

RELIGIÓN, POLÍTICA Y DERECHO: EL CASO DEL DERECHO COMUN EN LA FORMACION DEL PRIMER DERECHO REPUBLICANO CHILENO

Eric Eduardo Palma González¹

Persigo en estas breves líneas reflexionar acerca de la relación que se da entre la religión, la política y el Derecho a propósito del Derecho Común en España y en Chile. Para ello hablaré del papel de los textos castellanos en la formación del primer Derecho republicano chileno, en especial, de las Siete Partidas obra legal inspirada en el Derecho Común.

Divido mi trabajo en cinco apartados: en ellos presento una panorámica general del Derecho Común; relaciono la filosofía cristiana con el *Ius Commune* y este fenómeno jurídico con la política a propósito de la configuración del Derecho contemporáneo chileno².

I.- Panorámica general del Derecho Común

El Derecho Común se empezó a desarrollar en la Europa Occidental a partir del siglo XI. La historiografía coincide en señalar que el impulso decisivo para su aparición tratándose del Derecho Romano se encuentra en la Universidad de Bolonia gracias a la actividad desplegada en el siglo XI por el jurista Irnerio (Guarnerio). Éste ideó explicar el Derecho de modo autónomo, es decir, separando la reflexión acerca del Derecho de las disciplinas que comprendían el *trivium* y que se enseñaban en las escuelas catedralicias.

Guarnerio pensó en la posibilidad de una enseñanza de lo jurídico de modo autónomo debido al descubrimiento que se hizo en el siglo XI de diversas partes de la obra cumbre del clasicismo jurídico: las compilaciones legales y jurisprudenciales del Emperador de Oriente, Justiniano, y de los juristas que colaboraron en su tarea.

La obra de Justiniano no era enteramente desconocida en el norte de Italia pues antes del siglo XI se conocían las Instituciones, fragmentos en extracto del Código,

¹.- El autor es abogado, Doctor en Derecho, Magíster en Historia, Doctor © en Historia y profesor de Historia del Derecho e Historia Constitucional de la Universidad Central, así como profesor asistente de Historia del Derecho de la Universidad de Chile.

².- La influencia del Derecho Común en la legislación puede ser estudiada con respecto a cada institución jurídica o bien a propósito del ordenamiento jurídico en su conjunto. Para explicar el recurso al Derecho Común durante el período de la formación del primer Derecho republicano chileno parece útil la perspectiva general.

resúmenes de las *Novellae* a través del epitome *Juliani*, siendo muy escaso lo que se conocía del Digesto.

El siglo XI pudo conocer y por tanto valorar el *Codex*, el Digesto (*digestum vetus, novum e infortiatum*), las Instituciones y las Novelas. Este conjunto de obras, que fue conocido como *Corpus Iuris Civilis* a partir del siglo XVI debido a la edición hecha en el año 1585 por Dionisio Godofredo, permitió a Irnerio y sus discípulos estructurar una enseñanza autónoma del Derecho³.

Como consecuencia de esta enseñanza el primer aporte del Derecho Común al conjunto de las instituciones jurídicas es la profesionalización del Derecho, más precisamente el surgimiento de la ciencia jurídica.

El surgimiento y consolidación del Derecho Común fue posible en todo caso por la aparición e institucionalización de la universidad, es más, podemos incluso pensar que el Derecho ayudó en este proceso: La universidad justificaba su existencia, entre otras razones, porque en ella se enseñaba Derecho.

El interés por conocer la obra legislativa de Justiniano, que no es sino Derecho Romano (*lex mundana*, el ordenamiento para las cosas temporales, *in temporalibus*, y también *lex imperii*) fue paralelo al estudio del Derecho Canónico.

Varios autores, como Bermann y Coing, asignan al poder político de la Iglesia un papel muy importante para la aparición del Derecho Común, en la medida que el Derecho Canónico *alcanzó vigencia sin más en la zona de toda la iglesia latina debido a la potestad judicial y legislativa de los papas*⁴.

Se generó entonces un movimiento político cultural expresado en las universidades con manifestaciones tanto en el ámbito espiritual como temporal y que significó, en último término, la formación de un cuerpo de Derecho, de un sistema jurídico conformado por el Derecho Civil y el Derecho Canónico, y en menor medida por el Derecho Feudal y estatutario⁵: a este conjunto normativo le llamamos Derecho Común.

No se trata de una fusión de Derechos, como queda de manifiesto en las ediciones que realizan los glosadores, sino de órdenes jurídicos autónomos que

³.- Véase para este aspecto Bellomo, Manlio, **La Europa del Derecho Común**, II, Cigno Galileo Galilei, Roma, s.f.

⁴.- Helmut Coing, **Historia del Derecho Privado Europeo**, editorial Fundación cultural del Notariado, Madrid, España, 1996, pág. 34.

⁵.- El autor español Pérez-Prendes en su obra **Curso de Historia del Derecho Español**, Madrid, 1986, propone considerar también como un elemento formativo del Derecho Común, el Derecho Comercial

conforman sin embargo una unidad, *utrumque ius*. Se entendía las relaciones entre el Derecho Romano y el Canónico del siguiente modo:

- 1.- Ante los vacíos en un ordenamiento jurídico se podía recurrir al otro.
- 2.- No rige entre ambos Derechos el principio *lex posterior derogat priori*, salvo que el Derecho Canónico derogue expresamente al Derecho Romano.
- 3.- El Derecho Canónico prima si la aplicación del Derecho Romano lleva a la comisión de un pecado.
- 4.- Ante los tribunales seculares se aplica la *lex mundana* y ante los eclesiásticos el Derecho Canónico.
- 5.- Los jueces eclesiásticos tienen la facultad de atemperar el rigor de la aplicación de la ley civil.

Estamos en presencia de un ordenamiento jurídico que se estructura a partir de la doctrina: en su creación tienen un papel principal los juristas.

Estos estudiosos del Derecho ocuparon puestos de relevancia en la curia romana (en el tribunal conocido como Rota Romana), en los consejos de los príncipes y asesorando a las ciudades⁶.

Las bases políticas, sociales, económicas y culturales de este sistema se encuentran en el desarrollo de la ciudad en la época medieval, así como en la profunda reforma que experimentó la Iglesia bajo la dirección de Gregorio VII. La significación política de este último suceso ha llevado a autores como Harold J. Berman⁷, a plantear la tesis de que el primer Estado en sentido moderno sería la Iglesia después de la reforma gregoriana.

La aparición del Derecho Común está vinculada al auge que experimentó la ciudad como centro de actividad social y económica, lo que demandaba un Derecho más técnico, así como al universalismo propio de la sociedad bajo medieval configurado a partir de la idea de Imperio y de Cristiandad.

Un marco jurídico nuevo, o más bien renovado, vino a satisfacer las necesidades económicas del período bajomedieval (el auge de la ciudad y el comercio demandó

Marítimo, destacando en este aspecto los llamados Roles de Olerón que se manifestaron en el área geográfica franco-germánica hanseática.

⁶ .- Este aspecto se desarrolla entre otros, por Cannata, Carlo Augusto, Historia de la Ciencia Jurídica Europea, Tecnos S.A., Madrid, 1996; Clavero, Bartolomé, **Historia del Derecho Común**, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1994.

⁷ .- Harold J. Berman, **La formación de la tradición jurídica de Occidente**, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

nuevas instituciones); y también vino a satisfacer la necesidad de la iglesia de superar el modo germánico de entender la práctica de la vida religiosa.

Desde el punto de vista político el Derecho Común nació vinculado a una concepción política centralista promovida por el Papa así como por los Reyes. Los glosadores eran partidarios del Emperador y de su capacidad creadora de Derecho; por su parte decretistas y decretalistas se mostraban partidarios de la supremacía papal⁸.

Este Derecho de la cristiandad se difundió por España y desde esta fuente se propagó por América.

Conviene precisar en este acápite que el Derecho Común allí donde rigió lo hizo de modo subsidiario, también, que su uso se justificó más que como *lex* como *ratio*, es decir, como expresión de la razón jurídica por excelencia. En este sentido señaló Covarrubias, según nos cuenta Helmut Coing en su trabajo *Historia del Derecho Privado Europeo*, que la ley hay que interpretarla, si es posible, según el *utrumque Ius*.

Los vínculos entre la universidad, la iglesia y el Derecho Común nos permiten establecer una relación estrecha entre escolasticismo, filosofía cristiana y Derecho Común.

II.- Filosofía cristiana, escolasticismo y Derecho Común

La filosofía patrística y medieval desarrollada en una medida muy importante por cristianos, muchos de ellos clérigos, se elaboró en *función más o menos estrecha de la explicación racional del dogma católico*⁹.

Es posible hablar entonces de una filosofía cristiana que se ocupó principalmente *de la explicación racional del dogma revelado, y se llevó a cabo – al menos en los tres primeros períodos de la Edad Media- armónicamente con la fe cristiana...la filosofía medieval, a pesar de las diferencias –a veces profundas- que se detectan entre los autores, tiene una notable unidad temática y metodológica, que deriva de su constante referencia a la Revelación*¹⁰.

Así tenemos que en San Agustín la preocupación epistemológica fue no sólo un tema intelectual sino también moral. *Salir en busca de la verdad era partir hacia el descubrimiento de Dios..El punto de partida de toda la epistemología agustiniana era*

⁸.- Francisco, Tomás y Valiente, **Manual de Historia del Derecho Español**, Editorial Tecnos, 1992.

⁹.- José Ignacio Saranyana, **Historia de la Filosofía Medieval**, Eunsá, Pamplona, 1989, pág. 25.

¹⁰.- José Ignacio Saranyana, ob. cit., pág. 27.

*la fe misma, según aquel principio que él habría de legar a la Edad Media: fides quaerens intellectum*¹¹.

Para San Agustín el hombre es un ser pensante dotado de ideas eternas (la sabiduría) que le ponen en contacto directo con Dios. También es concebido como un alma que se sirve de un cuerpo.

Interesante resulta la reflexión del Doctor de Hipona respecto del bien y del mal, y su influencia en la concepción que propone de la libertad. El mal existe en tanto que privación de la perfección debida. *Por la creación toda la realidad es buena. El mal verdadero es el mal moral, el pecado, que procede de la libre voluntad de las criaturas racionales...la voluntad humana, considerada en sí misma, es buena, y el libre albedrío, en sí mismo, es un bien y es condición para alcanzar la felicidad, sin embargo, la voluntad creada es falible, se puede equivocar, y el ejercicio del libre albedrío comporta el riesgo del pecado. Así pues, la voluntad libre se hace mala cuando está privada del orden debido*¹².

La libertad no puede emanar del pecado porque éste lleva al hombre a caminos sin salida. *La libertad consiste en usar bien del libre albedrío: libertas vera est Christo servire. Y así la libertad es mayor cuanto más unido está el hombre a Dios, y por tanto más apartado del mal*¹³.

Llevadas estas ideas al terreno de la organización social San Agustín concibe la ciudad terrena y la ciudad de Dios, *civitas Dei*, que aparece dando sentido a la historia de la humanidad en una lucha constante con la ciudad terrena, lucha de la que saldrá victoriosa la ciudad de Dios. Para que ello sea posible la sociedad requiere *regirse por una voluntad ordenada y sujeta a norma...toda la sociedad quiere la paz, y la paz es orden. En efecto: la paz del cuerpo humano es el equilibrio ordenado de todos sus órganos...la paz del alma es la armonía del conocimiento racional y la voluntad, la paz doméstica es la concordia de las familias, obtenida por el amor, los mandamientos y la obediencia; la paz de la ciudad es la misma concordia familiar extendida a todos los ciudadanos; y la paz de la ciudad cristiana es una sociedad perfectamente ordenada de hombres que gozan de Dios y se aman mutuamente en Él. En todas las cosas, pues, la paz <<es la tranquilidad del orden>>*¹⁴.

¹¹.- José Ignacio Saranyana, ob. cit., p. 57.

¹².- José Ignacio Saranyana, ob. cit., p. 67.

¹³.- José Ignacio Saranyana, ob. cit., p. 69.

¹⁴.- José Ignacio Saranyana, ob. cit., p. 69.

No todos estos planteamientos van a ser aceptados por Santo Tomás quien sostuvo una nueva teoría del conocimiento, según la cual, la iluminación no viene de Dios, sino que se *aprende o abstrae lo que hay de inteligible en las cosas materiales por la luz del intelecto agente*¹⁵.

Otro texto relevante para nuestro tema es el *corpus dionysiacum* escrito a comienzos del siglos VI bajo el seudónimo de Dionisio el Presbítero y difundido en el siglo IX.

En la *obra se identifica a Dios Creador con el Bien ..así como el sol penetra todas las cosas y se hace presente con su luz, análogamente, el Bien difunde sus rayos por todas las criaturas, dándoles el grado de ser que corresponde a cada uno. La iluminación divina produce naturalmente una jerarquía de seres, de modo que cada ser queda fijado en su naturaleza propia y cumple su misión en relación con los demás. Además, los seres superiores influyen sobre los inferiores (por ejemplo, unos Ángeles iluminan a otros) y, como el universo se dispone en grados –y no en saltos bruscos-, reina en la creación una <<continuidad metafísica>>.*

Dice Saranyana que en las Sagradas Escrituras hay varios órdenes de espíritus creados: Serafines, Querubines, Potestades, Virtudes, Arcángeles y Ángeles- *..Santo Tomás aceptara esta visión armónica de los grados del ser creado y tomará también del Dionisio el principio de que bonum diffusivum sui -el bien es difusivo de suyo-, que se aplica a la libre generosidad del acto creador de Dios, y al influjo constante de las criaturas superiores sobre las inferiores*¹⁶.

Este conjunto de reflexiones nutrieron el modo de conocer propio de la Edad Media, el escolasticismo. Éste con su combinación de razón y de fe, tuvo en el Derecho Común el correlato perfecto: El Derecho romano representaba el elemento racional y el canónico la fe.

Desde esta perspectiva, a mi juicio, la peculiaridad del Derecho Común en tanto que ordenamiento jurídico descansa en el carácter trascendente que presenta: la regulación jurídica se entiende íntimamente ligada a la vida eterna, a la salvación del hombre¹⁷.

¹⁵.- José Ignacio Saranyana, ob. cit., p. 71.

¹⁶.- José Ignacio Saranyana, ob. cit., p. 75.

¹⁷.- Esta idea de la salvación humana está presente también en la compilación justiniana.

III.- Influencia de la dimensión ético-trascendente del Derecho Común en las instituciones jurídicas

Creo correcto señalar que la influencia básica, esencial, el impacto más significativo del Derecho Común en las instituciones jurídicas, ya sean del Derecho Público o Privado Castellano e Indiano, se encuentra en la impronta finalista, ético trascendente, con que informó al ordenamiento jurídico.

Del análisis de las Siete Partidas se desprende de modo fluido este interés del legislador por salvar, ante todo, el alma del hombre¹⁸:

En las Partidas (1, 1, 6) se señala respecto del fundamento de la ley:

“Tomadas fueron estas leyes de dos cosas. La una, de las palabras de los Santos, que hablaron espiritualmente lo que conviene a bondad del home, é salvamiento de su alma. La otra, de los dichos de los Sabios que mostraron las cosas naturalmente: que es para ordenar los fechos del mundo, de cómo se fagan bien, é con razon. E el ayuntamiento de estas maneras de leyes han tan gran virtud, que aducen cumplido ayuntamiento al cuerpo, é al alma del home. E por ende el que las bien sabe, é entiende, es home cumplido, conociendo lo que ha menester para pro del alma é del cuerpo”.

Esta misma regulación fue recogida en la Novísima Recopilación (3, 3,1).

La disposición constituye una síntesis extraordinaria del Derecho y de la sociedad española medieval y moderna.

El escolasticismo, esta comprensión del mundo a partir de dos elementos que confluyen para formar una ética dada que lleva a la salvación del alma del hombre, tiene en estas disposiciones normativas su más acabado correlato.

De la circunstancia de que las leyes tengan un fundamento espiritual y uno temporal se derivan un conjunto de reglas contenidas en la Partida Primera acerca de qué tipos de leyes se pueden distinguir, qué tipo de Derecho deben contener esas leyes, cómo han de hacerse las leyes; que provechos se siguen de su existencia; quien tiene poder para hacer las leyes, cómo se deben obedecer; quién debe hacer las leyes, etc., etc.

A este respecto se señala (P1, 1,11).

“El facedor de las leyes debe amar a Dios é tenerle ante sus ojos, quando las ficiere, porque sean derechas e complidas. E otrosí debe amar

¹⁸.- Hay consenso en la historiografía en que el Derecho Común se manifestó en el Derecho español principalmente en la obra legislativa del rey castellano Alfonso X .

justicia, é pro comunal de todos. E debe ser entendido para saber departir el derecho del tuerto, é no debe haber vergüenza en mudar e enmendar sus leyes quando entendiere, ó le mostraren razon porque lo debe facer, que gran derecho es, que el que a los otros ha de enderezar, é enmendar, que lo sepa facer á si mismo quando errare”

El prólogo de la Partida Segunda señala que *Dios es primero, e comienzo , e medio, e acabamiento de todas las cosas*. De ahí la necesidad de regular cumplidamente la organización de la Iglesia. Sin embargo, ocurre que no siempre los cristianos actúan de acuerdo con el mandato divino y en este caso el *poderío espiritual* nada puede hacer , pues es todo:

“... lleno de piedad, e de merced: por ende nuestro Señor Dios puso otro poder temporal en la tierra, con que esto se cumpliesse, assi como la justicia que quiso, que se fiziese en la tierra por mano de los Emperadores, e de los Reyes. E estas son las dos espadas, por que se mantiene el mundo. La primera, espiritual. E la otra, temporal. La espiritual, taja los males ascondidos, e la temporal los manifiestos...E por ende estos dos poderes se ayuntan a la Fe de nuestro Señor Jesús Cristo, por dar justicia cumplidamente al alma, e al Cuerpo. Onde conuiene por razon derecha, que estos dos poderes sean siempre acordados, assi que cada uno de ellos ayude de su poder al otro. Ca el que desacordasse, vernia contra el mandamiento de Dios, e auria por fuerza de menguar la Fe, e la Justicia, e non podria luengamente durar la tierra en buen estado, ni en paz, si esto se fiziesse”.

Nuevamente observamos aquí a propósito de la justificación de la existencia del poder político del Emperador y del Rey como el Derecho Común contribuye a la protección de la concepción del hombre considerado como hijo de Dios.

La dualidad del mundo, la dualidad del Derecho, provoca una dualidad de poderes que en todo caso deben trabajar unidos para la salvación del hombre. El poder real es diferente del eclesiástico pero ambos persiguen el mismo fin y por lo tanto deben

apoyarse uno en el otro¹⁹. Un conjunto de reglas respecto del Emperador y del Rey (P2, 2,5) darán amparo jurídico a esta concepción:

“Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reyno, puestos sobre las gentes, para mantenerlas en justicia, e en verdad quanto en lo temporal, bien assi como el Emperador en su Imperio. Esto se muestra cumplidamente en dos maneras. La primera dellas es espiritual, segund lo mostraron los Profetas, e los Santos, a quien dio nuestro Señor gracia de saber las cosas ciertamente e de fazerlas entender. La otra es segund natura, assi como mostraron los omes sabios, que fueron conoscedores de las cosas naturalmente. E los santos dixeron, que el Rey es puesto en la tierra en lugar de Dios, para cumplir la justicia, e dar a cada uno su derecho. E porende lo llamaron corazon, e alma del pueblo. Ca assi como yaze el alma en el corazon del ome, e por ella biue el cuerpo, e se mantiene, assi en el Rey yaze la justicia, que es vida e mantenimiento del pueblo de su Señorío. E bien otrosi como el corazon es uno, e por el reciben todos los otros miembros unidad, para ser un cuerpo, bien assi todos los del Reyno, maguer sean muchos, porque el Rey es, e deue ser uno, por esso deuen otrosi ser todos uno con el, para servirle, e ayudarle en las cosas que el ha de fazer. E naturalmente dixeron los Sabios, que el Rey es cabeza del Reyno, ca assi como de la cabeza nascen los sentidos por que se mandan todos los miembros del cuerpo, bien assi por al mandamiento que nasce del Rey, que es señor e cabeza de todos los del Reyno, se deuen mandar, e guiar, e auer un acuerdo con el, para obedescerle, e amparar, e guardar, e acrescentar el Reyno: onde es el alma e cabeza e ellos miembros”.

También hay un conjunto de regulaciones acerca de cómo debe actuar el Rey en relación con sus vasallos, ya sea como legislador o como juez y en tanto que Vicario de Dios en su Reino.

Esta unidad entre lo temporal y lo religioso para la obtención de un mismo fin ético-trascendente tuvo enormes consecuencias para la organización socio-política: se

¹⁹ .- Se ha dicho en este sentido por Joseph F. O’Callaghan, en **El Rey Sabio. El reinado de Alfonso X de Castilla**, Universidad de Sevilla, 1999, pág. 78, que Alfonso X insertó la doctrina católica en sus textos legales como una manera de reafirmar *la unidad de la ley y su propia responsabilidad de garantizar el cumplimiento de la fe cristiana También daba una buena prueba de su ortodoxia, destacando la unidad de fe compartida con el obispo de Roma. Y aunque .afirmaba de manera firme que no tenía superior alguno en lo temporal... reconocía también de buen grado la supremacía espiritual del Papa.*

gestó una comprensión de las conductas que serían calificadas como ilícitos desde lo pecaminoso. Y esta ilicitud no sólo estará referida a las relaciones entre particulares sino también a las de carácter público o político.

IV.- La utilización política de la promesa de la salvación

En las Siete Partidas no hay a propósito del Derecho Penal, instrumento de control social y político, una distinción precisa entre delito y pecado. Las conductas delictivas tiene como su antecedente la comisión de un pecado o la mantención de una actitud pecaminosa.

Así tenemos que en el preámbulo de la Partida Siete se sostiene:

Tales hechos...que se fazen con soberuia deven ser escarmentados crudamente...los malos fechos, que se fazen a plazer de una parte, e a daño, e a deshonna de la otra. Ca estos hechos atales son contra los mandamientos de Dios, e contra buenas costumbres”.

Cabe considerar entonces al delincuente también como un mal cristiano, luego, la legislación penal que emana de la Corona está legitimada, entre otras cuestiones, porque persigue a los pecadores.

Esta idea aparece con mucha claridad en la P7, 3, 1, en relación con los atentados en contra de la persona del Rey:

Laesae Majestatis crimen... traycion es la mas vil cosa, e la peor, que puede caer en coracon de omen. E nascen de ella tres cosas, que son contrarias a la lealtad, e son estas: Tuerto, mentira e vileca. E estas tres cosas facen al coracon del ome tan flaco, que yerra contra Dios, e contra su Señor natural, e contra todos los omes, faziendo lo que non deue facer..., e es maldad que tira de si la lealtad del coracon del ome...”.

El orden providencial querido por Dios y determinado por la sabiduría de los *Antiguos Sabios* y por el rey como *Vicario de Cristo*, es protegido al ampararse la persona del Monarca considerando los atentados contra él como pecados.

Los delitos contra el orden social y las personas son también pecados que emanan de un corazón soberbio, contaminado por la maldad. Pasa de este modo el elemento ético-trascendente a tener también una función política en la vida terrenal.

V.- La utilización política de la dimensión ético-trascendente del Derecho Común en el período de la formación de la República en Chile

La idea de que el Derecho y su ordenación contribuyen a la salvación del alma y a la sanidad del cuerpo, llegó a América en 1492 y se proyectó más allá del término de la dominación de la Corona española.

En el caso concreto de Chile a pesar de que no se destaca en la gestación de la República la idea del titular del Poder Ejecutivo como *Vicario* de Dios, no dejan los patriotas chilenos de lado la herencia espiritual española: libres pero también cristianos.

Ello se puede entender perfectamente si reparamos en el hecho de que la escasa influencia del ideario ilustrado en Chile en el siglo XVIII, y en la primera década del siglo XIX, implicó sólo el desarrollo de una actitud crítica que no era sin embargo racional-sensible. Chile sigue siendo desde el punto de vista de las ideas filosóficas y desde el punto de vista de las mentalidades, una sociedad más bien escolástica que ilustrada.

Esta actitud crítica revisionista²⁰ que caracteriza como católico al reformismo dieciochesco se proyectó a las primeras décadas del siglo XIX y esta proyección tuvo consecuencias para la obra cumbre del Derecho Común en España e Indias, las Siete Partidas.

En el Chile republicano la obra legal de Alfonso X va a ser invocada, reconocida, pero ya no como obra de la Corona española, a la que se le atribuían todos los males, sino como manifestación de la voluntad de Dios. No en vano Alfonso X había bebido en las Sagradas Escrituras, y en las opiniones de los Santos, principios de los cuales se desprendían reglas de conducta permanentes en la medida que miraban no sólo a la organización de la sociedad, sino, también a la salvación del alma.

A pesar de que tuvo lugar en Chile un intento, recurriendo a la fe, por impedir la formación de la nación independiente²¹, actitud mayoritaria entre los religiosos, ello no significó que el grupo dirigente partidario de la independencia renegara de la fe.

²⁰.- He desarrollado este concepto en Palma González, Eric Eduardo, **Historia del Derecho Chileno Contemporáneo. Introducción**, 2ª. Edición revisada y aumentada, Universidad Central de Chile, Chile, 2003.

²¹.- El 29 de agosto el sacerdote José María Romo sostuvo a este respecto: *Hablemos claro que ninguna cosa embaraza más que ésta el negocio de nuestra salvación i ninguna puede acarrearlos mayores males. Porque ¿cómo podrán pensar en su salvación unos cristianos conmovidos y agitados con ese nuevo plan de gobierno contra las leyes de nuestra monarquía y contra los preceptos de Dio? Para una alteración de tantas consecuencias no tenemos orden de la Península...antes bien, sabemos que la junta que representa la autoridad del monarca ha dado sus órdenes...pensar pues en resistir a estas órdenes es querer resistir la ordenación, como lo dice el apóstol, qui potestati resistit, Dei ordinationi resistit el que resiste el poder, resiste las órdenes de Dios)...Decid, pues, claro que no queréis sujetaros ni obedecer al*

Ya sea en el preámbulo o en el articulado del texto de los diferentes cuerpos constitucionales los chilenos invocan a Dios: La Constitución de 1812 consagra en su artículo primero: *La religión católica, apostólica es i será siempre la de Chile*. Y el preámbulo de la Constitución de 1818 se lee: *En el nombre de Dios omnipotente, Creador i Supremo Legislador*.

Y el artículo 11 de este mismo cuerpo constitucional dispone:

Todo hombre tiene libertad para publicar sus ideas i examinar los objetos que están a su alcance, con tal que no ofenda a los derechos particulares de los individuos de la sociedad, i la tranquilidad pública i Constitución del Estado, conservación de la religión cristiana, pureza de su moral i sagrados dogmas...”.

El senado-consulta de noviembre de 1818 que reguló los jueces-diputados como jueces del crimen disponía en su artículo 28:

Será uno de sus principales i grandes cuidados el velar i celar las ofensas que se cometieren contra Dios, no perdiendo momento para impedir las en todo caso, teniendo presente la dura obligación que sobre esto se les impone i en el evento contrario serán responsables ante la Divina Majestad i sus jueces”

La ley que estableció la instrucción primaria disponía por su parte:

No se podrá ejercer en el territorio de Chile el Magisterio de primera letras (ya se le nombre de oficio, o ya el mismo interesado lo solicite) sin los requisitos de manifestar atestación auténtica de su Párroco de haber sido examinado i aprobado en la Doctrina Cristiana...”.

En 1823, Juan Egaña, uno de los pensadores más relevantes de la cuestión pública reflexionaba en su obra *Examen Instructivo sobre la Constitución*, que: *sin relijion uniforme no puede haber un gobierno concorde*.

precepto de Dios, que no queréis obedecer a la potestad de los reyes de España, que Dios nos dio desde la conquista i que nos ha conservado hasta hoy misericordiosamente, decid que pensáis gobernaros mejor por vosotros mismos que por la potestad de lo alto, i entonces no os admiréis de que declamemos en los púlpitos contra una desobediencia tan escandalosa contra una soberbia tan luciferina i contra una ambición tan funesta, que no sólo degrada a nuestro reino del concepto de fiel, obediente i sumiso en que lo han tenido todas las naciones, sino que excita la justicia de Dios a que descargue sobre nosotros

A los independentistas republicanos chilenos sus convicciones religiosas no les permitían una actitud de rechazo abierto y global respecto de las Siete Partidas, expresión de la fe cristiana y del papel de ésta en la ordenación de la sociedad.

El legislador católico republicano se propuso entonces depurar el texto y las reglas en él contenidas sin perder de vista la fe.

A este respecto señaló en octubre de 1831 el chileno Gabriel José de Tocornal²²:

“Sin apelar a lecciones de afuera, dentro de nosotros, en la legislación misma que nos rige, hallaremos un sendero para el acierto. A ejemplo de Justiniano, que llamó a los esclarecidos maestros de las escuelas de Berito y Constantinopla, ...los monarcas españoles formaron sucesivamente los cuerpos legales que están en uso, reuniendo leyes y fueros dispersos, encargando la obra a los mejores jurisconsultos bajo la dirección del Consejo y tomando por maestros y modelos a esos romanos que gobiernan todavía más o menos una parte del mundo por su legislación por manera que la nuestra viene a ser una procedencia de aquella, como nuestro idioma es un dialecto de su lengua latina.

Para no hablar del Fuero Juzgo y de otros Códigos poco usuales, el de las Partidas empezado por un Santo y concluido por un Sabio, fue el fruto de muchos años y vino a redactarse en siete: concurrieron a su formación jurisconsultos extranjeros y nacionales, sobresaliendo entre éstos, el Mtro. Jacome, que mereció el sobrenombre de las leyes...Hasta ahora no vio la España código alguno, ni más metódico, ni más completo...Es verdad que entre ellas se ven leyes que no están en consonancia ni con nuestra Constitución, ni con el progreso de las luces, pero no por esto han de ser inútiles las demás, ni declararse abrogadas, perdiendo para siempre sus preciosos comentarios y lo que hablaron sobre ellas y conforme a ellas tantos escritores que sirven de guía en el foro, y que son para los jueces una especie de iluminación con que aseguran sus juicios en el inmenso piélago de casos concurrentes que no pueden preverse por legislador alguno...

Por lo que respecta a la legislación civil en la parte que llaman general, parece lo más acertado formar un código de todos los que tenemos, llevando

todos sus rayos y anatemas...” (cit, por Galdames, Luis, **Evolución Constitucional de Chile**, Santiago de Chile, 1925).

²².- Citado por Alejandro Guzmán Brito, en Guzmán Brito, Alejandro, **Andrés Bello Codificador**, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982.

siempre a la vista las leyes y decretos que se han publicado desde nuestra emancipación política...Por esto no aprobaré el que se trate de aclimatar en nuestra República los códigos de otras naciones...Mejor será reformar el Código de Partidas...

Bajo estos principios presento a la aprobación de la Sala el decreto del Senado con las modificaciones siguientes:

Artículo 1^a Refórmense los códigos legislativos que rigen en la República, dándose principio por una ley de educación nacional...En seguida se hará una revisión del Código de las Partidas, suprimiendo leyes, reformando o aumentando otras para que todas estén en consonancia con nuestras instituciones...”.

En el mismo sentido se explayó Ramón Luis Irarrázaval en su discurso de incorporación a la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile el año 1845, al proponer que se tomará de las Siete Partidas las buenas bases de la legislación civil expurgando tan sólo las cuestiones superfluas, actualizando el lenguaje y dando precisión lógica al articulado.

Por su parte don José Joaquín de Mora expresó al comentar la publicación del Código Civil Chileno²³:

Cualquiera que sea la opinión que se forme de algunas disposiciones, sujetas, como todas las cosas humanas, al error i a la imperfección, nadie negará que comprende todo lo que es de la competencia de la lei en las relaciones domésticas y sociales de una nación cristiana y culta.

La compatibilidad de las Siete Partidas con la nueva institucionalidad no era un problema a resolver dadas las peculiaridades de nuestro constitucionalismo en materia religiosa: protegía la religión católica apostólica romana como oficial del Estado y excluyente de otras religiones.

Así el elemento religioso, la ética trascendente que recogían las Siete Partidas vino a jugar en el nuevo orden institucional republicano el mismo papel que jugó en el pasado en relación con el poder político. La religión, la fe, la actividad pastoral, fue considerada como un elemento de control social preventivo, el más importante de la

²³.- Anales de la Universidad de Chile, 1863.

época, sobre todo si consideramos los altos niveles de analfabetismo de nuestra sociedad, más del 90 % de la población, lo que hacía impensable contar con la opinión pública como factor de estabilización del poder político.

La conciencia de la relevancia de la religión, de la comunidad cristiana como factor de cohesión social, supuso que el sector más escolástico de la sociedad chilena²⁴, defendiera la proyección de las Siete Partidas en la organización de la República, con las modificaciones que el nuevo orden de cosas reclamaba, innovaciones que no contemplaban un papel distinto para la fe y las organizaciones eclesíásticas al jugado hasta entonces.

Esta idea persistía todavía en 1860:

Es un principio de derecho público, jeneralmente reconocido, que las instituciones de un país deben estar en acuerdo con el grado de ilustracion, con las creencias relijiosas i con las costumbres de los pueblos para quienes se dictan...La administración de un Estado se hace mas espedita cuando desaparecen los jérmenes de discordia i desunion que hayan existido en su seno. Pero si estos motivos de mala intelijencia entre los asociados se aumentan, las dificultades renacen, i con ellos las medidas de represion. La historia de cada pueblo confirma este aserto...-de ahí entonces que la propuesta de reformar la norma de la Constitución de 1833 que regula le religión oficial del Estado- seria un jermen de discordias capaz de producir conmociones violentas en la sociedad... ”²⁵.

El catolicismo del grupo dirigente español en el largo período que va del siglo XIII al XVIII permitió a la elite no sólo una determinada espiritualidad sino también el diseño de la ordenación de la vida social en términos ético-trascendente. En este orden social cristiano las Siete Partidas, el Derecho Común, jugaron un papel muy importante en el terreno del Derecho Público y mayor aún en el del Derecho Privado.

²⁴.- Hasta ahora su ideario se ha pretendido explicar como una manifestación de rasgos auténticamente nacionales, sin embargo, es claramente perceptible su parentesco con el moderantismo español y el liberalismo doctrinario francés (véase para este tema mi trabajo, **Historia del Derecho Chileno Contemporáneo. Introducción**, Universidad Central de Chile, Chile, 2ª. edición, 2003)

²⁵.- Ramón Barros, **Comentario al proyecto de reforma de la Constitución de 1833 presentado por Don Melchor Santiago Concha**, Santiago de Chile, 1861.

A principios del siglo XIX la clase dirigente católica chilena se propuso la mantención de este orden social cristiano para lo cual miró al Derecho Común, a las Siete Partidas, como una expresión acabada de dicho orden.