



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.07

## ANTECEDENTES A LA CONSTITUCIÓN DE 1823: ENTRE EL ANTIGUO RÉGIMEN Y LA FORMACIÓN JURÍDICA DEL ESTADO REPUBLICANO PERUANO

Background to the Constitution of 1823: between the Ancien Régime and the legal establishment of the Peruvian republican state

Il passato della Costituzione del 1823: tra l'Ancien Régime e la formazione giuridica dello Stato repubblicano peruviano

YURI TORNERO CRUZATT

Universidad Tecnológica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: [c20751@utp.edu.pe](mailto:c20751@utp.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0003-3605-2104>

CARLOS MORALES CERON

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [cmoralesc@unmsm.edu.pe](mailto:cmoralesc@unmsm.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-4868-024X>

### RESUMEN

El objetivo de este artículo es explicar los antecedentes del texto de la Constitución de 1823 por medio de la formación del Estado republicano. El primer apartado desarrolla los orígenes del Estado y del derecho republicano peruano, se explica brevemente el paso de la tradición

jurídica española al derecho republicano. El segundo apartado trata sobre el protectorado de San Martín y las primeras reformas institucionales, se explica la jura y la proclamación de la independencia, otros sucesos vinculados a ello, y, además, sobre los primeros derechos ciudadanos; este apartado incluye el fracaso del proyecto monárquico. Finalmente, se explica acerca de los preparativos para la dación de la Constitución de 1823.

**Palabras clave:** Constitución de 1823; independencia peruana; Estado republicano, tradición jurídica.

**Términos de indización:** Constitución; Perú; soberanía (Fuente: Tesoro Unesco).

### ABSTRACT

The aim of this article is to explain the background of the text of the Constitution of 1823 through the formation of the Republican State. The first section develops on the origins of the Peruvian State and the Peruvian republican law, briefly explaining the passage from the Spanish legal tradition to the republican law. The second section deals with the Protectorate of San Martín and the first institutional reforms, explains the swearing-in and the proclamation of independence, other related events, and also the first citizens' rights, including the failure of the monarchical project. Finally, it explains the preparations for the adoption of the Constitution of 1823.

**Key words:** Constitution of 1823; Peruvian independence; republican state; legal tradition.

**Indexing terms:** Constitutions; Peru; sovereignty (Source: Unesco Thesaurus).

### RIASSUNTO

L'obiettivo di questo articolo è spiegare il contesto del testo della Costituzione del 1823 attraverso la formazione dello Stato repubblicano. La prima sezione sviluppa le origini dello Stato peruviano e del diritto repubblicano, spiegando brevemente il passaggio dalla tradizione

giuridica spagnola al diritto repubblicano. La seconda sezione tratta del protettorato di San Martín e delle prime riforme istituzionali, spiega il giuramento e la proclamazione dell'indipendenza, altri eventi correlati e anche i primi diritti dei cittadini; questa sezione include il fallimento del progetto monarchico. Infine, vengono illustrati i preparativi per l'adozione della Costituzione del 1823.

**Parole chiave:** Costituzione del 1823; indipendenza del Perú; Stato repubblicano; tradizione giuridica.

**Termini di indicizzazione:** Concettualizzazione; Perú; sovranità (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 13/09/2023

**Revisado:** 16/09/2023

**Aceptado:** 16/09/2023

**Publicado en línea:** 23/09/2023

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de intereses:** Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

[jpalomino@unmsm.edu.pe](mailto:jpalomino@unmsm.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

[jorgeroggero@derecho.uba.ar](mailto:jorgeroggero@derecho.uba.ar)

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

## 1. LOS ORÍGENES DEL ESTADO Y EL DERECHO REPUBLICANO

La formación jurídica de la República peruana fue un proceso lento y complejo a la vez. La realidad de haber padecido un régimen de colonización imponía el criterio de seguir utilizando los antiguos preceptos de los códigos españoles continuando con una cierta dependencia jurídica que los magistrados de la República no podían cambiar, toda vez que una buena parte de los antiguos magistrados de la justicia virreinal, ante lo inevitable de la independencia, se incorporaron en el nuevo sistema de justicia que fue creado por el protector José de San Martín, quien estableció la Alta Cámara de Justicia. Dicha continuidad jurídica colonial en el tiempo republicano explica en una medida las crisis del sistema

político republicano. Antiguamente, un sector de la historiografía había señalado que una de las causas de la crisis del sistema político en el siglo XIX, se debía principalmente a las guerras civiles y a la presencia de caudillos militaristas. Nuestra investigación pretende demostrar la pervivencia de formas del derecho colonial en el republicano, la transición y el fenecimiento de las instituciones virreinales durante los inicios de la naciente República peruana. El estudio comprende los orígenes del Estado y el derecho en el Perú republicano, el protectorado de San Martín y las primeras reformas institucionales, el gobierno del Congreso Constituyente de 1822 y la Constitución de 1823.

La transición del régimen colonial al régimen republicano fue un proceso largo y permanente, en promedio se puede decir, si tomamos en cuenta la insurrección de los Túpac Amaru, cuarenta y un años sin contar la fase militar de Ayacucho. Este hecho conflictivo dio origen al debate acerca de la mejor forma de gobierno: monarquía o república. Posteriormente, el debate giraría en torno a ser «liberales» o «conservadores», el principal escenario de discusión fue el Parlamento peruano.

La descomposición del imperio hispano daría como origen los diversos países de América del Sur. En el ámbito territorial, los orígenes de la República peruana se relacionan con la reconfiguración del espacio político administrativo del antiguo Virreinato del Perú, el territorio legado a la República era mucho más amplio de lo que sería posteriormente. La construcción del territorio guarda relación con el comercio internacional. Bajo la época de dominación española, el monopolio y el libre comercio bajo control de la monarquía permitió variadas formas de interacción comercial. Con Chile los contactos frecuentes en la última etapa colonial fueron entre otros productos a través del comercio del trigo y el tabaco; con Bolivia, por medio de la ruta de la plata proveniente de Potosí; con México, Ecuador y Panamá la relación comercial fue por la venta del tabaco, e incluso con regiones más alejadas del lejano oriente como la ruta comercial del Galeón de Manila, que unía Asia, América y Europa, y que, justamente, surcaba desde las Filipinas y pasaba por México para luego llegar a España.

En el ámbito cultural, y en la construcción del conocimiento en general, la cristianización del Perú ocurrida en el período virreinal, dejó

intactas las costumbres de la población ligadas al proceso de evangelización con una tímida apertura a la Ilustración, que había llegado a través de textos y libros prohibidos. Esta realidad religiosa de fuerte contenido espiritual fue decisiva para mantener unida la naciente república peruana, es por ello que la Constitución de 1823 proclamaba a la religión católica como la única que debía ser profesada a nivel nacional y como política de Estado, al ser la religión tolerada y quedar protegida mediante la censura estatal ante el Consejo de Estado, por algún cuestionamiento en materias de fe. La independencia del Perú llegó a ser un evento que marcó un nuevo derrotero internacional, ya que las fuerzas expedicionarias libertadoras conformaron nuevos Estados independientes. Dicha influencia externa no cambió el rumbo común religioso, y de la misma República peruana, gran parte de los contenidos religiosos de tipo litúrgico continuaron protegidos por el Estado hasta la actualidad (Torres, 2007, p. 8). La realidad cultural y religiosa peruana de 1821 en adelante fue compartida por buena parte de las repúblicas hispanoamericanas, ello explica por qué algunos de estos países continuaron manteniendo buenas relaciones con el Perú.

Respecto a la enseñanza del derecho, la tradición jurídica española reafirmaba la idea de patria con la monarquía hispana, idea difundida en los ambientes de la Real y Pontificia Universidad de Lima. Uno de sus catedráticos, José Toribio Rodríguez de Mendoza, según Luis A. Eguiguren, había fundado el derecho nacional asentado en la tradición virreinal. Rodríguez de Mendoza había solicitado en 1788, ante el Superior Gobierno, que se sustituyera la cátedra de Digesto Viejo por la asignatura de Derecho Patrio («de España») (Eguiguren, 1964, p. XI), bajo el argumento de que los jueces egresados de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos estaban incapacitados para comprender la realidad de los casos que se presentaban analizándolos bajo los argumentos del Digesto, por lo que el legislador «iba a ciegas» (Eguiguren, 1964, p. XII). Esta concepción jurídica del derecho nacional que menciona Luis A. Eguiguren se va a manifestar años más tarde por las autoridades virreinales como argumentos de derecho contra el proceso emancipador. La administración colonial apelaba a la defensa de la nación invocando un patriotismo espiritual que defendiese a la madre patria de la amenaza de los insurgentes. Esta idea patria del estado virreinal

tuvo que ser enfrentada por los políticos que condujeron la campaña militar libertadora, quienes idearon una respuesta política amparada en la idea de que el gobierno virreinal y el imperio hispano que lo sostenía eran contrarios al pueblo y se encasillaban en una tiranía. Así, el discurso emancipador adquiriría un sentido patriótico, tanto en la defensa del pueblo oprimido que aspiraba a la libertad como en la desintegración del poder de la administración virreinal. Un sector de la élite que dirigía la administración virreinal invocaba el concepto de patria para defenderla de la amenaza de los insurgentes. Las autoridades coloniales invocaban otros preceptos. Las peticiones del virrey José de la Serna lo expresaban en estos términos:

La nueva campaña que deberá abrirse si la negociación pendiente con el general San Martín no tuviese el feliz éxito que verdaderamente deseo, y para el cual no ha quedado ni quedará que hacer por mi parte y de la comisión pacificadora sacrificio alguno compatible con el honor nacional, y la misma seguridad de estos países, exigirá un sistema activo de operaciones que desde ahora es preciso calcular combinar y prevé. (Archivo General de la Nación, Tribunal del Consulado, 1821)

Formalmente, los inicios del período republicano se remontan primero a la firma del acta oficial de la independencia de 15 de julio de 1821, y luego a su proclamación el día 28. Aunque otros territorios habían proclamado abiertamente su ruptura con España con hazañas parecidas, como la que ocurrió el 29 de diciembre de 1820, de la independencia de Trujillo. La intendencia de Trujillo fue importante durante la etapa virreinal, porque había abarcado territorios que hoy en día son Tumbes, Cajamarca, Amazonas, Piura, San Martín y Lambayeque; ahora en la etapa republicana su representación política tenía que ser indispensable. El intendente de Trujillo, José Bernardo de Tagle, conocido como marqués de Torre Tagle, dirigió la proclama en la plaza de armas de la ciudad.

La proclamación de la independencia efectuada en Lima destaca porque los políticos y los notables que la proclamaron se arrogaron el derecho de representar a una nueva entidad política (el Perú republicano). Aun así, no se podía iniciar la República sin la participación de las

principales familias del norte virreinal, como ocurrió con la familia Torre Tagle y su principal mentor José Bernardo, quien sería presidente de la república. En efecto, los Torre Tagle en el norte del Perú habían sido fieles servidores de la corona: José Bernardo de Tagle y Portocarrero fue reconocido con el título nobiliario de IV marqués de Torre Tagle, tuvo un desempeño variado en cargos militares y una activa participación política (Guerrero y Tarrago, 2012). Rafael Guerrero Elecalde y Griselda Tarrago, en un estudio meticuloso sobre la familia Torre Tagle, destacan cómo durante la primera mitad del siglo XVIII diversos miembros de la familia Tagle Bracho, originarios del lugar de Cigüenza, esto es, en la actual Cantabria, constituyeron importantes redes de negocios y comercio, las cuales contribuyeron a acumular una considerable fortuna en diferentes puntos del virreinato peruano.

La independencia de las regiones del norte del Perú, como Trujillo, se encontraba en dicha coyuntura distante del gobierno de Lima. Las primeras correspondencias entre noviembre y diciembre de 1820 remitidas por San Martín a Torre Tagle son una invocación al marqués de Torre Tagle a reconocer que la balanza de la guerra de los insurgentes había cambiado a su favor. San Martín invitaba a Torre Tagle a una profunda reflexión, al quedar el gobierno de Trujillo aislado por la insurrección de Guayaquil; por lo tanto, le hacía reflexionar que sería inútil continuar con la lealtad al virrey. El efecto de la misiva de San Martín tendría efectos políticos decisivos en el comportamiento del marqués, la posterior respuesta de Torre Tagle a San Martín comprueba que Torre Tagle concebía una «patria» común, y que ambos debían aliarse contra un gobierno deshonesto y degradante, que según Torre Tagle era el gobierno de Madrid, de allí el descontento de este (Ortiz de Zevallos, 1963, p. 10).

Analizando con rigor lo favorable de la campaña, el general San Martín decidió el 12 de febrero de 1821 promulgar en el Perú el «Reglamento Provisional». Este documento atestigua la necesidad de establecer una relación entre las reglas y las instituciones jurídicas existentes y otras nuevas. Es decir, aquellas que se derogarían si cabía la posibilidad de integrarse en un orden jurídico naciente. Así, entre otros aspectos que tiene el reglamento, llaman la atención los múltiples cambios que se diseñaron para cambiar el sistema de justicia. Al respecto, se debe recordar

algo importante: los jueces del *Ancien régime* tuvieron gran preponderancia en la sociedad medieval, en su filosofía y también en su práctica ellos gozaron de muchas prerrogativas. Por dicha causa, las reformas liberales trataron de limitar su poder a aquello que fuese la «bouche de la loi» (Dauchy, 2014).

El referido Reglamento provisional en materia de justicia planteó lo siguiente:

1. Se creó un grado de apelación para las sentencias pronunciadas por los presidentes de los departamentos en los asuntos contenciosos de la Hacienda.
2. Se declaró respetar sin alteración las leyes y ordenanzas del Perú en las causas civiles y criminales entre partes del fuero común, con la sola diferencia de que los recursos que antes se dirigían a los llamados intendentes y subdelegados, ahora se harán a los presidentes de los departamentos y gobernadores de los partidos.
3. Se estableció una cámara de apelaciones en el departamento de Trujillo, compuesto de un presidente, dos vocales y un fiscal. Esta cámara conocerá en todas las causas y casos que antes conocían las denominadas audiencias, con la sola restricción de no conocer las causas de mayor cuantía, esto es, no mayor a quince mil pesos, cuyo conocimiento se reserva al Gobierno central.
4. Las alzadas en las causas de Hacienda se llevarán a todos los departamentos a la junta superior de Hacienda, compuesta por la Cámara de Apelaciones y los dos ministros del tesoro público.
5. Los recursos conocidos en el derecho por injusticia notoria se impondrán a la Capitanía General, y se decidirán por las leyes existentes con el dictamen del auditor general.
6. Por regla general se establece que mientras duren las actuales circunstancias, todas las causas de infidencia, traición, espionaje o atentado contra el orden y autoridades constituidas



serán privativamente del conocimiento de la Capitanía General, a cuya disposición deberán remitirse los reos, con las correspondientes sumarias formadas por el juez del distrito para su decisión, conforme a las leyes.

7. El derecho de patronato queda reasumido en la Capitanía General, y el vicepatronato en los presidentes de los departamentos.
8. La jurisdicción eclesiástica se administrará como hasta aquí, con estricta sujeción al derecho común canónico.
9. Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente.
10. Todos los funcionarios públicos serán responsables a un juicio de residencia, que se seguirá por una comisión especial nombrada al efecto por la Capitanía General en los casos de gravedad y trascendencia.

En resumen, el reglamento muestra una serie de reformas tales como: se propuso la reforma de la Hacienda en materia de justicia, se reemplazan las intendencias y las subdelegaciones por los departamentos, subsisten en ellas las atribuciones de justicia, se mantiene el derecho por injusticia notoria, se resalta la importancia de Trujillo en materia de justicia. Asimismo, las causas de infidencia, traición, espionaje, o atentado contra el orden y las autoridades constituidas, serán privativamente del conocimiento de la Capitanía General. Se establece la validez de las normas que no contradigan al principio de libertad e independencia y se reserva la derogación de normas por autoridad competente. Por último, los funcionarios públicos serán sometidos a juicio de residencia. Dos aspectos destacan: el decreto fue firmado por José de San Martín; Bernardo Monteagudo, en su calidad de secretario de Guerra y Marina; y Juan García del Río, secretario de Gobierno y Hacienda. En la compilación de leyes de Juan Oviedo (1861) se anota el comentario de que el reglamento establecía un cierto orden político y judicial en los departamentos que

habían adoptado la causa independiente. Sin embargo, en nuestras palabras, fue una intención más que una concreción; puesto que la demarcación territorial no subsistió por muchos años, y las disposiciones emanadas relativas a los juzgados, los tribunales y la administración de justicia se reformaron y se revocaron (p. 3).

En la época del virreinato las intendencias se dividían en subdelegaciones o partidos, presididas por un subdelegado, ellas sustituían a los corregimientos y las alcaldías mayores producto de las reformas borbónicas. Lucrecia Enríquez (2020) explica cómo el nacimiento de los intendentes, con facultades de administración de jurisdicción ordinaria, fue producto de la reforma iniciada con la real Instrucción de Regentes de 1776, que apuntaba a terminar con la centralización administrativa de la monarquía, y cómo las reformas que daban mayores facultades a las intendencias limitaban, a su vez, la autoridad de los virreyes. Asimismo, comenta que las subdelegaciones, por consiguiente, eran mucho más cercanas a los pueblos indios (p. 191).

Entonces, el reglamento provisional comentado buscó afianzar la importancia de la ley ante las nuevas autoridades, los presidentes de los departamentos y los gobernadores de los partidos, quienes sustituían a la autoridad virreinal, tales como subdelegaciones e intendencias. Sin embargo, vale acotar que, como se mencionó, ya existía en estas instituciones la capacidad de administrar justicia, hasta incluso en entidades como las subdelegaciones. Entonces, el reglamento no se propuso la plena separación de poderes, sino solo una reforma básicamente nominativa adaptada a un lenguaje republicano.

Para mayor detalle de las causas llevadas por los subdelegados durante el virreinato, se puede revisar el trabajo de María Concepción Gavira Márquez (2017), quien explica cómo, en primera instancia, eran competencia para los litigios de la actividad minera los corregidores, en su calidad de alcaldes o jueces de minas; luego, estas competencias las heredaron los subdelegados, es decir, eran los nuevos jueces de minas. Aunque, agrega, cuando se aplicaron las ordenanzas de minería de la Nueva España y se crearon las diputaciones mineras, los diputados consiguieron parte de estas competencias de justicia en primera instancia y también la posibilidad de apelación ante el Tribunal de Minería (p. 54). Precisa

también la autora, citando a Venegas la Torre (2015), que el gremio de mineros, con la creación del Tribunal y las Diputaciones mineras a partir de las ordenanzas de 1783, concentró la aplicación de justicia en primera y en segunda instancia. Manifiesta que dicho fenómeno no ocurrió en el virreinato del Río de la Plata, dato relevante porque los centros mineros del Alto Perú, incluido Puno, durante un período, se encontraban bajo dicha jurisdicción.

Asimismo, desde mucho antes, explica Venegas que la autoridad del corregidor tenía competencias económicas, fiscales, gubernativas y judiciales. Incluso, prosigue, en su calidad de alcalde de minas y encargado de llevar cuenta y razón de las hipotecas y las fianzas por azogue, este ejercía una gran influencia. Para precisar, aquello que nos interesa exponer en esta sección es que la división entre una justicia y la autoridad gubernativa no era plena, por el contrario, en la raigambre del orden jurídico virreinal, una autoridad tenía competencias de ambos; y, por consiguiente, no existía una clara división de poderes, y más aún, en el reglamento provisional no limitó las prerrogativas judiciales de las autoridades, sino solo se reemplazó las virreinales por unas nuevas, o mejor dicho, pretendió hacerlo.

## **2. EL PROTECTORADO DE SAN MARTÍN Y LAS PRIMERAS REFORMAS INSTITUCIONALES**

Para entender la existencia del nacimiento del Perú independiente y republicano desde la perspectiva del derecho, es importante reconstruir de forma sucinta los pasos que llevaron a la proclamación de la independencia de la República del Perú. El 15 de julio de 1821, tal como consta en el Acta del Cabildo de Lima, se reunieron en el ayuntamiento, el arzobispo de la Santa Iglesia Metropolitana, los preladados de los conventos religiosos, los títulos de Castilla acompañados por varios vecinos de esta capital manifestaron su voluntad de dejar establecida la independencia del Perú de la dominación española y de cualquier otra extranjera. La independencia se proclamó el 28 de julio, mediante este acto la jura del 15 de julio fue legitimada con la participación del pueblo; en la actualidad, el 28 de julio es el día de la festividad nacional. En efecto, el 22 de julio del mismo año referido San Martín señaló:

Y para que se haga con la solemnidad correspondiente, espero que este noble vecindario autorice el augusto acto de jura, concurriendo a él: que adorne e ilumine sus casas las noches del viernes, sábado y domingo, para que con las demostraciones de júbilo se den al mundo los más fuertes testimonios del interés con que la ilustre capital del Perú celebra el día primero de su independencia y el de su incorporación a la gran familia americana. (Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, 1974, t. XIII, vol. 1, p. 18)

## 2.1. LA PROCLAMACIÓN DE LA INDEPENDENCIA: PRIMER ACTO JURÍDICO DE LA REPÚBLICA PERUANA

La proclamación de la independencia del Perú constituye el primer acto político del nuevo régimen. San Martín asume dicha responsabilidad no solo por dirigir la campaña militar, sino que además se sustenta en una base legal que fue el estatuto provisorio del mes de febrero de 1821. Por tanto, la proclamación de la independencia y los decretos promulgados por el Protector son la continuación de un régimen excepcional no contemplados en la antigua legislación colonial. Con esta medida, San Martín crea *de facto* la posibilidad de que un régimen de fuerza que de manera informal expresaba la voluntad del pueblo cuestione el poder de la monarquía hispana, que hasta ese momento era considerada la institución política que gobernaba al pueblo por voluntad de Dios. Este principio monárquico era definido por el derecho castellano como atribución exclusiva del monarca amparado en las Siete Partidas: «Dios es comienzo, fin y medianía y acabamiento de todas las cosas», cumplir la ley según Jesucristo y servir unos a los otros para el «placer de Dios» (partida 1, prólogo).

## 2.2. LOS PRIMEROS DERECHOS CIUDADANOS

En su calidad de protector, San Martín emanó el decreto publicado el 7 de agosto de 1821, en este documento se reconoció la seguridad individual del ciudadano y la de su propiedad, incluso se consideró a estas dos la base de todo buen gobierno. Asimismo, en dicho decreto, se prohibió el allanamiento de la casa sin orden expresa e impresa, se reconoció el

derecho de resistir a tal allanamiento, e incluso cualquier allanamiento solo se haría en presencia del interesado y bajo correspondiente inventario. Además, se señaló el derecho de interponer recurso efectivo para hacer valer tales derechos (Oviedo, 1861, p. 13). Estos derechos no eran exclusivos del ciudadano: se usaba el término vecino y persona para referirse a todo aquel que defendía su residencia.

La carta consigna una primera división social, reconoce la existencia de dos grupos claramente diferenciados: los naturales y los ciudadanos. Los naturales eran todos aquellos nacidos en el Perú, y los ciudadanos, aquellos a los que se les reconocía carta de ciudadanía para obtener empleos públicos (Oviedo, 1861, p. 14). Existía una serie de sujetos que podían ser naturalizados: los extranjeros, la mujer y los hijos menores de veinticinco años que acompañasen al naturalizado, y se perdía tal naturalización por acto hostil a la causa de la independencia de América. La ciudadanía tenía sus requisitos, se reservaba a hombres libres nacidos en el país, mayores de veintiún años y que ejercieran alguna profesión o industria útil. A los naturalizados se les exigía ser mayores de veinticinco años, saber leer y escribir, dos años de residencia, que posean propiedad en el territorio, y así una serie de otros supuestos. Llama la atención que dicho texto suspendía los derechos del ciudadano por no vivir los casados con sus mujeres sin haber entablado juicio de divorcio. En efecto, la suspensión de la ciudadanía, en las primeras cartas republicanas, incluso a nivel comparado, tuvo varias cláusulas morales, en el documento revisado se agregan otras causales de pérdida de la ciudadanía, entre ellas: por haber sufrido pena aflictiva o infamatoria hasta la rehabilitación; por hacer contrabando; por estar loco, furioso o demente; por no haber satisfecho al Estado o a los particulares a su tiempo cualquier deuda que conste de documento escrito.

### 2.3. EL FRACASO DEL PROYECTO MONÁRQUICO Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA REPÚBLICA

Con precisión, terminan los proyectos monárquicos solo en el período en que se establece un régimen que sienta las bases para la Constitución de 1823, si bien San Martín también proyectaba una Constitución, por medio de un Congreso Constituyente, en el camino se derivó a las

causas monárquicas. Lo mismo sucedió con el primer presidente del Perú que sucedió a San Martín, José de la Riva Agüero, a este también se le destituyó por derivar en negociaciones que favorecían a la monarquía. Este proyecto monárquico constitucional peruano tiene su parangón en el evento ocurrido en México, en donde Agustín Cosme Damián de Iturbide y Aramburu fue proclamado emperador del país, en el período que comprende del 22 de mayo de 1822 al 19 de marzo de 1823, bajo el título de Agustín I. La monarquía mexicana quedó establecida en el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba, firmados entre Agustín de Iturbide y Juan de O'Donojú, quien fue el último jefe político español en la Nueva España. Mediante dichos acuerdos se ofrecería la corona al propio rey de España, Fernando VII, o alguno de los príncipes de la casa real española, y, en caso de que no aceptaran, el Congreso, que se reuniría en México ya independiente, estaría en libertad de elegir a un emperador. Asimismo, se puede comparar con aquello sucedido diez años antes en Chile (1812) con el Reglamento Constitucional Provisorio, que estableció en su artículo tercero la fidelidad al rey de España, y en otro artículo declaró la soberanía del pueblo chileno, pero que gobernaría a nombre del rey la Junta Superior Gubernativa (Palma, 2008, p. 113).

En el Perú, la posibilidad de instalar un gobierno monárquico se debatió de manera vehemente en las instalaciones de la sociedad patriótica. La ilusión monarquista en el Perú se inició en la primera campaña militar con San Martín, la intención de los patriotas era imponer como condición a un cese de hostilidades un gobernante para el Perú; la propuesta sanmartiniana fue discutida con los delegados del virrey Joaquín de la Pezuela en febrero de 1820 en el pueblo de Miraflores (Basadre, 2002, p. 66). San Martín proponía traer de España un príncipe que pudiese gobernar el Perú, además de hacer la transición en un nuevo gobierno bajo control de las antiguas autoridades. Dichas discusiones fracasaron por la intransigencia del virrey, a pesar de que un sector de los vecinos de la capital exigía un arreglo entre ambos.

Una segunda negociación a favor de establecer una monarquía se produjo en la Hacienda Punchauca en mayo de 1821. Dicha conversación se produjo luego de que el virrey Pezuela fuera derrocado por un sector del ejército que elevó como virrey a José de la Serna, la destitución

del virrey Pezuela, según Basadre, se debió principalmente a su impericia militar en enfrentar con éxito a las tropas patrióticas. El plan de San Martín era lograr la independencia, pero con la participación de los españoles, quienes debían dirigir dicho proceso rompiendo con la monarquía. Tal ofrecimiento patriótico auguraba un éxito al comenzar las negociaciones. Sin embargo, San Martín fue enfático al señalar que lo ofrecido solo sería cumplido si se proclamaba antes la independencia, condición que fue rechazada por los españoles. Este rechazo se produjo porque un sector de la casta militar no estaba de acuerdo con el gobierno central. En sus términos, lo ideal era establecer un gobierno basado en el antiguo dominio de los incas. Tal argumento tiene lógica, toda vez que la conquista española había ocurrido contra la antigua entidad política derrotada, la incaica. Por tal razón, en estas negociaciones, uno de los oficiales realistas amenazaba con promover la restauración del antiguo gobierno incásico. Para dar legitimidad a dicha reivindicación, se ponía de conocimiento la existencia de un cacique que militaba en el destacamento militar del general Valdez (conde de Torata), quien afirmaba ser de sangre real (Basadre, 2002, p. 67).

El proyecto monárquico como forma de gobierno era inviable en el Perú republicano, al no contar con letrados que pensarán en componer una autonomía jurídica redactada en textos legales. La realidad política social que se tenía que legislar era contraria a un sistema judicial de antiguo régimen. A ello se debe sumar el papel de la prensa de ese entonces, que estando en manos de los republicanos más destacados pudo influir en la opinión pública para crear una corriente de opinión que rechazaba la monarquía. Fue Faustino Sánchez Carrión uno de los líderes republicanos más destacados. Para el Solitario de Sayán, la monarquía estaba condenada (Porrás Barrenechea, 1978, p. 38).

En efecto, como explica Juan Alberto San Martín Vásquez (2020) en el artículo titulado «La participación de José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete en el proceso de la independencia del Perú vista a través de sus memorias», José de la Riva Agüero tuvo una participación temprana en su adhesión a la causa de la independencia. Así, en 1816, escribió en Lima el folleto anónimo titulado *Manifestación histórica y política de la revolución americana* (llamado también las 28 causas), que

logró enviar secretamente a Buenos Aires, donde fue impreso en 1818, destinó grandes cantidades de su patrimonio para organizar conspiraciones y no escatimaba esfuerzos, a pesar de los riesgos que corría. Asimismo, cuando San Martín desembarcó en Pisco, fue él quien organizó el movimiento del batallón Numancia hacia la causa independentista. Más adelante, en su calidad de presidente de la república trató de pactar con la corona española en forma pacífica y dentro de una solución monárquica. Por causa de ello casi es fusilado y por cuestión del destino se marchó deportado a Europa.

### **3. LAS BASES DE LA CONSTITUCIÓN Y OTROS DECRETOS PREVIOS A LA CONSTITUCIÓN DE 1823**

El Estatuto Provisional, de fecha 8 de octubre de 1822, reconoce para el ciudadano: la libertad, la seguridad, la propiedad y su existencia y que solo se le privará de tales derechos por autoridad competente. Asimismo, reconoce todas las deudas del Gobierno español que no hayan sido contraídas para mantener la esclavitud en el Perú y hostilizar a los demás pueblos independientes. Como se había referido, el concepto de moral pública era extendido, reflejo de ello es que el Estatuto en su art. 3 dice:

Los presidentes (de los departamentos) son los jueces de policía en los departamentos, y como tales velarán por la observancia de la moral pública, sobre el establecimiento de primeras letras y su progreso, y sobre todo lo que tenga relación con el adelantamiento de los pueblos y sanidad de sus habitantes. El reglamento solo hace referencia a quedar sancionados los artículos 5, 6 y 9 del Reglamento provisional de Huara del 12 de febrero.

En el plano judicial se usa ya el término poder judicial, que se administrará por la alta cámara de justicia y demás juzgados subalternos. A esta alta cámara le da el mismo rol que tenían las audiencias; asimismo, las funciones del tribunal de minería las reconduce a esta (art. 2, sección 7). Luego, menciona que la alta cámara será conformada por una comisión compuesta por individuos y por otros jurisconsultos, quienes se encargarán de la redacción del reglamento de administración de justicia, que



debe tener como base la igualdad ante la ley de que gozarán todos los ciudadanos, la abolición de los derechos que perciban los jueces, los cuales quedan terminantemente prohibidos (art. 3, sección 7). Dicha comisión presentó un reglamento para la sustanciación del juicio de presas. El juicio de presas consiste en que «El que apresa una nave no puede, por sí mismo, disponer de ella. Es necesario que se efectúe un juicio en el cual se declare ser buena la presa. Que la presa sea buena, significa que es legítima» (Dougnaç, 1983, p. 165).

El 15 de octubre de 1822 se estableció la Suprema Junta Gubernativa del Perú, comisionada por el soberano Congreso Constituyente, esta decretó un Reglamento Provisional, sobre la base de integrantes del Congreso.

El 17 de diciembre de 1822 se emanan las Bases de la Constitución Política del Perú. En este documento ya se recoge la igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue, dice el tenor; el derecho individual de presentar peticiones ante el Congreso o ante el Gobierno, la abolición de los empleos y privilegios hereditarios, la abolición del comercio de negros, la división en tres poderes. Estipulaba que el Poder Legislativo debe ser uno «y no combatir contra sí mismo» (art. 11). También preveía un Senado. Establecía que el poder judicial es independiente y que los jueces son inamovibles y de por vida (art. 17). Y ya en una última parte del referido artículo último se señala que la ley (será) aplicada por los jueces. Firman el documento Juan Antonio de Andueza, presidente; Tomás Forcada; Julián Morales; el marqués de Salinas, entre otros.

El texto de la Constitución de 1823 se publicó el 15 de noviembre, fue firmado por, entre otros, Juan de Berindoaga y José Bernardo Tagle. Se establecieron las solemnidades para el juramento y la promulgación de la Constitución. En dicho documento se señaló su propia fórmula de juramentación. Ella señaló el siguiente juramento, cuya fórmula, en líneas generales, aún se mantiene hasta la actualidad. Se instauraron varias fórmulas de juramentar la Constitución, la norma distinguió fórmulas de juramentación para cada sujeto, así el presidente juramenta luego que los congresistas lo realicen en el Parlamento, y según el art. 1, de este modo:

¿Juráis á Dios defender la religión Católica, apostólica, romana, sin admitir el ejercicio de otra alguna en la república? —Sí, juro—  
 ¿Juráis guardar, y hacer guardar la Constitución Política de la república peruana, decretada y sancionada por el Congreso constituyente, como también por las leyes del Estado: que no atenderéis contra la representación nacional, ni atacaréis la inviolabilidad de sus miembros, insultando en ello a los mismos pueblos que representan? —sí, juro.—  
 ¿Juráis haberos bien y fielmente en el encargo que la nación ha hecho, mirando en todo por el procomunal de la misma nación, respetando su libertad política y los derechos individuales y sociales de todos los peruanos: no debiendo ser obedecido en lo que contrario hicieréis; antes bien será nulo y de ningún valor aquello en que contravinieréis a lo que habéis jurado? —sí, juro.— Si así lo hicieráis, Dios os premie, y si no, os lo demande, y la nación os haga responsable conforme a las leyes.

Otro tipo de juramentación se estableció para las primeras autoridades civiles y militares, esta tenía la siguiente fórmula:

¿Juráis por Dios y por los Santos Evangelios guardar la Constitución Política, etc.? Esta misma fórmula se estableció para los vecinos en su respectiva parroquia, con asistencia del jefe político superior y la municipalidad.

Para el mando militar, el jefe, oficiales y tropa se juramentó de forma distinta:

¿Juráis a Dios y a la Cruz de vuestra espada, guardar y hacer guardar la Constitución Política de la República, que ha sancionado el Congreso Constituyente: que no abusaréis de la fuerza que os ha confiado la nación para subvertir los sagrados derechos que esta Constitución afianza: que no obedeceréis al jefe que os manda contra ellos o contra la representación nacional, o la inviolabilidad de sus miembros, y que antes si os tornáis contra él, como ciudadanos armados en guardia de la libertad? —Sí, juro.— Si así lo hicieráis, Dios os premie, y si no, os lo demande, y la nación os haga responsable conforme a las leyes.

## 4. CONCLUSIONES

Los eventos que antecedieron al texto de la Constitución de 1823 fueron relevantes para comprender cómo la República independiente peruana se forma, esto es, a raíz de procesos independentistas previos, los cuales surgen como ruptura del orden colonial de España. El paso de la tradición jurídica española al derecho republicano implicó que la administración virreinal entrara en crisis y aparecieran nuevas instituciones en dicho proceso de surgimiento del Estado peruano independiente.

El protectorado de San Martín facilitó las primeras reformas institucionales, así como el reconocimiento de los primeros derechos ciudadanos, entre ellos, el derecho de propiedad, la prohibición del allanamiento de la casa sin orden expresa e impresa, el reconocimiento del derecho de resistir a tal allanamiento. Las Bases de la Constitución y otros decretos fueron momentos preparativos para la dación de la Constitución de 1823.

## REFERENCIAS

- Archivo General de la Nación. Tribunal del Consulado (1821, 3 de julio). *Correspondencia. Oficio de José de la Serna Virrey del Perú al Tribunal del Consulado de Lima, sobre traslado de oficinas y archivo al Castillo del Real Felipe ante amenaza de invasión por el general José de San Martín.*
- Basadre, J. (2002). *La iniciación de la república* (2 tt.). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (1974). *Obra de gobierno y epistolario de San Martín* (t. XIII, vol. 1). Talleres Gráficos Cecil.
- Dauchy, S. (2014). Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu. *Nagoya. University Journal of Law and Politics*, 256, 325-343.
- Dougnac, F. (1983). El juicio de presas en el derecho patrio. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (9), 165-176.

- Eguiguren, L. A. (1964). *El derecho del Perú virreinal. Crisis del derecho y justicia*. Empresa gráfica Scheuch.
- Enríquez, L. (2020). De las intendencias a las subdelegaciones: dos momentos historiográficos sobre el régimen de intendencias en la América Borbónica. *Revista de Historia Regional y Local*, 12(25), 182-219. <http://www.scielo.org.co/pdf/histo/v12n25/2145-132X-histo-12-25-182.pdf>
- Gavira, M. C. (2017). La justicia local como «juez y parte» en los centros mineros del Alto Perú durante el siglo XVIII. *Revista Historia y Justicia*, (9), 46-71. <http://journals.openedition.org/rhj/1202>
- Guerrero, M. y Tarrago, G. (2012). La certera espacialidad de los vínculos. Los Tagle Bracho entre la Montaña, Lima y el Río de la Plata (primera mitad del siglo XVIII). *Prohistoria*, (18), 1-24. <https://www.redalyc.org/pdf/3801/380135849001.pdf>
- Ortiz de Zevallos, J. (ed.). (1963). *Correspondencia de San Martín y Torre Tagle*. Juan Mejía Baca.
- Oviedo, J. (1861). *Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú 1821-1859*, Lima (vol. I). Felipe Bailly editor; Librería Central de Botoneros.
- Palma, E. (2008). *Historia del derecho chileno 1808-1924*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Porras Barrenechea, R. (1974). *Ideólogos de la emancipación*. Milla Batres.
- San Martín, J. A. (2020). La participación de José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete en el proceso de la independencia del Perú vista a través de sus memorias. *Desde el Sur*, 12(1), 37-55. <https://dx.doi.org/10.21142/des-1201-2020-0004>
- Venegas de la Torre, A. (2015). Los privilegios mineros novohispanos a partir de las Ordenanzas de Minería de 1783: los usos de la justicia. *Revista Historia y Justicia*, (5), 67-95. <https://journals.openedition.org/rhj/1470>