite era urgente, más todavía por la vía privilegiada;
- e) La meta era exhibir y proteger al detenido, y disponer –en algunos casos– su libertad.-

Es del caso hacer notar que este instituto precede largamente al habeas corpus inglés (*Habeas Corpus Act* de 1.679).-

El Fuero de Vizcaya: Cabe recordar, igualmente, que la Ley N* 26, Título XI, de este fuero, de 1.527, instituyó un procedimiento análogo al hábeas corpus, para impugnar actos de particulares.-

Estas instituciones, antecedentes del constitucionalismo, serían dejadas de lado por el absolutismo propio de Casa de los Borbones.-

Ya en el siglo XIX cabe citar a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1.855, la cual, a su vez, como observa Caravantes, tuvo como antecedente, respecto de esta cuestión, lo prescrito en los arts. 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real de 1.846, que estableció el sistema de “libres convicciones” (discrecionalidad de los magistrados) para apreciar los resultados de la prueba en el proceso judicial, empleando la expresión “sana crítica”. Las reglas de la sana crítica, entendidas como *normas de criterio fundadas en la lógica y en la experiencia*, superan el sistema de pruebas legalmente tasadas, propio de legislaciones más primitivas.-

§ 004. B. Derecho Inglés

a) La Carta Magna de 1.215: No resulta aventurado afirmar que el constitucionalismo es una creación anglosajona. Así lo reconoció Jellinek en su célebre trabajo “*Die Erklärung Der Menschen un Burgerrechte*”, al sostener que la paternidad de Rousseau de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789 no era tal, sino que debía buscarse en las declaraciones de derechos de las colonias norteamericanas.-

Este instrumento constitucional inglés surge de la rebelión de los barones contra el Rey Juan Sin Tierra. Fue sancionada el 15 de junio de 1.215. Su art. 36 establece: “Nada en el futuro se pagará o cobrará por un mandato de inquisición, sino que éste se concederá sin cargo, y jamás se negará” y su art. 39 nos dice: “Ningún hombre libre será prendido o encarcelado o desposeído de sus bienes o proscrito o desterrado o de cualquier otro modo castigado, ni iremos nos sobre él ni mandaremos contra él, sino previo el juicio legal de sus pares o en virtud de la ley del país”. En otra versión del mismo artículo: “En lo sucesivo, ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones tuyas, sin prestar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquellas”. Este art. 39 significó la recepción legislativa del *habeas corpus ad subiciendum*, que ya existía en la práctica del *common law* antes del Siglo XIII, posiblemente como consecuencia del derecho romano (llegado a Inglaterra en la época de la dominación lacia).-

La Carta Manga no es un antecedente del derecho constitucional por haber sido una victoria del parlamento, sino por haber sido la derrota del rey a manos de los nobles. Para estos últimos, la división de poderes era, en el siglo XIII, impensable.-

Sus antecedentes son la: Carta de Canuto (1.020), Carta de Enrique I de 1.100, Carta de Esteban de 1.135 y Carta de las Libertades de Enrique II (1.154). Se aplicó a los hombres libres, no así a los villanos. Pero su valor devino de su perdurabilidad en el tiempo, lo que se notó tres siglos después cuando todos los ingleses obtuvieron su libertad.-

La Carta Magna fue confirmada por Enrique III (1.216 a 1.272) y por Eduardo I (1.272 a 1.307). Luego fue, por lo menos, confirmada 44 veces entre 1.327 y 1.422. No fue declamativa al estilo de las constituciones posteriores. Estableció reglas prácticas para resolver problemas existentes en su época. Los arts. 1 a 63 muestran que, a pesar del apoyo de Su Santidad Inocencio III, el clero inglés consideraba a Juan Sin Tierra un opresor. Por ello se estableció la libertad de la Iglesia y la elección autónoma de las autoridades eclesiásticas. Los arts. 50 a 51 exigen la expulsión de seglares extranjeros, determinados nobles y otros caballeros, así como ballesteros, escuderos y mercenarios extranjeros que hubieran entrado al país con caballos y armas para causar daños al reino. Se derogan tributos feudales y se establecen garantías judiciales.-

El art. 61 imperó la formación de una comisión de 25 barones que quedaron erigidos en jueces de los méritos de las controversias que surgiesen entre el rey y sus súbditos libres. Sus fallos podían ser ejecutados por dicha comisión, inclusive con el auxilio de la fuerza. La coacción contra el monarca no abarcaba el daño físico a su persona, la de la reina y de sus hijos. Juan Sin Tierra aceptó la existencia de esta comisión y su procedimiento. Además en el art. 61 se compromete a obligar a todos en el país a que juren aquella adhesión, robusteciendo así el poder de la justicia y su carácter, incipiente en aquel entonces, de órgano de control del rey.-

Su importancia fue tan grande que Sir Edward Coke exhumó a principios del siglo XVII para utilizarla como eficaz teoría política en su controversia con Jacobo I. De este antecedente constitucional surge la promesa de Sir E. Coke de no aplicar la fuerza del gobierno contra ningún hombre libre: “*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*”.-

La evolución prosiguió y hacia el 1.300 ya existían los tres tribunales del *common law*: *The King's Bench*, el *Exchequer* y el *Common Pleas*. Hacia 1.350 surgió la Cámara de los Comunes, que a partir de 1.430 tuvo origen electivo, limitado primero a ciertos ciudadanos y luego a través del sufragio generalizado.-

b) La Petición De Derechos de 1.628: Pese a la evolución, muy sumariamente reseñada en los párrafos antecedentes, el hábeas corpus, especialmente el *habeas corpus ad subiciendum* (ver d) 4) ff)), fue desnaturalizado en la práctica por dos razones principales: una de ellas fue la debilidad moral de determinados magistrados judiciales en imponer al monarca el cumplimiento del derecho. La segunda surgió de la incertidumbre jurídica proveniente de la aparición de nuevos tribunales con competencias no bien delimitadas. Entre estos tribunales encontramos la Corte de la Cámara Estrellada (*Court of Star Chamber* o *Camera Stellata*, cuyo nombre derivó del hecho de reunirse en un sala del Palacio de Westminster, cuyo cielorraso estaba pintado con estrellas), establecida plenamente por Enrique VII, y que llegó a actuar como una especie de inquisición. Estaba conformada por el Lord Canciller, el Tesorero del Rey, el Guardasellos del Rey, un Obispo, un Señor Temporal del Consejo Privado del Rey, dos jueces principales del King's Bench y del Tribunal de Causas Comunes; y la Corte de Alta Comisión (*Court of High Commission*), o Comisión Suprema, creada por Isabel I con competencia en asuntos

eclesiásticos. Los desafueros de ambos tribunales, siempre proclives a satisfacer la voluntad del rey, los hizo ver como enemigos de las libertades públicas de los súbditos del rey. Finalmente fueron disueltos en 1.641.-

Bajo el reinado de Carlos I (1.625 a 1.649, cuando muere en el cadalso de *Whitehall*), la necesidad de recursos para enfrentar la guerra con Francia llevó a numerosos abusos. Se establecieron impuestos y préstamos forzosos sin intervención del Parlamento violando una ley de Eduardo I. Además Carlos I dispuso levadas forzosas de nobles y plebeyos y ordenó alojar a los soldados que volvían de la campaña en viviendas particulares, en contra de la voluntad de su propietario. En 1.627 se plantea un importante conflicto entre cinco terratenientes y el Rey Carlos I, al negarse los primeros a aportar dinero a la campaña militar contra Francia. Encarcelados plantearon un *habeas corpus* ante el Tribunal del Rey (*King's Bench*), competente en el tema, en amparo por su libertad. La autoridad de detención informó que los arrestados estaban en prisión por decisión del Consejo Privado del Rey (*Privy Council*). Con esta insuficiente explicación el Tribunal del Rey desestimó el *habeas corpus*. Esta decisión significó, en la práctica, paralizar la eficacia del *writ* con esta simple fórmula: *per speciale mandatum regis*. Luego fueron liberados por orden real, derivada no de la ley sino de la libérrima voluntad del monarca.-

El Parlamento elegido en 1.628 comenzó a trabajar en una ley que permitiese a los súbditos ingleses la reparación de los agravios sufridos y la prevención de los futuros. La firme oposición real transformó el proyecto de ley en una petición de derechos, redactada por Sir Edward Cooke. Luego, elevada al Rey Carlos I, fue aprobada por éste el 7 de junio de 1.628 con la fórmula tradicional: "*Soit droit comme il est désiré*" ("Téngase por derecho como se pide").-

Comienza con una extensa enumeración de quejas contra los abusos de los funcionarios reales; condena los préstamos forzosos como violatorios de una ley de Eduardo I; consigna los encarcelamientos ilegales llevados a efecto en el curso de tales exacciones; menciona la Carta Magna y su confirmación por Eduardo III; lamenta la denegatoria del *habeas corpus* a hombres encarcelados injustamente; se refiere al alojamiento de grandes compañías de soldados en casas del pueblo contra la voluntad de éste; se queja por el sometimiento de civiles a cortes marciales.-

c) El Acuerdo Popular (*The Agreement of the People*) de 1.647: Es un instrumento con numerosas regulaciones constitucionales, emanado de la burguesía inglesa, pero que nunca tuvo sanción oficial. Parte de la doctrina no le confiere mayor importancia pues reflejó, en los hechos, la creciente influencia del pueblo en la organización del Estado, pero careció de trascendencia jurídica.-

d) El habeas corpus de 1.679: El primer instituto que hay que mencionar es el “*writ*”. Se trata de una orden según derecho (*of right*), reparadora e imperativa (*remedial mandatory*), destinada a proteger la libertad física y ambulatoria. Nace, paradójicamente, de las facultades del monarca para controlar la actividad jurisdiccional del reino. Era, inicialmente, una prerrogativa del soberano para sustraer a un inculpado de un proceso ante un tribunal inferior, para llevarlo ante otro superior (el del príncipe). La evolución cultural y jurídica, a través del tiempo, lo transformaría en una garantía individual, para tutelar la libertad física. El hábeas corpus, originalmente, nació en el *common law* y luego pasó al derecho legislado en la Carta Magna de 1.215.-

Su aplicación, aun después de la disolución en 1.641, de la Cámara Estrellada y de la Comisión Suprema, dejó mucho que desear. Los tribunales legitimados para pronunciarse, dentro de los tres días de interpuesta la acción, en este tipo de acción, el *King’s Bench*, el *Common Pleas* y el Lord Canciller, no tenían instrumentos jurídicos que les permitiesen imponer su voluntad a los funcionarios desobedientes, para los que no había sanción alguna prevista. Además eran más ejecutor de las órdenes reales que tribunal de justicia.-

Los arbitrarios proceder de Lord Clarendon y Lord Nottingham (Caso “Jenks” de 1.676) impulsaron la sanción de la *Habeas Corpus Amendment Act* (impulsada por Lord Shaftesbury), como garantía para asegurar la libertad de los súbditos del rey e impedir la prisión más allá de los mares (privando de jurisdicción a los jueces de Gran Bretaña y del debido proceso al encausado). No implicó ampliación de los derechos vigentes, sino de las garantías para tutelarlos.-

Se estipuló que los funcionarios competentes para detener personas (*sheriffs* y carceleros) deben presentar al juez, dentro de los tres días de recibido el auto de habeas corpus, el cuerpo del detenido, si la detención operaba dentro de las veinte millas del asiento del tribunal. Para distancias mayores los términos llegaban a 10 y 20 días.-

Esta acción podía deducirse ante el Lord Canciller, o el Lord Guardasellos, ante el *King's Bench*, o ante los barones del *Exchequer*.-

Presentado el detenido, el tribunal debía resolver dentro de los dos días, sobre la legitimidad de la detención, pudiendo ordenar su inmediata libertad si entendía que no había causa para convalidar el arresto o custodia.-

Se prevenían diversos incumplimientos y duras sanciones económicas contra los funcionarios. Este factor fue decisivo para el mejoramiento de la efectividad de esta garantía judicial.-

La *Habeas Corpus Amendment Act* de 1.679 fue mejorada con la nueva Act de 1.819. El régimen jurídico en estudio fue completado con las *Crown Office Rules* (1.906) y la *Administration of Justice Act* (1.960). Sobre la base de estas normas los tribunales elaboraron una sólida doctrina de protección de la libertad ambulatoria.-

Existen diversos tipos de *writ*:-

d) 1) El *writ de manucaptio*, cuyo fin era poner en libertad a un detenido, mediante la prestación de fianza;

d) 2) El *writ de odio et atia* con propósitos diversos. La finalidad más generalizada de este instituto era averiguar si un detenido estaba privado de su libertad con justa causa, o solamente por odio o venganza (*propter odium et atiam*). En otros casos estaba destinado a asegurar un proceso sin vejaciones (proceso de “felonía”) y obligaba a someter al enjuiciado a un proceso por jurados y no al “juicio de Dios”. Este *writ* es el afirmado por la Carta Magna de 1.215 en su art. 36: “Nada en el futuro se pagará o cobrará por un mandato de inquisición, sino que éste se concederá sin cargo, y jamás se negará” y en art. 39 nos dice: “Ningún hombre libre será prendido o encarcelado o desposeído de sus bienes o proscripto o desterrado o de cualquier otro modo castigado, ni iremos nos sobre él ni mandaremos contra él, sino previo el juicio legal de sus pares o en virtud de la ley del país” (*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per leem terrae*) En lo sucesivo, ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin prestar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquellas”;

d) 3) El “writ de homine replegiando”, a fin de liberar al detenido en prisión estatal o bajo la guarda de un particular, para que después contestara las imputaciones que se le formulaban;

d) 4) El “writ de habeas corpus”, Es el “auto de comparecencia” (*habeas corpus* significa “traígase el cuerpo”) que a su vez podía tener metas dispares: autorización para traslados, obtener declaraciones testimoniales, disponer la libertad, etc. Es éste el más importante y existen varias clases del mismo:

d) 4) aa) Hábeas corpus ad respondendum: es una suerte de salvoconducto, *writ* que disponía la remisión de un preso de un lugar a otro, para iniciarle allí una acción pena;

d) 4) bb) Hábeas corpus ad prosequendum: tendía a trasladar a un prisionero de una jurisdicción a otra, a fin de que se continuara en esta última una causa que tenía incoada. Tendía a que el acusado fuese juzgado en la propia jurisdicción donde presuntamente había cometido el delito;

d) 4) cc) Hábeas corpus ad testificandum: permitía traer a una persona bajo custodia, a fin de que prestase declaración testimonial;

d) 4) dd) Hábeas corpus cum causa: permitía llevar el cuerpo de una persona y del expediente que documentaba el proceso, juzgada por deudas, hasta el tribunal de justicia del Rey (*King’s Bench*). Se lo identificó también con el *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*, instituto por el cual una Corte Superior requería a una inferior el envío de un preso y de su causa, a efectos de decidir lo que el juez inferior debía hacer con dicho detenido;

d) 4) ee) Hábeas corpus ad satisfaciendum: permitía a un demandante llevar al detenido ya condenado, ante un tribunal de jerarquía superior, a fin de obtener la ejecución de la sentencia;

d) 4) ff) Hábeas corpus ad subiciendum: es el más conocido de todos. Obliga al guardián o custodio de un detenido, a exhibirlo ante la justicia y explicar la causa de la privación de la libertad. Se lo denomina, habitualmente y *brevitatis causa*, “hábeas corpus”.-

e) La Declaración de Derechos (The Bill of Rights) de 1.689: Devenido en Lord Protector de Gran Bretaña, en 1.688, Guillermo –Príncipe de Orange– convocó a una Convención de notables que, el 13 de febrero de 1.688, aprobó una Declaración de

Derechos, ratificada el 16 de diciembre de 1.689. Nació así “*The Bill of Rights*”. Como dijimos *ut supra*, el *Bill of Rights* (Declaración de Derechos), junto a la *Petition of Rights* de 1.628, la Carta Magna de 1.215, el *Act of Settlement* (Acta de Establecimiento o Ley de Instauración de 1.701, que estableció, aparentemente por primera vez de manera escrita, el principio de que los jueces son estables mientras dure su buena conducta y solo pueden ser removidos por incumplimiento de los deberes de su cargo: “*quamdiu se bene gesserint*”), son parte esencial de la actual constitución inglesa, sin perjuicios de agregar la *Parliament Act* de 1.911, el Estatuto de Westminster de 1.931 y la *Parliament Act* de 1.949.-

f) El “*Rule of Law*”: En prieta expresión significa el gobierno de la ley y es, al día de hoy, el resultado de una evolución constitucional de ocho siglos, sin perjuicio de los antecedentes de la Carta Magna mencionados, los que extenderían esta evolución a dos siglos más. Su esbozo más desarrollado surge de la obra de A. V. Dicey (1.885), “*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*” y, según este autor, tiene tres significados fundamentales: a) nadie puede ser penado o castigado sino en virtud de una disposición legal regularmente sancionada y aplicada por un tribunal de justicia ordinario; b) todos los hombres, cualquiera sea su rango o condición, están sometidos a los tribunales ordinarios, y c) los principios generales del derecho gobiernan el “*rule of law*”.-

§ 005. Constitucionalismo Clásico y Social. Generaciones De Derechos

La expresión “constitución” como conjunto de normas fundamentales de una comunidad, escritas o no, aparece hacia el siglo XVII, pues antes predominaba el concepto aristotélico de *politeia* (más amplio, como hemos visto *supra*).-

La evolución del constitucionalismo clásico (original, si se quiere) nos permite hoy mostrar, cómo sus elementos fundamentales, a los siguientes:

a) el reconocimiento de la existencia de derechos fundamentales de las personas como límites infranqueables al poder. Estos derechos dan contenido a la libertad del ser humano, a quien se ve como un sujeto de derecho diferente al Estado (quien es el legitimado para ejercer el “poder”), libertad y derechos que el Estado no sólo no puede avasallar, sino que debe proteger. Esta la finalidad (*telos*) es propia del constitucionalismo. Las constituciones escritas suelen tener un parte dedicada al reconocimiento, no exhaustivo,

de derechos de las personas (consideras individual o colectivamente) y de garantías para protegerlos, denominada habitualmente parte dogmática de la Constitución;

b) División del poder en diferentes funciones, desempeñadas por órganos distintos también. Los seres humanos que se desempeñan en ciertas magistraturas del Estado (clásicamente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo) son designados a través del voto del pueblo, considerado como cuerpo electoral, por períodos preestablecidos normativamente y, en muchos caso, con prohibición de ser elegidos más de una vez;

c) La exigencia de cooperación entre los distintos órganos que ejercen el poder. Esta cooperación abarca también la actividad de control entre los órganos, o sistema de frenos y contrapesos (*check and balances*);

d) La previsión de procedimientos para evitar bloqueos entre los órganos que ejercen el poder. Cómo ejemplo: la posibilidad de insistencia por el Congreso, con mayorías calificadas, para sancionar una ley vetada por el Poder Ejecutivo;

e) La adaptación, por procedimientos preestablecidos, del ordenamiento jurídico. El extraordinario o constitucional a través del procedimiento de reforma de la Constitución (en nuestro país la debe efectuar un órgano especial –Convención Constituyente– siguiendo un procedimiento también específico. El resto del ordenamiento jurídico (leyes, reglamentos, sentencias, etc.) tiene procedimientos habituales por los órganos ordinarios del poder;

f) Supremacía de la Constitución, obligando al resto del ordenamiento jurídico a conformarse a la misma, bajo apercibimiento de perder validez. El control constitucional de las leyes y otras normas inferiores está a cargo –habitual y principalmente– del poder judicial, sin perjuicio del control que pueden hacer los órganos legislativos y ejecutivos;

g) Existencia de un poder judicial independiente de los otros poderes, con la competencia de dictar pronunciamientos (sentencias) que tienen la aptitud de adquirir la calidad de cosa juzgada formal y substancial (o sea de no ser susceptibles de cambio posterior alguno), debiendo ser ejecutada en las condiciones que ella misma prevé. En este sentido la *executio* (competencia para ejecutar decisiones, propias o ajenas) corresponde, como principio general en un Estado de Derecho, a los jueces. Por ello, la posibilidad de ejecutar actos administrativos que pueden afectar derechos de terceros, otorgada al Poder Ejecutivo, por sí mismo y sin recurrir al auxilio judicial, es criticable y nos aparta del Estado de Derecho, acercándonos a gobiernos dictatoriales.-

Dos guerras mundiales (1.914–1.918 y 1.939–1.945), con más la crisis de 1.930, trajeron una ola de sufrimientos a nivel mundial. Las sociedades, y sus gobiernos, sin una explicación sustentable, abrazaron la idea de un Estado que, además de su rol regulador (con competencias para: establecer normas, controlar su cumplimiento, sancionar las transgresiones y resolver los conflictos), debía promover ciertos derechos como el de trabajar, de protección sindical, obtener vivienda, remuneración suficiente incluyendo la jubilatoria, acceso universal a la salud, a la educación, etc. Aparece así el constitucionalismo social y la figura de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos de segunda generación). Como ejemplos podemos citar la Constitución Italiana de 1.948, cuyo art. 3 dice: “incumbe a la república remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. Disposiciones similares encontramos en la Constitución Española de 1.978 y en las constituciones provinciales argentinas. Con el mismo criterio, pero a través de una enunciación de derechos, aparece en 1.957 el art. 14 bis de la Constitución Nacional.-

En una tercera etapa aparecen los derechos de tercera generación: derechos a la paz, al medio ambiente sano, etc. Actualmente ha comenzado a hablarse de los derechos de cuarta generación referidos las cuestiones suscitadas por el desarrollo informático: derecho a la identidad, a la protección de los datos privados, etc.-

Si bien, en una primera etapa, se habló de derechos individuales para distinguirlos de las competencias de la colectividad o Estado, actualmente parece más correcto hablar de derechos humanos, como propios del ser humano, considerado individualmente (derechos humanos individuales) o colectivamente (derechos humanos colectivos), todos ellos fundamentales para proteger a la persona del Estado desorbitado o de otros seres humanos que pretendan desconocerlos.-

§ 006. Filósofos. Vitoria, Suarez, Locke, Hobbes y Rousseau

§ 006. A. Francisco De Vitoria: Nació hacia 1.480. Su formación es francesa y se ordenó en los Dominicos. Vivió 17 años en París y luego fue a Salamanca, donde logró ser

profesor de la “cátedra de prima” o “primera” de teología, la que se conquistaba después de fuerte lucha, incluso sangrienta. Su éxito y su prestigio fueron tales que logró la designación al mes de haber llegado, para atraer aproximadamente 5.000 estudiantes.-

Logra congeniar la cultura humanista con la escolástica. Restablece la lectura de los maestros Aristóteles y Santo Tomás, sustituyendo la lectura del *Libro de las Sentencias* por la *Suma Teológica*.-

Influye decisivamente sobre Carlos V en el tratamiento de la cuestión matrimonial, a resultas del repudio de Enrique VIII a Catalina de Aragón. Sin embargo el Soberano Español desconfía del tratamiento, por Vitoria, sobre ciertos aspectos de la colonización española.-

Sus *Relectionis Theologiae* (lecciones solemnes o conferencias públicas, escritas en riguroso latín, poseen una prosa de gran firmeza y elocuencia, atestiguando la claridad de su pensamiento) constituyen un verdadero tratado de ciencia política y teoría constitucional. está compuesto de tres partes: *De potestas civile* (1.528), *De Indis* y *De jure belli* (ambas de 1.539).-

Su tesis, en lo que nos interesa, afirma:

a) el poder proviene de Dios. A su vez los hombres pueden organizarlo como crean conveniente;

b) entiende que un régimen republicano (este pensador es contemporáneo de la República de Venecia) guarda mejor la libertad y los derechos del ser humano que la monarquía;

c) sin embargo es favorable a la monarquía cuando se trata de preservar la unidad del poder, la que no debe sufrir por las discusiones propias del gobierno de varios;

d) considera que es la sociedad, a través del mecanismo de las mayorías, la que debe decidir la forma de gobierno en una comunidad;

e) exige que, en asuntos particularmente graves, el monarca no decida sin el auxilio previo del consejo. Excluye la voluntad sin límites (caprichosa o arbitraria) del monarca como criterio de gobierno.-

§ 006. B. Suárez: Jesuita español nació en Granada en 1.548 y murió en 1.617 pronunciando la célebre frase “No sabía que fuese tan dulce morir”. Es un cabal escritor

político y llegó a ser, junto con Belarmino (jesuita italiano), una gloria de la Compañía de Jesús. Fue profesor en Salamanca y en Roma. Se retiró a Lisboa donde entro en el descanso eterno.-

Es el autor de un importante *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore* (Tratado de las leyes y de Dios legislador). Además podemos mencionar: *Défense de la loi catholique et apostolique contre les erreurs de la secte anglicane* y *Defensio Fidei*. La concepción del Estado, en Suárez, parte de la previa existencia de la ley.-

Pensamiento político de Suárez (siempre a partir del derecho natural):

a) el Estado es una “sociedad perfecta” (retorna al pensamiento aristotélico), a la que le está atribuido el poder (cuyo origen mediato es Dios). Sociedad perfecta y poder son de derecho natural y, por lo tanto, de origen divino;

b) los hombres nacen naturalmente libres. El poder político, manifestación del poder creado en origen por Dios (*omnis potestas a Deo*), comienza cuando el ser humano, superando el estadio familiar, alcanza el estadio cívico, proveniente de la unión de varias familias;

c) organizada la unión de varias familias ¿quién posee la autoridad?. Suárez distingue en este tema el orden de yuxtaposición o agrupamiento material de personas en familias primero y en Estado (“sociedad perfecta”) después. Cuando aparece esta segunda agrupación surge el orden de integración o moral: la colectividad organizada debe tener un jefe que debe velar por su bienestar y conducirla;

d) la “sociedad perfecta” es una sola en la “Patria Celestial”. En esta vida Suárez acepta la existencia de divisiones entre los seres humanos y, por lo tanto, del Estado Nacional, como reflejo debilitado de la mencionada “Patria Celestial”;

e) la “sociedad perfecta” es la depositaria original del poder creado por Dios. La necesidad de una conducción unitaria lleva a la sociedad, a través de la ley civil (en cuanto humana) a delegarlo en el conductor de la misma. Por ello la organización del gobierno, en una sociedad concreta, es humana y no divina. En este sentido, ver de Suárez: *“Défense de la loi catholique et apostolique contre les erreurs de la secte anglicane”* (1.613): “... ningún rey, ningún monarca, tiene o ha tenido, según la ley ordinaria, el principado político inmediatamente de Dios o por acto de una institución divina, sino mediante la voluntad o la

institución humana ...” (salvo la única y extraordinaria excepción del pueblo judío durante el Antiguo Testamento);

f) la delegación del poder en el monarca se puede hacer de dos modos: 1) modo cuasi contractual o b) modo contractual: “*vel contractu aut quasi contractu humano* (ver la obra de Suárez *Defensio Fidei*, Libro III, Cap. II, § 017)”:

f) 1) modo cuasi contractual: el consentimiento social es dado tácitamente, poco a poco, siguiendo el acrecentamiento del pueblo. A medida que las familias se van agrandando, la autoridad paterna aparece como insuficiente y debe ser reemplazada por la autoridad cívica, la que surge del comportamiento de los ciudadanos (costumbre). El poder del gobernante y el nacimiento de la “sociedad perfecta” o estado son simultáneos;

f) 2) modo contractual: el consentimiento social está dado de manera voluntaria y explícita. Una sociedad ya formada, una sociedad natural, se da un gobierno. En la terminología del siglo XIX hablamos de “pacto social”. Desde la perspectiva del constitucionalismo hablamos de una constitución expresa, sea en un texto único, sea en varios textos;

g) la sociedad recobra su poder de dos maneras: cuando se extingue la dinastía gobernante (propia de los regímenes monárquicos), o cuando el conductor viola el pacto social. Admite, en este caso, el derecho de resistencia a la opresión que puede alcanzar, excepcionalmente, al tiranicidio. Tanto el derecho de resistencia a la opresión como el tiranicidio están sujetos a extremos muy rigurosos: deben ser generalizados, no por partes aisladas de la colectividad, ni por personas individualmente determinadas; debe surgir de los órganos naturales de la comunidad (familias, personalidades destacadas y de indudable prestigio, grandes ciudades, etc.); y, finalmente, no debe causar males mayores que los que engendró el opresor derrocado. El orden a seguir para llegar al ejercicio de este derecho extremo es: 1) la reforma del poder (a través de la concesión del monarca o merced, o a través de un acuerdo), 2) la resistencia a la opresión si la anterior no da resultado, y 3) el tiranicidio.-

§ 006. C. John Locke: Vivió en el siglo XVII. Nació en 1.632, aproximadamente, y murió el 28 de octubre de 1.704. Sus obras fueron: “*Dos ensayos sobre el gobierno*” (puede traducirse también como “*Dos ensayos sobre el poder civil*”, pues el término inglés

“Government” tiene la doble acepción de “gobierno” y “poder civil”). En el primer ensayo defenderá el poder real. En el segundo escribirá sobre el origen, la extensión y el fin del poder civil. Este último es el que le dará el prestigio actual. Otras obras suyas son: *Constitution légale de la vieille Angleterre* y *Comment sauver l’Etat*.-

Su pensamiento político puede sintetizarse en estos términos:

a) los hombres, originalmente viven en un estado de naturaleza, en el cual no existe la sociedad civil. Son libres e iguales, no existe el poder político, pero sí el poder paterno propio de la familia;

b) este estado natural es un “estado de paz, de buena voluntad, de asistencia mutua y de conservación, basado en el sentido que cada individuo tiene de su propia salvaguarda y en la reciprocidad de los comportamientos;

c) la necesidad de sancionar las violaciones al derecho natural, con métodos más efectivos que la venganza privada primero y la justicia privada después, hace necesaria la sociedad civil para ejercer no sólo el poder sancionatorio sino también el poder preventivo, para salvaguardar las personas y los bienes (fundamentalmente dada la época el derecho de propiedad);

d) cuando los hombres forman la sociedad civil es, en la concepción de Locke, porque buscan asegurar la libertad y la propiedad. Abdican por ello del derecho de hacerse justicia por mano propia y lo transfieren a la colectividad. La cláusula fundamental del pacto social (en el pensamiento de Locke) es la renuncia al derecho a reprimir las infracciones a la ley natural, transfiriéndolo al poder que, por lo tanto, está limitado a cumplir con esos fines. Aquí trazamos una distinción fundamental con Hobbes. En el pensamiento de Locke el hombre cede a la colectividad el derecho a hacerse justicia por mano propia y conserva las restantes prerrogativas que, por derecho natural, le corresponden. Hobbes entiende que el hombre cede todos sus derechos a la colectividad en la cual queda subsumido;

e) los seres humanos que se incorporen después a una sociedad determinada y formada con anterioridad deben aceptar el pacto social ya vigente, el cual adquiere –para los nuevos habitantes– carácter reglamentario.-

Thomas Hobbes: Vivió en el siglo XVII dominado por el miedo a los reyes de turno. Según Bernard Landry es “un individualista que tuvo miedo”. Entiende que el orden de la naturaleza surge del individuo. Escribió “*Elementa philosophica*” (1.642), compuesta de tres partes: “*Libertas, imperium y religio*”; y el “*Leviathan*” (1.650).-

El fondo de la naturaleza humana es, para Hobbes, el egoísmo. Cuando el ser humano busca la convivencia con otros seres humanos no es por su naturaleza social, sino por su egoísta interés. La sociedad nace, por lo tanto, del temor de unos hombres hacia los otros, lo que los lleva a formular el “contrato social”.-

En el estado de naturaleza rige la guerra de todos contra todos (*bellum ómnium contra omnes*). Los mandatos de la ley natural (que impera la búsqueda de seguridad y de auto conservación) no pueden ser obligatorios pues no hay autoridad que los imponga. La solución es pasar del estado natural (*status naturalis*) al estado civil (*status civilis*).-

Este paso se da a través del contrato social (*consentio* que celebran los seres humanos. La multitud se hace uno (*unio*) y ese uno es el “Estado” o “Leviathan” (Dios mortal). El Estado, a su vez, es el creador del derecho, entendiendo por derecho la ley civil, en cuanto emana del “Leviathan”, sin obligarlo a él mismo.-

El *consentio* y la *unio* implican:

- a) nace el Estado, en quien las personas delegan todos sus derechos, delegación que no podrá ser retractada;
- b) se pierde el derecho de resistencia a la opresión;
- c) deja de existir el bien y el mal, para ser sustituidos por la ley del Estado;
- d) el Estado, que debe estar gobernado por la monarquía, no está sujeto a ninguna ley previa, no puede ser llevado ante los tribunales y carece de responsabilidad jurídica. Su imperio es absoluto (*imperium absolutum*).-

§ 006. D. Juan Jacobo Rousseau: Nace a principios del siglo XVIII y muere el 02 de julio de 1.778. Escribió numerosas obras entre las cuales podemos citar: “*Economie politique, Discours sur l’origine de l’inegalité parmi les hommes, Jugement sur la Polysynodie de l’abbé de Saint –Pierre, Jugement sur le projet de paix perpétuelle de l’abbe de Saint–Pierre* (en estas cuatro obras anticipa sus preocupaciones sociales), el *Emilio* (dedicado a las cuestiones educativas), el *Contrato Social* (1.761), *Lettres écrites de*

la Montagne, Considérations sur le gouvernement de la Pologne et sa réformation projetée, Lettres à M. Butta-Foco” (Proyecto de Constitución para Córcega). ¿Cuál es su pensamiento?:

a) originalmente el hombre vive en un total estado de naturaleza, para Rousseau el más venturoso de todos, pues el hombre salvaje encuentra sin gran esfuerzo lo poco que necesita para vivir. No tiene necesidad de sus semejantes, a los que no reconoce individualmente. Retoma así el pensamiento de los antiguos clásicos romanos (Horacio y Cicerón);

b) un segundo estado de naturaleza atenuado. Dos facultades del ser humano, la libertad y la facultad de perfeccionarse, ayudadas por circunstancias azarosas, lo llevan a entablar relaciones con sus semejantes, conservando su plena independencia. Este estado es todavía más venturoso que el primero;

c) la invención de metalurgia y la agricultura, obra de un azar funesto en el pensamiento de Rousseau, dan nacimiento a la propiedad individual del suelo y, por lo tanto, a la desigualdad, la riqueza y la miseria, las rivalidades, las pasiones, entre otras desdichas. Deben asociarse para escapar a la destrucción material, dando lugar al nacimiento de la sociedad civil o Estado;

d) Aparece así el esencial problema a resolver: ¿cómo salvar la libertad primitiva, conciliándola con las necesidades de la asociación?. Rousseau considera, siguiendo a los antiguos, que la libertad quedará garantizada a través de la participación de todos los miembros de la asociación en la determinación del comportamiento de la colectividad, al obedecer a todos no se obedece a nadie cuando se es parte de ese todo. Esta participación se logra a través del contrato social, que radica el poder en la colectividad a través de la voluntad general, frente a la que no hay derechos oponibles, pues la voluntad general procede siempre en mira del interés público (Contrato Social, Libro I, Capítulos 6 y 7);

e) La voluntad general es la voluntad de la mayoría, después de haber escuchado a todas las voces, incluyendo las de la minoría (Contrato Social, Libro I, Capítulo 7 y Libro III, Capítulo I);

f) Por ser la voluntad general la voluntad del todo o cuerpo político (ser moral y colectivo), infalible por definición (Contrato Social, Libro IV, Capítulo I), no puede ser

representada. Para Rousseau la representación no es idónea para expresar la voluntad general (Contrato Social, Libro III, Capítulo XV);

g) La voluntad general es la encargada de dictar las leyes (Contrato Social, Libro II, Capítulo II);

h) Después de haber explicado la constitución del Estado, Rousseau pasa a explicar la forma de gobierno. El gobierno es la administración suprema, el que ejerce legítimamente el poder ejecutivo. El príncipe o magistrado a quien se encarga de esa administración suprema (Contrato Social, Libro III, Capítulo I);

i) se pronuncia por una forma de gobierno aristocrática. El gobierno funciona mejor si está a cargo de los hombres más sabios, elegidos por el cuerpo social. La elección que Rousseau desdeña para la constitución del Estado, es aceptada para la constitución del gobierno.-