

LA REGLA DE ORO
DEL DERECHO PUBLICO CHILENO
Sobre los orígenes históricos del artículo 160
de la Constitución de 1833

EDUARDO SOTO KLOSS
Profesor Titular en la Universidad de Chile

I. INTRODUCCION

Hay en la Constitución de 1833 -tan estudiada por los autores¹- una disposición que, no obstante su importancia fundamental para el régimen jurídico político que se trataba de instituir, no ha sido abordada ni con la frecuencia ni con el rigor que merecía. Se trata de su *artículo 160*, que otrora denominara la verdadera "regla de oro" del derecho público chileno², pilar básico y sustentador -sillar primigenio- de todo el edificio jurídico de la nación, tan importante que ha atravesado incólume hasta hoy tanto la readecuación

¹ Vid. v. gr. M. CARRASCO ALBANO, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* (Impr. El Mercurio, Valparaíso, 1858); J. V. LASTARRIA, *Constitución Política de la República de Chile comentada* (1856), en *Obras Completas*. (Impr. Barcelona, Santiago de Chile), vol. 1 (1906); p. 197-481; J. HUNEUS ZEGERS, *La Constitución ante el Congreso* (Imp. Cervantes, Santiago de Chile, 2ª ed. 1890-91); A. ROLDAN, *Elementos de derecho constitucional de Chile* (Impr. Barcelona, Santiago de Chile, 2ª ed. 1917). Aparecen también estudios sobre ella en R. BRISEÑO, *Memoria histórico-crítica del derecho público chileno desde 1810 hasta nuestros días* (Impr. Belin, Santiago, 1849, p. 223-265, y en L. GALDAMES, *La evolución constitucional de Chile 1810-1925* (Impr. Balcels, Santiago de Chile, 1925), p. 863-970. Ultimamente, B. BRAVO LIRA, *La Constitución de 1833*, en *Revista Chilena de Derecho* 10 (1983), p. 317-329 y nuestro *El Estado en la Constitución de 1833*, en *Revista de Derecho Público* 33/34 (1983), p. 53-70. En *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10 (1984), p. 289, aparecen varios trabajos presentados a un ciclo organizado en conmemoración de los 150 años de la Constitución, pero no hemos encontrado la publicación pertinente.

² Vid. nuestro *El tribunal constituyente ¿es poder constituyente?*, en *Revista de Derecho Público* 13 (1973), p. 251

constitucional de 1925 (art. 4º) como la nueva institucionalidad de 1980 (art. 7º)

Recordemos su texto: *Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.*

Ahora bien, no se trata aquí de estudiar su contenido, alcances o efectos, o su aplicación, interpretación y evolución en la doctrina y jurisprudencia, hecho en otras ocasiones³, sino que indagar sobre los orígenes de esta piedra fundamental⁴ que, por desgracia, han desechado, en su estudio, los constructores de nuestro derecho público. Y es que conociendo sus orígenes conoceremos mejor tanto su contenido como sus efectos y alcances.

Para tal efecto he dividido la exposición en tres párrafos, a saber: (1) Ocasión de su formulación, (2) Incidencias de su aprobación y (3) Originalidad de su texto.

II. OCASION DE SU FORMULACION

Es un hecho ya pacífico que la Constitución de 1828, a pesar de los auspiciosos augurios con que iniciara sus labores el Congreso Constituyente que la originara, según el Mensaje de apertura que le dirigiera el Presidente de la República el 25 de febrero de dicho año, en su aplicación concreta no pudo hacer realidad un ejercicio pacífico de la convivencia política⁵.

Las luchas intestinas no habían cesado y el principio de autoridad, tan necesario en la primera etapa de la vida republicana independiente -luego del breve período del "padre de la patria"- se esfumó de modo muy notorio, al punto que la propia Constitución de 1828 era de un espíritu tan liberal que carecía la suprema autoridad ejecutiva de potestades para hacer frente a quienes se enfrentaran al poder del Estado. Por otra parte, el excesivo afán

³ Vid. *La nulidad de derecho público en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho Público* 47/48 (1990) 11-25; el mismo, sin notas, en *Gaceta Jurídica* 125 (1991) p. 16-23; y *La nulidad de derecho público referida a los actos de la Administración: su operatividad práctica*, en *XXII Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso/1991) en prensas.

⁴ Según la bella metáfora que usan San Pablo (*Efesios*, 2.20) y San Pedro (I, 2.6 y en su discurso ante el Sanedrín, *Hechos de los Apóstoles* 4.11) retomando un texto de *Isaías* (28.16: "He aquí -dice el Señor- que he puesto en Sión por fundamento una piedra escogida, piedra preciosa, *piedra angular*, sólidamente asentada; *quien en ella se apoye no vacilará*") y que San Marcos pone en boca de Jesús (12.10; ídem en San Mateo 21.42 y San Lucas 20.17).

⁵ Vid., entre otros, BRISEÑO, *Memoria* (n. 1), p. 204s. 223-230; GALDAMES, *La Evolución* (n. 1), p. 738-844; para el origen de la Constitución de 1828, vid. v.gr. F. ERRAZURIZ, *Chile bajo el imperio de la Constitución de 1828*, tomo V de la *Historia jeneral de la República de Chile 1810-1831* (ed. B. Vicuña Mackenna, R. Jover, Santiago de Chile), p. 515-780, especialmente Introducción (p. 523-546); recientemente, M. SALVAT, *Las logias en el congreso constituyente de 1828*, en *Revista de Derecho Público* 24 (1978), p. 59-72.

electoral que presenta⁶, y la nefasta lucha que de ello derivó de inmediato que se puso en aplicación, no hizo posible un asentamiento tranquilo de las instituciones que contemplaba, a lo que hubo de agregarse vacíos y ambigüedades que contribuirían a su pronto zozobra.

No en vano la *Cámara de Senadores* señalaba el 29 de agosto 1831 que *la experiencia ha acreditado que no puede obtenerse la tranquilidad interior i el restablecimiento del orden, si la Nación ha de continuar dirijiéndose por ella; i que por estas razones la gran mayoría de los pueblos de Chile ha manifestado sus deseos de que se revise este Código, después del más maduro i circunspecto exámen*⁷. Esto corroboraría lo antes dicho por la *Municipalidad de Santiago*, observando que huyendo la Constitución de 1828 de la excesiva reglamentación en que incurriera la de 1823, *"se incurrió en los inconvenientes que ocasionaron los vacíos i ambigüedades de la del 28, dando lugar a interpretaciones que nos trajeron el despotismo y la anarquía"*⁸. E informando la *Cámara de*

⁶ V. gr. Cámaras, Asambleas y Municipios; y jueces nombrados bajo presentación de ternas elaboradas por las Asambleas, del mismo modo que los intendentes, etc.

⁷ Vid. BRISEÑO (n. 1), p. 223.

⁸ Vid. el texto completo del oficio enviado por dicha *Municipalidad* al Vicepresidente de la República, acordado en su Sala Capitular el 17.2.1831 y firmado por Pedro de URIONDO y Juan Manuel CARRASCO, en *El Araucano* N° 23, 19.2.1831, pp. 3-4. Por su interés, nos permitimos transcribirlo: *Sala Capitular. Exmo. Señor: Siempre que las instituciones no estan en armonía con las ideas, sucede uno de estos dos males necesarios, la anarquía o el despotismo, porque debilitada la acción del poder por la reaccion continua, cede al desórden, ó irritado por la resistencia subroga las medidas arbitrarias á las disposiciones legales. Las ideas jenerales estan siempre en razón de la ilustracion de las masas, como que son su producto, y aunque nos sea lícito desear lo mas perfecto de la civilizacion, sin embargo ni el tiempo, ni los medios empleados hasta ahora han sido suficientes para que saliéramos de la que permite nuestra reciente emancipacion; asi es que debiendo seguir para constituirmos la escala de nuestros conocimientos, hemos retrocedido tanto, cuanto nos hemos apartado de ella.*

Los principios jenerales si no se rectifican por los secundarios y combinan con la posicion y circunstancias, producen constantemente aplicaciones falsas, y solo el tiempo y la experiencia pueden darnos la observacion que establece la armonía entre aquellos y las disposiciones físicas y morales de los pueblos; con todo hemos querido constituirmos sobre la cima de la libertad, cuando apénas habíamos tocado su base y hemos retrogradado á cada tentativa; de modo que podemos datar las épocas de nuestro atraso por las fechas de las constituciones. Así caminamos hasta agosto de 828, en que se dió la carta vijente, y por huir de lo reglamentario de que se acusaba á la de 823 se incurrió en los inconvenientes que ocasionaron los vacíos y ambigüedades de la de 28, dando lugar á interpretaciones que nos trajeron el despotismo y la anarquía. Los campos ominosos de Ochagavía y Lircái, y las devastaciones de las provincias de Concepcion y Coquimbo son lecciones tan serías que no podemos desentendernos del deber sagrado de contribuir con todos nuestros esfuerzos para evitar una repeticion, que esta Municipalidad cree inevitable, si enseñados por experiencias tan tristes no se adelanta el período que fijó el artículo 113 para rever y mejorar la carta.

En ella se ha dejado mucho al tiempo y á la experiencia para que los poderes del estado impelidos por estas potencias reformadoras le conduzcan á su mejora, con arreglo á las observaciones que se hubiesen hecho. Para ello la nación debe autorizar á sus representantes, y este trámite indispensable sobrepone la constitución á la inconstancia del hombre; de otro modo sus modificaciones no serían el resultado de la sabiduría y del convencimiento, sino de pasiones y de doctrinas pasajeras, y faltaría el principio que establece la duración en las alteraciones mismas á que están sujetas sus obras.

Las leyes constitucionales aunque son perpetuas, no son irrevocables, porque esta perpetuidad, sólo tiene lugar mientras propenden al bien común que es su único objeto. El artículo 133 retar-

Diputados decía que los defectos de esta Carta eran de tal naturaleza que su aplicación *indispensablemente entorpecen la marcha de la administración pública, poniendo en riesgo la tranquilidad del Estado, i retirando cada vez más de nuestra vista la felicidad social porque anhelamos sin fruto hace 20 años; que tales defectos son de aquellos que no pueden corregirse ni aun amonarse por medio de leyes orgánicas, sin que lleven en sí mismas la sustancia derivada de una fuente impura; i finalmente, que si no se adopta algún medio para adicionarla o reformarla, debiéramos renunciar al goce de la quietud pública, tantas veces perturbada durante su precaria existencia*⁹.

La *Junta Provisoria* al dirigirse a los Intendentes por circular de 7 de enero 1830 ya declaraba con bastante claridad la situación existente en el país, a apenas dos años de vigencia del texto de la Constitución de 1828, y que mostraba la imposibilidad de su perduración si no se la modificaba corrigiendo sus numerosos defectos de régimen de gobierno¹⁰.

Si ello es así en el aspecto externo del régimen que se pretendía instaurar en 1828, cabe observar, además, que a ello se unía una circunstancia que algunos contemporáneos señalaban en el aspecto práctico del ejercicio del poder y, en especial, en lo referente a las autoridades gubernativas; ella era la escasa o inexistente claridad o precisión respecto de las atribuciones o poderes o facultades y obligaciones jurídicas con que contaban intendentes, cabildos, empleados provinciales, municipales o de distrito.

dando la corrección de los defectos que el tiempo y la esperiencia nos han hecho conocer, pone al estado en la necesidad de sufrir males que pueden disolver el cuerpo político ántes de corregirlos; mucho más, cuando violada la constitución, como dice CONSTANT "no queda esperanza alguna de hacerla efectiva, porque la experiencia nos acredita que las que han sufrido esta suerte, tomaron el carácter de malas, y han demostrado una de estas tres cosas, ó que era imposible á los poderes constitucionales el gobernar con la constitución, ó que no había en todos estos poderes un interés igual en mantenerla, ó en fin que carecían los poderes opuestos al poder usurpador de medios suficientes para mantenerla. Sus propios creadores no pudieron con todo el poder que exclusivamente ejercían, verificar tranquilos las primeras elecciones, cuyo resultado fueron las ejecuciones, la revolución y la guerra civil mas desastrosa ¿quién podrá plantearla? Todo el período de su existencia ha sido de agitación y desastres ¿podrá desealarla el Estado? Ella debe ser la obra de la voluntad libre de los ciudadanos, y deja de existir desde que le falta este constitutivo esencial. ¿Cómo podrá sostenerse sin este apoyo? Fue insuficiente para mantener la ambición y egoismo de los mandatarios, ántes de la desaprobación que le granjearon sus resultados y éste es justamente el efecto de no haber establecido un justo equilibrio entre los diversos poderes del Estado, sin lo cual no puede subsistir una constitución.

Para evitar, pues, estos males pedimos, se declare que ha llegado el caso del artículo 133 á cuyo efecto se ha de servir V. E. elevar esta representación al Congreso Nacional de Plenipotenciarios. Dios guarde á V. E. muchos años -Santiago y febrero 17 de 1831.- Exmo. Señor - Pedro de Uriondo.-Juan Manuel Carrasco."

⁹ BRISEÑO (n. 1) p. 223. La misma idea se reiterará en fecha 24.10.1831, (vid. *Sesión de los Cuerpos Lejislativos de la República de Chile 1811-1845* (recop. Valentín Letelier, Imprenta Cervantes. Santiago de Chile) vol. XXI (1901, p. 10-11) por una Comisión especial destinada a estudiar el punto; vid. en *SCL* cit. 349-351 artículo publicado en *El Araucano* N^os. 141 (25.5.1833) y 142 (1.6.1833) pp. 3-4 y 1 respect., donde se señalan los vacíos y errores de la Constitución de 1828 y cómo fueron corregidos en la de 1833.

¹⁰ Vid. BRISEÑO (n. 1) p. 225-229 quien la transcribe íntegra; el texto puede verse también en *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno* (reimpr. oficial) tomo 1 (Impr. El Mercurio, Valparaíso, 1845) p. 606-609.

Juan Egaña analiza el punto en sus *Reflexiones sobre el reglamento de administración de justicia*¹¹, donde a la letra comenta: *Pero donde está lo más intrincado de nuestro laberinto es en haber establecido tantas jerarquías políticas y civiles, enteramente distintas de las que organizaron las leyes que nos rigen, y que por consiguiente nos hallamos en una horrible anarquía judicial y administrativa. Un gobernador local, un intendente, un cabildo, una Corte Suprema, y aun el mismo Gobierno, ignoran en mil ocurrencias administrativas cuáles son sus facultades. Se le disputa al supremo moderador la facultad y las formas de corregir los abusos administrativos, de preservar los ataques a la seguridad y tranquilidad pública; y triste de él si se ingiere en la disciplina o moralidad judicial. Un intendente en saliendo de la mecánica de circular las órdenes del Gobierno, absolutamente no sabe lo que es, ni para qué se halla constituido. Pobre de él si quisiere introducirse en algún ramo de policía, de moralidad provincial o de otro objeto directivo o administrativo de su jurisdicción: al instante lo atacará por el frente una asamblea, un gobernador local por la retaguardia y una municipalidad por los flancos; cada uno sin instituciones ni aun reglamentos orgánicos dirigidos por su capricho; y lo que es peor, auxiliados con frecuencia de las facciones y de los sufragios del populacho. Triste del Gobernador local que se ingiere en la policía y moralidad judicial de su territorio. A un juez de letras se le desaparecen de su tribunal como por ensalmo los recursos de los ciudadanos porque son milicianos o gozan de otros fueros. ¿Y qué autoridad provincial se atreverá a contener una Municipalidad que vende o empeña sus propias raíces, o señoriales, y que invierte los fondos en lo que se le antoja sin que jamás dé cuenta? ¿Y qué diremos de una Asamblea provincial que ni por conjeturas sabe la representación política, directiva o administrativa que tiene en la República; ni cuáles son sus relaciones con el Supremo Gobierno y la armonía y equilibrio de sus respectivos poderes?*

No solamente faltan instituciones orgánicas a estos cuerpos, sino que no pueden establecérselas aisladamente, debiendo emanar de un código general administrativo que fije a cada una la subordinación y relaciones que corresponden a su respectiva jerarquía para que no paralicen la enérgica vitalidad y centralidad del Gobierno. Por desgracia hasta las palabras influyen en nuestra anarquía administrativa y judicial. Se dijo que había tres supremos poderes, y se ha persuadido la magistratura judicial que cada uno forma en la República un estado independiente e igual en prerrogativas honoríficas y soberanas.

Es urgentísimo remediar todos estos males, so pena de vernos en peor estado que los reyes de León y de Castilla cuando de resultas de sus conquistas sobre los árabes, cada pueblo trataba de conservar sus fueros y prerrogativas

¹¹ Vid. *El Araucano* N° 35 (14.5.1831) 1-3 y N° 36 (21.5.1831) 2-3; recientemente en A. Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador*. (Ed. Universitaria. Santiago de Chile. 1982) Vol. II, n. 21, p. 38-53.

*señoriales que tantas veces pusieron la España a punto de volver a ser ocupadas por los agarenos*¹².

Portales -siguiendo tal vez la postura de Egaña- se expresa en términos muy parecidos en carta dirigida a Joaquín Tocornal con fecha de 16.7.1832¹³, en que el Ministro, retirado a la sazón de las funciones de gobierno, con lenguaje vivo y directo le señala la necesidad de trabajar en la elaboración de un proyecto de código o reglamento orgánico para presentar a las Cámaras *en que se detallasen las obligaciones y facultades de los intendentes, cabildos, jueces de letras, y de todo cuanto empleado provincial y municipal existe en la provincia, en el departamento y en el distrito...*

Y más adelante le señala que ningún trabajo de este tipo podría emprenderse con éxito *sin tener a la vista la reforma de la Constitución, con que debe guardar consonancia todo reglamento, toda ley y toda resolución.*

También el Vicepresidente Errázuriz se dirigía, en oficio de 8.7.1831, al Presidente del Senado haciéndole ver la necesidad urgente de *formar un código de leyes, comprensivo de los principales ramos administrativos y de la organización económica de los poderes nacionales, a fin de superar los insuperables tropiezos que ocasiona la contradicción entre las leyes y las nuevas ins-*

¹² Por su interés, merece transcribirse el párrafo que precede al señalado en el texto: "A todo magistrado público corresponde cierta porción de facultad judicial, ya sea preparatoria, o instructiva, o preservativa, que pertenece o a la seguridad individual o a la tranquilidad pública, o al cumplimiento de las leyes políticas y administrativas, o al desempeño y moralidad de los funcionarios. Sus atribuciones y límites judiciales están organizados y deslindados en los códigos según el régimen de la nación. Entre nosotros sin códigos peculiares, un Presidente de la República registra las leyes españolas para buscar sus atribuciones aunque fuese por analogías; y se halla con un rey hereditario, legislador omnipotente y superior a las leyes y aun a las garantías más esenciales, o con un virrey que todo lo consulta y obra sin responsabilidades cuando cumple las órdenes del soberano. ¿Y qué hará un intendente si registrado ese mismo código encuentra que sus atribuciones aún no son la sombra de las relaciones de aquel código, en donde no se han soñado las asambleas semilegislativas, ni los gobernadores de elección popular, la división de poderes, ni esas municipalidades que siendo casi cero en las leyes, y destinadas a condecorar las familias, hoy quieren apostárselas a los supremos congresos? La Corte de Apelaciones y la Suprema de Justicia, ¿qué sacarán de cuanto hablan las leyes sobre las cancelerías y consejos de España e Indias que son unos dicasterios tan distintos de nuestros tribunales? Un solo artículo de nuestras constituciones deroga cuantas analogías pudieran buscarse entre aquellas comparaciones y las nuestras. Esto es, que el poder judicial no debe tener la menor conexión con el ejecutivo, y que deben existir tan separados como el agua del fuego. Aquellos consejos son el verdadero Consejo de Estado del Rey, organizados por las leyes para todo lo que pertenece al gobierno de justicia y gran juzgado; por de protección y patronato eclesiástico, a la guerra y marina, a las provisiones de funcionarios eclesiásticos y magistrados de justicia, a la administración de las colonias, etc.; pero en Chile ni aun las que se llamaban reales provisiones de justicia se quiere que aparezcan a nombre del Jefe de la República, y éste en ocasiones no ha querido prestar auxilios para ejecutar las sentencias, por la absoluta excomunión a que se han condenado ambos poderes. Las leyes españolas establecen varios recursos de gracia y otros de protección contra los jueces y sus decisiones atentatorias; sería un podenco el que hoy reclamase al supremo ejecutor de las leyes y conservador de las garantías por una inmoralidad o abuso judicial".

¹³ Vid. *Epistolario de Don Diego Portales 1821-1837* (recop. E. de la Cruz y G. Feliú Cruz, Impr. Dirección General de Prisiones, Santiago de Chile, 1937) Vol. II n. 247, p. 226-230, la cita en p. 229.

tituciones, o la absoluta falta de organización para las nuevas magistraturas, que embarazan cada día la administración...¹⁴

Briseño, que escribe en 1849¹⁵, estudia el asunto y señala: *Varios son los defectos i vacíos de la Constitución de 28, que se consideraban dignos de reforma. La demasiada estension del derecho de sufragio i la multitud de elecciones populares, abren campo, se decia, a las maquinaciones de los partidos; la ambigüedad de muchos artículos fomenta el choque de las opiniones, i dispone los ánimos a sentimientos odiosos; i la mala organizacion del réjimen interior pone a los funcionarios subalternos en combates con el Gobierno Supremo, entorpece la marcha de la administracion, i quita al poder la mayor parte de la fuerza directiva, que tan necesaria es para gobernar bien. Semejante réjimen, a mas de proporcionar a los pueblos ocasiones de turbulencia, hace dificultosa la responsabilidad del Ejecutivo. Este poder, por otra parte, está demasiado ligado para librar oportunas providencias en ocasiones extraordinarias, en que se necesita la mayor prontitud, severidad i enerjía, i le es preciso dejar que revienten las revoluciones, que los males hayan causado todo su estrago, para obrar con arreglo a la lei.- Las atribuciones de los Intendentes de provincia son tan vagas e imperfectas, que dificilmente se pueden determinar sus facultades i obligaciones.*

Y es que, sin ahondar más en documentos gubernativos o parlamentarios o en autores, aparece bastante obvio que se producía un vacío hondo en todo el andar de los ramos de la Administración -e incluso en la actividad jurisdiccional, esto es de los tribunales de justicia- si se considera, por un lado, la ausencia de una legislación homogénea y coherente y de espíritu republicano que permitiera la buena andadura de las oficinas públicas y, por la otra, una abundante legislación indiana pero que estaba instituida sobre la base de un régimen político muy diverso y para autoridades muy distintas, en una organización no poco distante de aquélla.

Había, pues, que corregir de alguna manera tal desorden o confusión e incluso vaeíos, que permitiera reconstituir no sólo el orden indispensable para que toda la institucionalidad se asentara de manera estable y perdurable, sino también, y muy en especial, castigar las violaciones al código constitucional a fin de que no quedaran impunes y así debilitar el ímpetu sedicioso que había llevado a una peligrosa antijuridicidad constante en la época 1828-1830 y que terminaría en una verdadera guerra fratricida, a que puso fin la batalla de Lircay.

El 1º.10.1831, el Congreso expedía una ley en que ordenaba se reuniera una Convención *con el único objeto de reformar o adicionar* la Constitución

¹⁴ Vid. *El Araucano* Nº 44 (16.7.1831) 3; sobre Portales y el derecho, la codificación y su preocupación por el buen orden de la Administración, como, asimismo, sobre la autoría de este documento/oficio de Errázuriz (lleno de ideas que Juan EGAÑA expresaba en sus *Reflexiones* cit.) vid. A. GUZMAN BRITO, *Portales y el derecho*. (Edit. Universitaria, Santiago de Chile, 1988), especialmente, p. 73-107 (*Portales y la codificación*).

¹⁵ BRISEÑO (n. 1) p. 230.

de 1828 y precisaba la forma de su convocatoria¹⁶. El 20 de octubre abría sus sesiones la Gran Convención con asistencia del propio Presidente de la República, quien luego de tomar juramento a los convencionales se dirigirá a ellos recordándoles, entre otras cosas, "que sois lejisladores para Chile i que el fin de las leyes es la ventura de los hombres i de los pueblos i no la ostentación de los principios"¹⁷.

Esta era, pues, la finalidad del trabajo de la Convención, realismo político y no lirismo constitucional¹⁸, como el que asaltara a los constituyentes de 1828 o de los proyectos de 1826 o 1823, quedados todos en el camino de las palabras.

III. INCIDENCIAS DE SU APROBACION

La ley de 1º.10.1831, antes referida, estatúa que siguiendo el modelo señalado por la misma Constitución de 1828 -cuya necesidad de reforma se declaraba- se reuniría a la mayor brevedad una Convención con el único i esclusivo objeto de reformar (la) o adicionar (la). A dicha Convención, agregaba el art. 3º de la ley, se convocarán dieziseis de los Diputados elejidos por el pueblo para la presente Cámara de Diputados i veinte ciudadanos de conocida probidad e ilustración que deberian reunir las calidades para ser electo Diputado¹⁹. El Congreso debería elegir los individuos que integrarían la Convención, fijando al efecto (art. 8º) el procedimiento de elección. A fin de evitar inconvenientes, el art. 14 de la ley -y repitiendo lo ya dicho por su artículo 2º- reiterará que *la Convención no podrá ocuparse en otro objeto que en la revisión, reforma o modificación o adición de la Constitución*.

Instalada la Convención el 20.10.1831 en la Sala de Sesiones del Senado bajo la presidencia de Joaquín Tocornal, con la asistencia del Presidente de la República y concurriendo sólo 31 convencionales, ya en su 3ª sesión

¹⁶ Vid. el texto en R. ANGUIA, *Leyes promulgadas en Chile (1810-1912)*. (Impr. Barcelona, Santiago de Chile, 1912) I, p. 208 s.; en SCL XXI 1-2; en *El Araucano* N° 44 cit. 2-3.

¹⁷ Vid. SCL. XXI 5; en *El Araucano* N° 58 (22.10.1831) 4. Nos parece útil transcribir su texto íntegro, por lo demás breve, tomado de este periódico: "SEÑORES: Reformar la gran carta es la obra destinada á vuestro saber; vais á registrar los derechos y deberes no de millon y medio de hombres que pueblan hoi á Chile, sino de las jeneraciones que deben formar algún dia una gran Nacion de Sud América; y como pende de vosotros la dicha ó la desgracia de los mortales más dignos, vais tambien á merecer la execracion ó las bendiciones de todos los siglos. Concentrad todo vuestro amor patrio, fijaos en el estado y necesidades del precioso suelo que os vió nacer; recordad a cada momento que sois lejisladores para Chile, y que el fin de las leyes es la ventura de los hombres y de los pueblos, y no la ostentacion de los principios; haceos y hacendos dichosos, y contad con las bendiciones del cielo y de los hombres".

¹⁸ Sobre ello vid. nuestro *¿Lirismo constitucional o realismo político?* en *Revista Chilena de Derecho* 6 (1979) 1-4, p. 361-373.

¹⁹ El art. 28 de la Constitución de 1828 disponía: "Para ser elejido Diputado se necesita: 1º Ciudadanía en ejercicio. 2º Veinte i cinco años cumplidos, siendo soltero o ántes siendo casado. 3º Una propiedad, profesión u oficio de que vivir decentemente."

(24.10.1831) se acuerda con la asistencia de 22 miembros designar una Comisión de miembros *para que proponga un proyecto de reforma de la Constitución*, y en su 4ª sesión, celebrada al día siguiente, 25.10.1831 y con la asistencia de 23 miembros, se procede a designar tal Comisión. Esta fue elegida con 22 votos para Mariano Egaña, 21 para Fernando Elizalde y Agustín Vial Santelices, 20 para Manuel Gandarillas y Santiago Echeverz, 18 para Gabriel Tocornal y el Dr. Juan Francisco Meneses²⁰.

Ya en la sesión 2ª (21.10.1831) se había encargado a una Comisión formada por Agustín Vial, Fernando Elizalde y Manuel José Gandarillas, para que emitiera un informe sobre la conveniencia de introducir reformas a la Constitución de 1828, informe que es evacuado con fecha 24.10.1831 y que es conocido en la misma fecha en la 3ª sesión, antes indicada. En este documento se resumen con brevedad los principales puntos que merecen ser reformados y ha de tenerse él en cuenta, ciertamente, al momento en que se pretenda estudiar el texto de la Constitución de 1833 y sus principales variantes con respecto a la de 1828²¹.

Aun cuando el acta de la sesión 4ª es muy escueta, un editorial de El Araucano, de 29.10.1831 (Nº 59) señala que *la gran Convención cerró sus sesiones dejando nombrada una comisión compuesta de siete miembros que prepare un proyecto de reforma de la carta fundamental con arreglo á la lei dictada por el Congreso nacional. Despues de haber declarado la sala la necesidad de la reforma, se indicó por un diputado que se acordara un plan que sirviera á la comision de guia en sus trabajos. Con este objeto presentó una proposicion en que la gran Convencion reconocia la forma de gobierno representativo popular, dividida en los tres poderes lejislativo, ejecutivo y judicial que estableció la constitucion, y encargaba á los comisionados que ciñesen el proyecto á señalar con especificacion los artículos vacíos de sentido, ininteligibles é inaplicables, proponiendo al mismo tiempo las modificaciones que creyese convenientes sin alterar el fondo del código en parte sustancial. En la discusion se descubrió que toda la sala estaba poseida de estos mismos sentimientos; y habiendo una disposicion jeneral para limitarse solo á modificar ó adicionar la constitucion, pareció inútil discutir de nuevo la proposición presentada, y la retiró su autor, satisfecho de la uniformidad de pensamientos que habia encontrado en sus respetables compañeros. Por lo avanzado de la hora, se reservó el nombramiento de la comision para la sesion siguiente, despues de*

20 Valga recordar que tanto Meneses como Egaña serían con posterioridad Decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, siendo sus retratos quienes presiden la Sala del Consejo de esta Facultad, al cual me honra pertenecer desde hace 16 años. Sobre Meneses, canónigo "de relevante actuación política, eclesiástica y universitaria" -en expresión del maestro DE AVILA MARTEL- vid. la reseña biográfica que éste traza en su *Mora y Bello en Chile*. (Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1982), quien recuerda, entre otras cosas, que Meneses fue rector de la Universidad desde 1830, y reformada ésta (como Universidad de Chile) pasó en 1846 a ejercer el cargo de Decano de su Facultad de Leyes hasta 1860, fecha de su muerte.

21 Vid. su texto íntegro en *SCL*. XXI cit. p. 10-12; el texto del acuerdo que nombra la comisión para emitirlo en p. 7-8.

haber acordado que por la importancia de la materia se compusiera de siete miembros".²²

El mismo periódico indica que el miércoles 26.10.1831 se reunió la Comisión recién elegida el día anterior para *acordar un sistema de trabajos para desempeñar con prontitud i el posible acierto el delicado cargo que se les ha confiado. Lo verificaron, separándose en seguida, citados para el lunes próximo a examinar las observaciones que cada uno se ofreció a presentar por su parte*.²³

De acuerdo, pues, con lo que señala el acta de la referida sesión 4ª, una vez dados los resultados de la votación en que fueron electos los 7 miembros que formarían la Comisión encargada de presentar un proyecto de reforma de la Constitución de 1828, se presentó una indicación del convencional Vial del Río para que concluido que fuera el proyecto se hiciese imprimir antes de ser citada la Convención para discutirlo y se repartiese a sus miembros a lo menos ocho días antes de la primera sesión, idea que fue aprobada por unanimidad.

La Comisión de 7 miembros realizó su trabajo sin que a nuestro conocimiento existan ni actas ni papeles o documentos que dieran vestigios de sus sesiones, discusiones o controversias²⁴; la prensa de la época trae algún material en cuanto a intervenciones (anónimas no pocas) que contendían con ideas, proposiciones, críticas respecto de lo que trascendía al público de ese trabajo²⁵.

Si atendemos a Carrasco Albano²⁶, la Comisión habría propuesto un proyecto que habría sido preparado sobre la base de un proyecto que Mariano Egaña presentara como *Voto particular* con fecha 12.5.1832, y tal proyecto

²² *El Araucano* cit. 4, columnas 2 y 3. El Diputado a que hace referencia el periódico aludido que habría propuesto un plan de trabajo sería según GALDAMES (*La evolución* (n. 1), p. 879) Manuel José Gandarillas, miembro de la referida Comisión.

²³ Vid. nota anterior.

²⁴ Recuérdese que incluso para las sesiones de la Gran Convención que conocerá del proyecto de reforma misma, hubo negativa para acoger la iniciativa del Sr. Elizalde para que se pusiesen taquígrafos (12 votos contra 11) como también hubo igual negativa ante la del Sr. Vial Santelices para que se nombrase un redactor de sesiones (17 votos contra 8): vid. sesión 8ª (31.10.1832) *SCL*. XXI cit. p. 130. En la sesión 9ª de la Convención (2.11.1832) fue aprobada la solicitud del Sr. Mateo Peregrino para que se le permitiera "colocar un taquígrafo dentro de la sala de sesiones, para que pueda tomar con exactitud los discursos que se pronuncien, con el objeto de darlos a la prensa" (*SCL*, cit., p. 131).

²⁵ Vid. especialmente *El Araucano*, años 1831 a 1833. Ni siquiera los autores que se refieren al tema indican sus fuentes, por lo cual no existe tampoco la posibilidad de mucha certeza en la materia: ni Carrasco Albano, ni Lastarria ni Briseño dan luces al respecto y sólo Galdames precisa que utiliza las fuentes transcritas en las *Sesiones de los Cuerpos Lejislativos*, especialmente t. XXI (vid. v. gr. nota c) en página 871).

²⁶ Vid. sus *Comentarios* cit., p. VI-VII.

habría servido de base a la Convención para sus discusiones. Briseño²⁷, en cambio, señala que si bien la Comisión estuvo de acuerdo con ceñirse estrictamente a los términos de la ley de 1.10.1832 (arts. 2 y 14) pronto se advirtió diferencias de criterios ya que mientras algunos pensaban *que bastaba designar los artículos dignos de reformarse o completarse*, otros estimaban *que debía formarse un nuevo Código*. De allí que se hubiesen presentado sucesivamente tres distintos proyectos impresos; *empero el de D. Mariano Egaña prevaleció en la discusión*. Lastarria²⁸ señala que a la Convención se le presentaron tres proyectos distintos, sin agregar datos sobre sus autores o incidencias.

Si se analiza con detención el volumen 21 de las Sesiones de los Cuerpos Legislativos²⁹ puede observarse que en abril de 1832, luego de la interrupción de las sesiones de trabajo de la Comisión en el verano de ese año, se tuvo un proyecto elaborado por ella, el cual, en términos generales, contemplaba el orden de la Constitución de 1828 e introducía modificaciones que tendían, entre otros puntos, a un cierto robustecimiento de las atribuciones presidenciales pero de modo más bien atenuado; era más un remozamiento que un fortalecimiento del régimen³⁰. Dado que ello no daba satisfacción, tampoco, a quienes deseaban una rectificación de fondo para evitar caer en la misma debilidad de la autoridad que había llevado a la situación de sedición permanente de 1829, es que aparece el proyecto de Mariano Egaña, quien al comprobar que sus planteamientos no habrían sido aceptados en la Comisión creyó por más eficaz presentar un proyecto específico, bajo la denominación de *Voto particular*. Conocido en mayo de 1832, constituía un estatuto orgánico que, conservando disposiciones del Código de 1828, conformaba una visión, en general, muy diferente del régimen de gobierno, al dar relevancia al Presidente de la República, "eje de la máquina", a fin de asegurar la estabilidad, reprimir los conatos sediciosos, instaurar el estado de sitio, permitir

²⁷ Vid. *Memoria* cit. p. 235. En su *Estadística bibliográfica de la literatura chilena* (Santiago de Chile, Imprenta Chilena, 1862) refiere BRISEÑO (Vol. I, pág. 346) lo siguiente: "Voto particular presentado el 12 de mayo de 1832 a la comisión nombrada por la Gran Convención de Chile para proponerle un proyecto de reforma de la Constitución Política, por el Senador don Mariano de Egaña, uno de los individuos de la misma Comisión. 1 volumen de 55 pp. en 4º, año 1832, Imprenta Opinión, Santiago".

²⁸ Vid. *La Constitución* cit. (en la edición de Impr. Vanderhaeghen. Gante. 1865) 190.

²⁹ Esta obra fue ordenada preparar hacia fines del siglo pasado por la Cámara de Diputados a don Valentín Letelier; el volumen XXI destinado a la *Gran Convención* comprende 1831-1833, y fue publicado en 1901 (Imprenta Cervantes, Santiago de Chile).

³⁰ Como se puede advertir, no se ciñó a lo originariamente pensado, que era aislar aquellas disposiciones del texto que reformar para modificarlos o sustituirlos a fin de llenar sus vacíos o corregirlos. Junto a ese proyecto, dos comisionados habrían elaborado otros dos: uno, atribuido al Dr. Meneses, cuya ordenación sólo difería del proyecto anterior pero su contenido era igual, salvo que contenía un artículo menos (118), y otro atribuido a Manuel José Gandarillas, de corte más liberal y que introducía modificaciones de fondo, un tanto contrapuestas al reforzamiento de las atribuciones del Ejecutivo. Vid. sus textos, respectivamente, en *SCL*, cit. 55-62 y 62-69. Estas atribuciones a estos autores aparecen en notas del recopilador (V. Letelier) al pie de pp. 55 y 62, respectivamente.

un gobierno y administración centralizados y fortificar el imperio de la ley y su acatamiento incluso por las autoridades constituidas, estableciendo la nulidad de todo acto que contraviniese la Constitución y las leyes.

De mayo a agosto de 1832 la Comisión trabajó en la elaboración del Proyecto que había de presentar a la Convención y sería este *Voto particular* de Egaña el que finalmente primaría en ella y serían sus disposiciones en buena parte las que acogería.

En la sesión 5ª de la Convención -25.10.1832- y con la asistencia de sólo 20 convencionales, se dio cuenta de la nota dirigida al presidente de ella por la Comisión designada para elaborar dicho proyecto, acompañándolo, junto con el voto de uno de sus individuos, el señor Egaña³¹, acordándose *proceder a considerarlos, en jeneral, en las reuniones siguientes, que deben ser conforme al reglamento adoptado, los días lunes, miércoles i viernes de cada semana, y en sesiones -de acuerdo con la indicación del Sr. Renjifo- que principien a las ocho de la noche, por ser esta la hora la más conforme a la estación presente.*

Ya *El Araucano* del día siguiente (Nº 111, de 26.10.1832) exponía sus prevenciones acerca del modo de trabajo a que se vería abocada la Convención ante el modo de presentar su Proyecto la referida Comisión y el voto del Sr. Egaña, en que ambos eran en sí el texto completo de una Constitución, sin que hubiera explicación de las modificaciones, correcciones o novedades introducidas y ni siquiera del plan seguido³². No obstante ello, la Convención

³¹ Vid. SCL. cit. 46.

³² Vid. *El Araucano* cit. 4 especialmente columna 3; en SCL, cit. 47. *El Valdiviano Federal* (Nº 64, de 23.11.1832) comentaba, con cierto retraso, el hecho y señalaba:

"Al fin, después de un año, presentó la Comisión el proyecto de reforma de la Constitución aprobado por la mayoría de sus individuos, habiendo también dos de la minoría disidente ofrecido presentar cada uno el suyo. Tan diverjentes opiniones producirán, sin duda, árduas discusiones, i ojalá que El Araucano, que ha ofrecido dar cuenta al público de los trabajos de la Gran Convención, lo verifique, no relacionando como ha empezado en su número 114, sino insertando a la letra los artículos que se discutan o sancionen; es lo menos que debe hacerse, ya que no se da al público un conocimiento estenso por medio de la taquígrafía, especialmente de las opiniones de cada uno de sus miembros, publicando íntegramente las sesiones.

Principió la Convención sus tareas por la lectura del proyecto de la mayoría, i tomado en consideración si se admitía o desechaba, resultó la afirmativa contra seis votos. El partido de oposición al proyecto se funda en que no era permitido alterar absolutamente la Constitución de 28, si solo reformarla, lo que no da derecho mas que a modificar, ampliar o suprimir. Los defensores del proyecto dieron mas ámplia significación al verbo reformar, como la de quitar, deshacer, etc.

El Valdiviano, prescindiendo de significaciones de verbos, cree inadoptable una i otra opinión. Examinando la de oposición al proyecto, ¿cuán difícil no hubiese sido el deslinde entre lo que era solo modificar, ampliar o suprimir i lo que propasaba estos límites tan inciertos? Cada punto de reforma que se hubiese propuesto, habría exijido entrar en esa preliminar cuestión que las mas veces se habría resuelto arbitrariamente; por otra parte, quitada la libertad de abolir todo lo que se conceptuara malo, no era verdadera reforma la que se hacía, porque no puede decirse tal, cuando lo que se reforma se deja siempre entre vicios i defectos que se conocen.

Pero, aun menos adoptable es la opinión de los que no ponen límites a la facultad de variar la constitucion, i, por de contado, precipita en mayores inconvenientes; tal es el que sustancialmente da a la Convencion atribucion de Cuerpo Constituyente, lo que pugna tanto con la forma de su eleccion, como con su número.

acordó el 9.11.1832, en su sesión 12ª, y con la asistencia de 25 de sus miembros, *aprobar en general el proyecto de reforma de la Constitución propuesto por la Comisión*, con el voto afirmativo de sólo 18 de ellos³³. En la sesión 14ª (14.11.1832) y para el mejor trabajo de la Convención, se adoptó el acuerdo según el cual dicho Proyecto sería el que serviría de base de la discusión en particular, sin perjuicio de que cualquiera podía proponer como indicación los artículos de la Constitución de 1828³⁴.

A partir de la sesión 15ª (16.11.1832) se comenzará a discutir en particular cada disposición del Proyecto³⁵, y en la sesión 23ª (5.12.1832) se aprueba la indicación del Sr. Vial Formas para que se sesionara todo los días, para acelerar el trabajo³⁶. Ya en la sesión 78ª (9.5.1833), terminada la labor de la Convención, se acordaba citar a sus miembros ausentes para concurrir a la lectura de la Constitución y firmarla, y oficiar al Gobierno para que el 25 de mayo se convocare a las Cámaras Legislativas "para que jurasen la Constitución"³⁷; en la sesión 80 (17.5.1833) se aprueba por la Convención el texto definitivo de la citada reforma al Código fundamental³⁸, y en la Sesión Extraordinaria del día 25 de mayo de 1833 del Congreso Nacional, convocado

Cuando se trata de reformar un código, es necesario impedir uno i otro extremo: el de la primera opinion, que restrinje la libertad de reformar todo lo malo, i el de la segunda, que espone a un trastorno absoluto.

Las mas de las Constituciones han adoptado no dejar sujeto al juicio de la simple mayoría ningun punto de reforma; sino al de las dos terceras o tres cuartas partes de los miembros del cuerpo reformador.

La Constitucion de Norte América, aunque muchos la llaman mala i otros (solo sobre su palabra) inaplicable a Chile, sin embargo que es la única de cuantas se han dado en el mundo, que ha llenado dignamente el objeto de poner a cubierto los derechos públicos; esta Constitucion, repetimos, no puede ser reformada en ninguno de sus artículos sino es cuando las dos terceras partes de ambas Salas lo proponen o a solicitud de las Lejislaturas de las dos terceras partes de los diversos Estados: en uno u otro caso, se convoca una convencion, a la que incumbe proponer las reformas, las cuales para su validacion necesitan ser rauficadas después por las Lejislaturas de las tres cuartas partes de los Estados.

Estas o equivalentes trabas han puesto las Constituciones calificadas por mas sábias, las que no impiden la libertad de su reforma en cuanto se crean perjudiciales, i cautelan al mismo tiempo los efectos de un flujo constante a innovaciones; extremos funestos en alto grado i que la Convención debió evitar."

³³ SCL. cit. p. 192. El Proyecto presentado por la Comisión a la Convención puede verse en p. 158-170.

³⁴ Vid. en SCL. cit. p. 198 el acuerdo aprobado respecto de la forma de proceder y que fuera presentado por los Sres. Arriarán, Egaña y Tocornal, designados al efecto para redactarlo.

³⁵ A partir de esta sesión ya se cuenta con Actas, que serán publicadas en *La Lucerna* (vid. Nº 21, de 25.11.1832); SCL cit. p. 200-203 la transcribe; dichas actas llegarán sólo hasta la de la sesión 34 (21.12.1832) que publicará *La Lucerna* en su Nº 27 (27.12.1832).

³⁶ Vid. SCL. cit. p. 231. Hubo incluso días en que se realizaron dos sesiones al día, v. gr. las 63 y 64, 65 y 66, por la mañana y por la noche de los días 29 y 30 de abril de 1833, cerca del término de su trabajo (vid. ellas en p. 309-315).

³⁷ SCL. cit. p. 334.

³⁸ Su texto en SCL cit. p. 336-348.

al efecto por el Presidente de la República, y en sus dos Cámaras reunidas en la sala del Senado, se prestó juramento solemne, primero el presidente del Senado, luego el de la Cámara de Diputados, los senadores y diputados y, en último término, el Presidente de la República³⁹.

IV. ORIGINALIDAD DE SU TEXTO

Suele ser, por desgracia, muy frecuente entre los hombres dedicados al Derecho en nuestra patria, buscar los orígenes de las instituciones públicas o político-jurídicas en Francia o Estados Unidos, olvidando que jamás fue el reino de Chile ni colonia, ni dependencia ni factoría de esos países, sino un reino de la Corona de Castilla, regido por el derecho castellano indiano.

Por otra parte, no suele ser infrecuente el que legisladores un tanto apresurados -por no decir frívolos- traten de insertar en nuestro ordenamiento instituciones o mecanismos jurídico-políticos extranjeros que poco o nada se avienen con nuestro sistema, tradiciones o idiosincrasia; y estos *injeritos extranjerizantes* -verdaderas células extrañas al cuerpo social- producen más pronto que tarde los rechazos consecuenciales, que sólo perturban el transcurso ordenado y pacífico de la vida institucional⁴⁰.

Al estudiar la Constitución de 1828 y la aplicación tan reducida que tuvo, no puede dejarse de mencionar precisamente los documentos que citábamos en el párrafo 1 precedente, y que también Briseño como Lastarria, entre otros, recojen. Fruto de una visión ideológica, elaborada en gran parte por un extranjero⁴¹ y sin tener en cuenta verdaderamente la concreta realidad del

³⁹ SCL., cit. p. 380-381. Puede ser de interés los comentarios aparecidos en *El Araucano* N° 140 (17.5.1833), p. 3-4, y en especial N° 141 (25.5.1833), p. 3-4 y N° 142 (1.6.1833) p. 1, respecto al texto aprobado y luego jurado y promulgado como reformas a la Constitución de 1828: se hace un análisis comparativo destacándose las correcciones hechas por dichas reformas (en SCL cit. p. 348-351). La proclama dirigida por el Presidente de la República a los pueblos con ocasión de la promulgación y que suele encabezar el texto de la llamada *Constitución de 1833* es bien conocida. Su texto en *El Araucano* N° 142 cit. p. 1 columna 3, también en BRISEÑO, *Memoria* cit. p. 489.

⁴⁰ En el caso típico de los llamados "tribunales administrativos" que la Constitución de 1925 introdujo en su art. 87 y que tan nefastas consecuencias trajo en las décadas que van hasta 1973 (vid. nuestros *La competencia contencioso administrativa de los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista Chilena de Derecho* 1 (1974) 3/4, p. 349-359, y *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista de Derecho Público* 21/22 (1977) p. 233-249.

⁴¹ Vid. para la Constitución de 1828 BRISEÑO cit., p. 204-223; GALDAMES cit., p. 739-862; F. ERRAZURIZ, *Chile bajo* cit.; SALVAT, *Las logias* cit. Sobre la labor de Mora vid. R. DONOSO, *José Joaquín de Mora y la Constitución de 1828*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 1 (1959) p. 13-24, quien se inclina por estimar decisiva la intervención del gaditano; Barros Arana, en cambio, afirma que sólo habría tenido intervención en su redacción y forma literaria (*Estudios biográficos*, XV, de Melchor de Santiago CONCHA en *Obras completas* (Impr. Barcelona, Santiago de Chile, 1914), volumen 12, p. 284-285); la misma idea anterior en GALDAMES cit., p. 753; BRISEÑO no menciona para nada a Mora en su *Memoria* cit. al referirse a esta Constitución, pero años más tarde -1862- en su *Estadística bibliográfica de la literatura chilena* (Impr. Chilena, Santiago de Chile, vol. I, p. 277) al mencionar el proyecto de la aludida constitución señala: "es obra de don José J. de Mora". ERRAZURIZ precisa (*Chile* cit. 529, nota 1 in fine) que

país, dicho texto fundamental devino no sólo inoperante a pocos meses después de haber sido promulgado, sino que vulnerado en sus disposiciones que fueron al fin meras hojas de papel.

Las llamadas "reformas" al código de 1828 que se promulgaron y juraron en 1833, y que constituyen, en el fondo, por su cambio de perspectiva respecto del régimen de gobierno, una nueva Constitución, a pesar de haberse conservado disposiciones de la anterior, no sólo se asentaron sino que perduraron y han atravesado casi 150 años de historia institucional, y en lo que se refiere al objeto de este estudio -su art. 160- ha permanecido en su sustancia idéntico hasta hoy, esto es 159 años, constituyendo una piedra angular del sistema jurídico-político que nos rige desde aquella época.

¿Qué nos indica esta perdurabilidad? Revisar su origen nos ayuda grandemente en ello.

Retomemos el texto original, a saber el art. 160 de la Constitución de 1833, transcrito al inicio de este estudio.

La idea aparece por vez primera en el llamado *Voto particular* que Mariano Egaña presentara como Proyecto de reforma a la Constitución de 1828, para ser conocido y discutido por la Comisión designada para elaborar proyecto y presentarlo a la Convención que, en definitiva, debía aprobar las referidas enmiendas a ese texto constitucional⁴².

En el texto impreso de este Voto, que se había presentado el 12.5.1832 por Egaña a esa Comisión, aparece como artículo 17 y si bien se advierte se encuentra como última disposición del Título IV *De la forma de gobierno*, título que venía luego de los referentes a *De la República, su territorio y religión* (I), *Del Estado político de los chilenos* (II nacionalidad y ciudadanía), y *De los derechos comunes a los chilenos* (III derechos y libertades). Este Título IV contiene en un apartado especial el *régimen de gobierno*, señalando en su art. 12 que es representativo, que esa representación se compone del Presidente de la República, de un Senado y de una Cámara de Diputados; que la elección de ellos pertenece a los ciudadanos, según forma y calidades que prescribe la Constitución (art. 13); que hacer las leyes corresponde colectivamente a aquellos tres órganos (art. 14); que el ejercicio del Poder Ejecutivo pertenece exclusivamente al Presidente de la República (art. 15) y que "la potestad de aplicar las leyes, en las causas civiles i criminales, pertenece a los tribunales establecidos por la lei" (art. 16)⁴³. Dice, pues, dicho artí-

la Comisión encargada de su redacción "adoptó como base de sus trabajos i discusiones el proyecto presentado por el señor Concha", vale decir, Melchor de Santiago Concha, pero no señala sus fuentes. BARROS ARANA *cit.* también afirma la autoría de Concha e indica (p. 285) como fuente de sus afirmaciones los propios dichos del mismo Concha que se los habría transmitido en conversaciones habidas personalmente con el historiador.

⁴² SCL. XXI cit. p. 71; el texto completo del voto en p. 30-83.

⁴³ Esta forma de articular las disposiciones de este Título, en sus arts. 14, 15 y 16, se corresponden con los arts. 15, 16 y 17 de la Constitución de Cádiz (1812) en su Título III: *Del Gobierno*, y los arts. 16 (Egaña) y 17 (Cádiz) son idénticos salvo *reside en*, que Egaña cambia por *pertenece a*. Sin embargo, la de Cádiz no contiene una disposición como el art. 17 de Egaña.

culo 17, a la letra: *Ninguna majistratura, individuo particular o reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias extraordinarias, autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la lei. Todo acto en contrario es nulo*⁴⁴.

En unos apuntes que parecen ser el primer borrador completo del texto antes indicado, dicha disposición aparece bajo el mismo número y con idéntica redacción⁴⁵.

En un borrador incompleto de este mismo *Voto*⁴⁶, dicho artículo 17 aparece como artículo 25 e integrando el mismo Título IV indicado, al cual se le han agregado artículos nuevos. Este borrador presenta gran interés porque se encuentra adicionado de modo abundante ya con nuevas disposiciones, ya con agregados a los artículos, e incluso con comentarios a determinadas disposiciones⁴⁷. Precisamente en este borrador incompleto, el artículo 25 aparece como sigue, según las adiciones hechas al original, que se colocan entre paréntesis: *(Ninguna persona o reunión de personas puede atribuirse ni aun) Ninguna majistratura (ni reunión de ciudadanos ni), individuo particular (puede atribuirse) o reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias extraordinarias (o imprevistas) autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la lei. Todo acto en contrario es (de pleno derecho) nulo.*⁴⁸

Aún más: en otro borrador que debe ser posterior al recién citado, pues toma razón de alguna de las correcciones hechas, el art. 25 referido dice: *Ninguna majistratura ni reunión de ciudadanos, ni individuo particular puede atribuirse aun a pretesto de circunstancias extraordinarias o imprevistas, autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la lei. Todo acto en contrario es de pleno derecho nulo.*⁴⁹

El proyecto originario que la Comisión elabora para comenzar sus trabajos, de 119 artículos, no contiene una disposición semejante, o parecida o

⁴⁴ SCL., cit. p. 71.

⁴⁵ SCL., cit. p. 85.

⁴⁶ SCL., cit., p. 100; este *Borrador incompleto* en p. 97-108.

⁴⁷ Vid. esto último, v. gr. en arts. 6 (p. 98 col. 1), 7 (id. col. 2), 9 (98-99), 10 (en donde se hacen comentarios e incluso hay citas a Campomanes y Florida Blanca); art. 13 (que establece la inviolabilidad de la correspondencia, se dice como comentario *En tu Constitución i en la de Gandarillas veo que, a más de la inviolabilidad de la correspondencia, se habla de otros efectos i papeles. Esto me parece espuesto i orijen de sesenta cuestiones -p-99 col. 2 in fine*). Tales adiciones y comentarios serían de Juan Egaña, según afirma V. LETELIER, recopilador de las *Sesiones* cit., en nota al pie de la columna 1 de pág. 84 (*"... anotaciones marginales escritas con letra de los escribientes de don Juan Egaña*).

⁴⁸ SCL cit. p. 100 columna 2.

⁴⁹ SCL., cit. p. 100.

análoga⁵⁰, como tampoco la contemplan los otros proyectos presentados, atribuidos a Meneses⁵¹ y a Gandarillas⁵².

Se ha de recordar que por acuerdo de 17.5.1832, la Comisión encargada de formar el proyecto de reforma de la Carta de 1828 manifestó *que sirviese de base en la discusión (para su trabajo) el que ya se ha impreso, mejorándolo con las observaciones que suministra la lectura de los capítulos correspondientes del señor Egaña; que éste se imprima tal como dicho señor lo ha presentado i que ámbos se pasen así a la convención.*⁵³

Dicha mejora se ha concretado en el Proyecto que presenta la Comisión a la Convención y que ésta comenzará a conocer en la sesión 5ª, de 25.10.1832⁵⁴, texto que contiene buena parte del voto particular de Egaña⁵⁵, voto que, no obstante ello será conocido como tal por la Convención junto con aquel proyecto.

En efecto, en la sesión 6ª (26.10.1832) y con la asistencia de 19 miembros *se procedió, hasta concluir, a la lectura del proyecto de reforma presentado por la Comisión i, en seguida, a la del voto particular del señor Egaña, que continuó hasta que se suspendió la sesión.*⁵⁶ Ella siguió en la sesión 7ª (29.10.1832) a la que asistieron 23 miembros y en la cual se concluyó dicha lectura, poniéndose *en discusión en jeneral el proyecto de la Comisión.*⁵⁷

En el proyecto que la Comisión presenta a la Convención se incluye como Artículo 5º el texto de Egaña y en el cual se reúnen algunas de las correcciones contenidas en uno de los borradores de dicho *Voto* y que serían de mano de su padre Juan Egaña⁵⁸. Dice este texto (art. 5) presentado a la discusión de la Gran Convención: *Ninguna magistratura, ninguna persona o reunión de personas puede atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos, que los que espresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.*⁵⁹

⁵⁰ Vid. este proyecto en *SCL*. p. cit. 47-55.

⁵¹ El proyecto atribuido a MENESES en *SCL*. p. 62-66.

⁵² El proyecto atribuido a GANDARILLAS en *SCL*. p. 62-69.

⁵³ Vid. *SCL*. p. cit. 24 col. 1. El acta señala que Egaña y Vial fueron de parecer "que se leyesen uno i otro, adoptándose del uno o del otro lo que pareciere mejor, sin que ninguno de ellos sirviese de base" (columna 2).

⁵⁴ *SCL*. cit., p. 158-170 el texto del proyecto presentado a la Convención.

⁵⁵ *SCL*, cit., p. 70 nota a pie de página.

⁵⁶ La cual siguió *a segunda hora... y hasta que siendo las once de la noche, mandó el señor Presidente suspender la lectura, y continuarla en la sesión siguiente:* vid. *SCL*. cit. p. 126-127.

⁵⁷ *SCL*, cit. p. 128.

⁵⁸ Vid. nota 47 precedente.

⁵⁹ *SCL*, cit., p. 158.

Este art. 5º ha pasado ahora a ser el último del Título II *De la forma de gobierno*, cuyos artículos 2º, 3º y 4º se refieren, respectivamente, a la forma de gobierno *republicano i representativo*, a que la República es una e indivisible y a la residencia de la soberanía y prohibición de tomar la representación del pueblo, con la correspondiente sanción de sedición⁶⁰.

Será conocida esta disposición en la sesión 17 (21.11.1832), a la que concurren 22 miembros de la Convención. Sobre el particular quedó constancia en su acta que: *El señor Gandarillas hizo indicación para que, aprobándose, se reservase su colocación para el capítulo de Disposiciones jenerales. No habiendo quién tomase la palabra, se preguntó a la Sala si creía la materia en estado de votar; i habiendo resuelto que sí, se aprobó el artículo en la forma siguiente:...../ En seguida, se votó sobre la indicación del señor Gandarillas, i fue aprobada.*⁶¹

La Lucerna en su Nº 22, de 28.11.1832, que transcribe lo ocurrido en las sesiones de la Convención, agrega que el referido Sr. Gandarillas dijo: *que, habiendo acordado la Gran Convención reservar para otro lugar el artículo 4º, parecía conforme se hiciese igual reserva del 5º, por ser de la misma naturaleza, pues que, hallándose conforme con su contenido, solo difería respecto de su colocación./ El señor Vial Santelices pidió que primero se declarara si se aprobaba i luego se trataría de su traslación, de que no estaba distante./ No habiendo quién tomase la palabra, se puso en votación i resultó aprobado por 18 votos contra 1, en los mismos términos del proyecto. Luego tuvo lugar la indicación del señor Gandarillas, la que, votada, fue admitida por 12 votos contra 8.*⁶²

Si se compara el texto presentado a la Convención con el que resultó aprobado por ella sólo hay modificaciones de carácter redaccional y muy leves, como son la exclusión de la coma luego de la expresión *otra autoridad o derechos*, la inclusión de una coma luego de la palabra *atribuirse*, el uso singular de la frase *se les haya conferido...* en lugar del plural *hayan*, utilizado en el Proyecto y, en fin, la sustitución de la preposición *a* por *de* en la frase final *... en contravención a este artículo...* empleado por el referido Proyecto.

60 Este artículo 4º, obra de Mariano Egaña, era el Nº 7 del art. 11, que aseguraba como derecho de todos los chilenos el *de presentar peticiones a todas las autoridades constituidas, ya sea por motivos de interés jeneral del Estado, ya de interés individual; procediendo legal i respetuosamente*. Y su inciso 2º prescribía: *Ninguna persona, ni reunión de personas puede hacer peticiones a nombre del pueblo, ni atribuirse el título o derechos del pueblo soberano. La infracción de este artículo es una sedición.* (vid. *SCL.* cit., p. 71 columna 1; los borradores en pp. 85, 99 y 109).

61 *SCL.* cit. p. 209. Es de interés señalar aquí que la redacción del Proyecto de Reforma presentado por la Comisión encargada de su elaboración a la Convención fue entregada a don Andrés Bello si estamos a cuanto refiere Portales en carta a su amigo Garfias (fechada en Valparaíso el 3.8.1832, en *Epistolario* cit. II Nº 252, p. 239 in fine: "...mucho me agrada la noticia de que al compadre se haya encargado de la redacción del proyecto de reforma de la Constitución..."); SILVA VARGAS en *Historia de Chile* (varios autores, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, vol. 3 (1976), p. 544, también afirma esta intervención de Bello, pero no indica fuentes.

62 *SCL.* cit. p.210.

Valga señalar que el *Voto particular* de Egaña, presentado a Convención -tal como se ha transcrito hace algún instante- planteaba la previa habilitación jurídica para el actuar de toda magistratura en cuanto que tal habilitación podía serle atribuida *por la Constitución o la ley*,⁶³ lo que, como se advierte, es reducido por la Comisión, al adoptar dicha disposición, y por la Convención, a la sola ley.

En virtud de lo acordado por los convencionales en la sesión 17 aludida, esta disposición -que en la idea de Egaña, su autor, integraba el Título: *De la forma de gobierno*, al inicio mismo de la Constitución (Título IV en su *Voto particular* y Título II en el Proyecto presentado por la Comisión a la Convención)- pasó en el texto aprobado por la Gran Convención, en su sesión 80 (17.5.1833) a la que asistieran 22 de sus miembros, a formar parte de lo que denominó *Disposiciones generales* (arts. 153-161), luego del Capítulo VIII *De las garantías de la seguridad i propiedad*, y bajo el artículo 160, penúltimo de dicho párrafo. En el texto jurado, promulgado y publicado, conserva, ciertamente, su numeración pero dicho párrafo recibe capitulación como XI⁶⁴.

Hasta aquí llega -a nuestro conocimiento- lo que es posible, de acuerdo con las fuentes formales o documentarias, comprobar de manera fehaciente en cuanto al origen formal del artículo 160 de la Constitución de 1833.

Vale ahora preguntarse ¿qué origen más remoto puede encontrarse del texto ideado por Egaña, corregido y adicionado por su padre (Juan)? ¿Es una idea cogida de algún texto extranjero o emana de la realidad nuestra de aquella época? Es lo que veremos en los puntos que siguen.

Podría ser tarea aparentemente fácil despachar el punto haciendo referencia a textos revolucionarios de la Francia de 1789 y años siguientes.

En efecto, si se atiende a la disposición que quedó finalmente como art. 159 del texto promulgado de la Constitución de 1833 y que Egaña preveía en su *Voto* como artículo 11 N° 7 inciso 2° en cuanto aseguraba la Constitución el derecho de petición y agregaba que *ninguna persona, ni reunión de personas puede hacer peticiones a nombre del pueblo, ni atribuirse el título o derechos del pueblo soberano. La infracción de este artículo es sedición*, y que el proyecto presentado por la Comisión recogió integrándolo en su artículo 4° (Capítulo II: *De la forma de gobierno*) donde señala que la soberanía reside esencialmente en el pueblo que delega su ejercicio en las autoridades que

⁶³ Vid. *SCL*. cit. p.71 (art.17), lo que se repite en cada uno de los borradores. Es el texto presentado por la comisión a la Convención el que elimina la referencia *por la Constitución* y la deja sólo *por las leyes* (vid. p. 158-159), resultando así promulgada y jurada la Constitución de 1833. Así pasará a la Constitución de 1925 (art. 4°) y al Acta Constitucional N° 2/1976 (art. 6°). Será la Constitución de 1980 la que retomará el texto originario de Egaña, en su art. 7° inciso 2° cuando prescribe que *Ninguna magistratura... pueden atribuirse... otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*.

⁶⁴ Agregándosele un art. 162 que era el 168 en el proyecto aprobado por la Convención, referente a las *vinculaciones*.

establece la Constitución⁶⁵, podría afirmarse ese origen, tal vez, si se considera los textos que pasamos a referir.

La *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (26.8.1789) contenía un artículo 3º que a la letra decía: *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.*⁶⁶ La Constitución de 3.9.1791, en su Título III, artículo 1º prescribía: *La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice.*⁶⁷ La *declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* que precede el Acta Constitucional de 24.6.1793, en su artículo 25 expresaba iguales términos que el art. 1º del Tít. III de la Constitución de 1791 ya citado, y agregaba en su artículo 26 *Aucune portion du peuple ne peut exercer la puissance du peuple entier; mais chaque section du souverain assemblée doit jouir du droit d'exprimer sa volonté avec une entière liberté*, y Art. 27: *Que tout individu qui usurperait la souveraineté soit à l'instant mis a mort par les hommes libres.*⁶⁸ Por su parte, la *Declaración de los derechos y deberes del hombre y del ciudadano*, que precede a la Constitución de 22.8.1795 (llamada del año III) en sus artículos 18 y 19 disponía, respectivamente: *Nul individu, nulle réunion partielle de citoyens ne peut s'attribuer la souveraineté*, y *Nul ne peut, sans une délégation légale, exercer aucune autorité, ni remplir aucune fonction publique.*⁶⁹ En fin, el artículo 364 de la Constitución de 1795, antes indicada, contenido en su Título XIV: *Dispositions générales*, junto con reconocer el derecho de petición agregaba que *nulle association ne peut en présenter de collectives, si ce n'est les autorités constituées, et seulement pour des objets propres à leur attribution. Les pétitionnaires ne doivent jamais oublier le respect dû aux autorités constituées.*⁷⁰

Distinta es, sin embargo, la situación respecto del texto contenido como artículo 17 del *Voto* de Mariano Egaña y que deviniera artículo 5º del pro-

⁶⁵ SCL, cit. p. 158.

⁶⁶ En M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques* (4è.éd., PUF. Paris, 1966), p. 3.

⁶⁷ DUVERGER *cit.*, p. 7.

⁶⁸ DUVERGER *cit.*, p. 31.

⁶⁹ DUVERGER *cit.*, p. 40.

⁷⁰ DUVERGER *cit.*, p. 69. Sobre el tema vid. A. GUZMAN BRITO. *La influencia de las constituciones francesas de la revolución en las constituciones chilenas*, conferencia dada con este título en el Instituto de Chile (Santiago) el 30.8.1989: agradezco al distinguido colega su gentileza de transmitirme fotocopia del texto dactilografiado leído en esa ocasión; en pp. 16-17 se refiere a estos arts. 159 y 160 de la Constitución de 1833; refiere también (p.16) el art. 28 del *proyecto de Declaración de derechos* que precedía a la Constitución de 1793, entre esos antecedentes: la versión castellana que él da es la siguiente: "Ninguna reunión parcial de ciudadanos y ningún individuo pueden atribuirse la soberanía, ejercer alguna autoridad o cumplir alguna función pública sin una delegación formal de la ley". Este texto girondino sería adoptado con posterioridad en la constitución de 1795 (arts. 18 y 19).

yecto aprobado por la Convención y 160 en la Reforma promulgada en 1833 a la Constitución de 1828.

En efecto, hay una reminiscencia en el artículo 19 de la Declaración de derechos que precede a la Constitución de 1795, recién transcrito, pero en un contexto diverso. Si se advierte, dicho artículo 19 plantea sólo un desarrollo de la idea contenida en el artículo 17 precedente de esa misma Declaración, pues éste se refiere a que la soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos y atendido ello es que agrega que ningún individuo o reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse dicha soberanía (art. 18), para concluir, en seguida (art. 19), que nadie sin una delegación legal puede ejercer autoridad o desempeñar una función pública.⁷¹

Hay, ciertamente, un aire, un cierto perfume o aroma, pero debe preguntarse ¿es el mismo texto en su sentido, contenido y alcances? ¿Se le ha traído, simplemente, e insertado? o acaso ¿ha sido elaborado, revestido, transformado al punto que va en dirección incluso distinta y con finalidades muy diferentes?

Veamos si hay indicios que nos puedan ayudar en esta indagación de los orígenes de este artículo 160, devenido piedra angular del régimen de gobierno y del sistema jurídico público chileno, verdadera regla de oro de él.

Es un hecho que el *Voto particular* de Egaña trae nuestro artículo 17 en su Título IV: *De la forma de gobierno* (arts. 12 a 17).

Es un hecho, también, que en dicho *Voto* no se habla de soberanía; en su art. 12 habla del gobierno de Chile que es representativo y que esa representación nacional está compuesta por el Presidente de la República, el Senado y la Cámara de Diputados, para luego disponer (art. 13) quién elige esa representación (los ciudadanos) y precisar después que la potestad legislativa, ejecutiva y judicial pertenece respectivamente a los órganos que indica (arts. 14, 15 y 16, respectivamente).

Es un hecho que este artículo 17, al concluir este Título IV sobre la forma de gobierno, está apuntando a una idea central, cual es que los órganos (*majistratura*) que en sus artículos 14, 15 y 16 se establecen, no tienen otras

⁷¹ Tan cierto es lo que afirmamos en el texto, esto es, que se trata de una disposición referente a la salvaguarda de la soberanía y soberanía popular, que Deslandres (*Histoire constitutionnelle de la France de 1789 a 1870* (Colin/Sirey, Paris, 1932), I p. 266-268) al tratar la discusión del proyecto girondino en la Convención y, específicamente, la *declaración de derechos* que la precedería, señala que dicho proyecto "formulait en l'amplifiant le principe de la *souveraineté du peuple*, y al efecto cita sus artículos 26, 27 y 28, transcribiendo este último cuyo texto decía: *Nulle réunion partielle de citoyens et nul individu ne peuvent s'attribuer aucune autorité et remplir aucune fonction publique sans une délégation formelle de la loi* (p. 267). De allí que sostengamos que el contexto es muy diferente puesto que mientras aquí se tutela y protege -a través de estas disposiciones- la soberanía popular, el *Voto* de Egaña lo imagina como un medio o instrumento de "forma de gobierno" y especialmente de sujeción a Derecho de los órganos que ejercen las potestades legislativas, ejecutivas y judiciales; allá (Francia) la formulación es de radicación de la soberanía y su defensa, aquí (Chile) de ejercicio de potestades públicas por los órganos que ejercen las funciones del Estado; allá, un artificio político, aquí un mecanismo jurídico competencial; allá, una defensa imaginada en contra de la asonada popular y sedición subversiva en tanto que aquí es un mecanismo tutelar de las libertades públicas frente a los desvaríos de los órganos públicos y un freno a los conflictos de competencias entre éstos.

potestades (*autoridad*) que aquellas *confiados por la Constitución o la ley*, y respecto de los individuos particularmente considerados (*individuos particulares*) o agrupación de ellos (*reunión de personas*) no pueden atribuirse *derechos* que no se les haya reconocido "por la Constitución o la ley". Y para sancionar los actos violatorios de esta disposición, agregará el art. 17 que *Todo acto en contrario es nulo*.

Es un hecho que la sanción que se dispone a la vulneración de este artículo es una idea que no tiene antecedentes ni reminiscencias en textos foráneos precedentes o contemporáneos a él, al menos en nuestro conocimiento. Si tuviera algún antecedente en textos constitucionales precedentes, pareciera que ha de buscarse más bien en nuestra propia historia e, incluso más, en el propio pensamiento de los Egaña, especialmente don Juan, cuya versación jurídica e inclinación legislativa son bien conocidas.

En efecto, nos parece que en nuestra propia historia constitucional es posible encontrar parentescos o indicios.

La Convención celebrada el 12.1.1812 entre los delegados de la Junta de Gobierno de Santiago y de la de Concepción, ratificada por ésta, trae una disposición bajo su Nº 1 que reza a la letra: *La Autoridad Suprema reside en el Pueblo Chileno. Todos los individuos encargados del Gobierno, todos los funcionarios públicos, reciben del pueblo la jurisdicción que tienen. Ellos son sus mandatarios i servidores, i les deben responder de su conducta i operaciones.*⁷²

Su texto es suficientemente claro y así también lo entendió v. gr. Briseño, el cual en su *Memoria* bien conocida⁷³, señala, al reseñar sus principios más esenciales, *Que las atribuciones de los gobernantes, su nombramiento i duración deben ser cosas determinadas por las leyes.*

El Proyecto de Constitución para el Estado de Chile que por disposición del Alto Congreso Nacional se escribió el año de 1811 y que en el de 1813 se publicó por orden del Supremo Gobierno, también contempla disposiciones que son útiles para mostrarlas como antecedentes de nuestro artículo 160. Ha de recordarse que este Proyecto fue encargado por el Congreso de 1811 al senador don Juan Egaña, quien plasmó en esta obra buena parte de su acervo de lecturas clásicas e iluministas y su moralismo tan típico.

Este Proyecto de Constitución se inicia con una *Exposición de los principios que consolidan el acto social de los habitantes de Chile*, y que son garantizados por la Constitución, y además, servirían *de fundamento a todos los decretos lejislativos, ejecutivos i judiciales de las Majistraturas*. En el artículo 28 de estos principios, con que se inicia el capítulo II: *Del orden i derechos sociales*, sección I: *De la República, sus funcionarios i ciudadanos*, hay una idea que aparece conexas a su encabezamiento ("La República de Chile es una e indivisible...") y es su frase final: *Ningún individuo, asociación o provin-*

⁷² BRISEÑO *cit.* p. 273.

⁷³ *Ob. cit.* p. 53-54; la cita en p. 54 *supra*.

*cia particular, podrá hacer peticiones a las Majistraturas a nombre del pueblo jeneral, si no tiene esta facultad por la Constitución, es decir si no se encuentra habilitado para ello por la Constitución*⁷⁴.

Su artículo 38, disposición única de la Sección IV: *Del valor de la Constitución*, capítulo II ya referido, prescribe que la ley que establece el modo y forma bajo la cual se ha de reformar la Constitución obliga hasta la nueva Constitución *i es nulo el acto en que se desprecian sus formalidades*⁷⁵.

Al referirse a la Constitución misma (que llama su autor *leyes constitucionales reguladas por los antecedentes principios*, su Título I: *De las supremas majistraturas de la República*, contiene una sección II: *De la censura*, cuyo artículo 42, de tipo moralizador, establece una disposición muy sugestiva para nuestro análisis. Dice ella: *La Censura es la Majistratura tutelar de la República, a cuyo cuidado se encarga la observancia de las leyes i vigor de las costumbres, con las modificaciones que exijan las circunstancias: que todos los funcionarios llenen sus deberes con probidad, i sin arrogarse más facultades que las que les concede la lei;...*⁷⁶

Hay, pues, en esta obra de Egaña, el Viejo, textos bien reveladores de una posición que décadas más tarde aparecerán retomadas por su hijo, Egaña el Mozo, cuya experiencia inglesa (1823-1829) sin duda habrá de haberle enriquecido esa herencia jurídica castellano-indiana que en tan alto grado poseía su padre⁷⁷.

Aun cuando se encuentra en un contexto bien distinto, por cuanto se halla en el capítulo IV: *De la administración de justicia i de las garantías individuales*, del Título VIII: *Del Poder Judicial*, el artículo 205 de la Constitución de 1822 (de O'Higgins) viene a mostrarnos la misma idea de la sujeción de las magistraturas a la Constitución y de la antijuridicidad o contrariedad a Derecho del acto que la vulnera. En efecto, prescribe esta disposición: *Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso, i sin las formalidades que la lei prescribe, es arbitrario i tiránico*.⁷⁸

Esta idea será reafirmada por sus artículos 243 y 244, con que se inicia su Título X: *De la observancia de la Constitución i su publicación: Todo chileno*

⁷⁴ En BRISEÑO *cit.* p. 282 (cursivas nuestras).

⁷⁵ BRISEÑO *cit.* p. 284 (cursivas nuestras).

⁷⁶ BRISEÑO *cit.* p. 284-285 (cursivas nuestras).

⁷⁷ "Su sabiduría y vasta erudición" -dirá Briseño de Juan EGAÑA (*Memoria cit.* p. 69)- aparecerán indudablemente en este Proyecto, que califica de "monumento grandioso del derecho público constitucional chileno". Sobre Juan Egaña puede verse con provecho W. HANISCH, *La filosofía de don Juan Egaña* (Edit. Universidad Católica, Santiago, 1964; es un apartado de *Historia* 3, 1964), en especial el parágrafo 11 de su parte III, "la metafísica constitucional" (p.134-145). Luego de promulgada la Constitución de 1833 será Juan Egaña nombrado miembro del Consejo de Estado por el Presidente Prieto (vid. su designación en *El Araucano* N° 142, de 01.6.1833, pág.3 columna 3, Decreto del Ministerio del Interior de 29.5.1833).

⁷⁸ BRISEÑO *cit.* p. 395.

tiene derecho a pedir la observancia de la Constitución, i que se castigue al infractor de ella, sea cual fuere su clase o investidura(243). Los Poderes lejislativo i Ejecutivo, los Tribunales i demás autoridades mirarán este delito, como uno de los de mayor gravedad(244).⁷⁹

El Proyecto de Reglamento provisorio para la administración de las provincias, presentado al Consejo Directorial por el Ministro del Interior, el 30.11.1825, en su Título II: *De las Asambleas de Provincia* (arts. 5 a 20), se contiene una disposición que nos parece debe tenerse en cuenta en este análisis. Se trata de *las restricciones que se ponen a la autoridad de las Asambleas* (art. 13), órganos de gobierno y administración de las provincias, y cuyo numeral 5 (último de dichas restricciones) es particularmente sugerente, pues dice a la letra: *No poder, en fin, conocer ni determinar sino en los casos i negocios que se hallan espresamente designados en las atribuciones del artículo anterior.*⁸⁰

Reténgase aquí esta frase tan próxima a nuestro artículo 160 de la Constitución de 1833: no podrán dichos órganos conocer ni decidir *sino en los casos i negocios que se hallan expresamente designados en las atribuciones de ellos.*

En fin, el Proyecto de Constitución Federal para el Estado de Chile, presentado a la legislatura de 1826 el 1º de diciembre de ese año, y cuyo artículo 10 determinaba que la nación chilena constituía su gobierno *por la forma republicana representativa federal*, señala en su art. 131 (capítulo XIII: *Del Poder Judicial de la Nación*, sección 7ª: *Disposiciones jenerales a que se sujetará la administración de justicia en todas las provincias de la nación*) que: *Ninguna autoridad podrá ordenar el registro de casas, papeles i otros efectos de los habitantes de la República, sino en los casos espresamente decididos por la lei i en la forma que esta determine.*⁸¹, y en su art. 141 (capítulo XV: *Disposiciones jenerales*) prescribe: *Tanto la autoridad, como cualquier habitante que prive de alguno de los goces que declara el artículo anterior (derechos y libertades ciudadanas), o que contravenga a algunas de sus disposiciones, es estrictamente responsable, i será castigado como a infractor de las leyes fundamentales de la nación, del modo que señale una lei particular.*⁸²

Luego de este breve recuento de nuestra historia constitucional en el punto que nos atañe, creemos estar en condiciones de avanzar en nuestra tesis.

La Constitución de 1828 vio su aplicación enteramente frustrada a raíz de la escasa fortaleza con que había sido dotado el órgano ejecutivo y el extremo

⁷⁹ BRISEÑO *cit.* p. 397.

⁸⁰ BRISEÑO *cit.* p. 437.

⁸¹ BRISEÑO *cit.* p. 457 (cursivas nuestras).

⁸² BRISEÑO *cit.* p. 459 (cursivas nuestras).

liberalismo con que se había reconocido los derechos ciudadanos descuidando la formulación de sanciones a quienes infringían la Constitución.

Restablecer el orden y convivencia ciudadana y asegurar la unidad del país evitando los posibles connatos de subversión provinciana, fueron dos de los más urgentes objetivos que se tuvo en consideración para reformar la Constitución de 1828, reforma que se vio indispensable para retornar a la normalidad política y sentar las bases de un régimen de gobierno estable que permitiera el progreso y desarrollo de la nación.

Por otra parte, la compleja situación referente a las atribuciones de las distintas autoridades, tanto gubernativas como judiciales, cuyas competencias no se encontraban debidamente delimitadas y, por ende, eran origen de constantes conflictos entre ellas que hacían estériles las tareas de buena administración, requerían de un remedio técnico-jurídico que significara una delimitación precisa de las atribuciones de cada autoridad pública.

En este contexto externo, y al cual hicieran referencia tanto Juan Egaña como Diego Portales como, asimismo, los cuerpos más representativos tales la Cámara de Diputados, la Municipalidad de Santiago y el propio Presidente de la República, es que aparece el *Voto particular* de Mariano Egaña y su disposición ya analizada, contenida en su artículo 17, integrando el último artículo del Título IV "De la forma de gobierno".

Dicha disposición, con alguna pequeña alteración, será acogida por la Comisión redactora del Proyecto de reforma a la Constitución de 1828 y será incluido en el que se presentara ante la Convención, como artículo 5º y en el Título II: *De la forma de gobierno*; dicha Convención lo aprobará, si bien dispondrá su cambio para colocarlo en su Título XI: *Disposiciones jenerales*.⁸³

Imaginada para llenar una necesidad práctica y requerida por la propia situación chilena de la época, sus reminiscencias u orígenes han de verse en las propias ideas egañanas -de Juan y de Mariano, juristas los más notables de la época- y que de algún modo ya se encontraban en los primeros intentos constitucionales en el nacimiento mismo de la República, 1811, 1812, y que fueron asentándose en el pensamiento jurídico constitucional posterior, 1822, 1825 e incluso 1826.⁸⁴

⁸³ El traslado de la disposición, planteado por Gandarillas y que fuera aprobado por 12 votos a favor y 8 en contra (esto es, con bastante disconformidad), no era en modo alguno feliz, por cuanto su colocación en el Título IV obedecía muy precisamente a la idea de sujetar a todos los órganos del Estado, ejecutivos, legislativos y judiciales, al imperio de la Constitución, y de modo muy claro al plantearlo Egaña a continuación de la referencia a cada uno de esos órganos en cuanto a sus funciones propias, y determinando la sanción de nulidad de sus actos en caso de contravenir la Constitución y las leyes. La Constitución de 1925 traerá a su sitio (art. 4º) el art. 160; vid. al respecto las razones en J. G. GUERRA, *La Constitución de 1925* (Establec. Gráficos Balcells y Co., Santiago de Chile, 1929), p. 35-36.

⁸⁴ ALBERDI sustentará la misma idea al referirse, en general, a la Constitución de 1833, como producto de las ideas egañanas, en la *tradición de las constituciones de 1813 y 1823, concebidas por su padre y maestro en materia de política, D. Juan Egaña, que eran una mezcla de lo mejor que tuvo el régimen colonial, y de lo mejor del régimen moderno de la primera época constitucional (Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (Plus

Delimitador de competencias de las autoridades públicas (*majistraturas*), valladar de intentos sediciosos (*individuo particular o reunión de personas*),⁸⁵ sustentador del orden de potestades públicas (tanto legislativas, como gubernativas y judiciales) y, además, norma autosuficiente pues contempla la sanción específica en caso de ser infringida o vulnerada (*todo acto en contrario es nulo*), esta creación egañana contiene en sí toda la fuerza de un principio sustentante de todo el edificio fundamental pues constituye en sí mismo la piedra angular del ordenamiento jurídico constitucional de la República, en cuanto auténtico principio de juridicidad.

Ultra, Buenos Aires, 1981), p. 39; recuérdese que la obra del tucumano fue fechada en Valparaíso el 1.5.1852, año en que apareció su 1ª edición).

⁸⁵ En concordancia con el art. 11 N° 7 inciso 2° del *Voto*, art. 159 de la Constitución de 1833.