

EL SISTEMA JURÍDICO INDIANO EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO DURANTE LA PATRIA VIEJA (1810-1814)

ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ
De la Academia Chilena de la Historia

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El fenómeno constitucional chileno ha sido estudiado fundamentalmente desde la perspectiva del constitucionalismo clásico. Puede considerarse como uno de los paradigmas de este intento de comprender las formas constitucionales de nuestro país el trabajo de Mario Verdugo Marinkovic, publicado en 1976, “Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile”¹. En ese estudio, el autor va pasando revista a los reglamentos de la Patria Vieja de 1811, 1812 y 1814; las constituciones o higgianas de 1818 y 1822; la moralista de 1823; la liberal de 1828 y las duraderas cartas de 1833 y 1925, procurando destacar en estos textos los elementos clásicos subyacentes.

No se aparta en tal sentido de la manera de ver estos fenómenos de la mayor parte de nuestros constitucionalistas e historiadores más destacados como Ramón Briseño²; Manuel Carrasco Albano³; José Victorino Lastarria⁴; Diego Barros

¹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile* en *Revista de Derecho Público* n.os 19-20 (Santiago, 1976), pp. 117-143.

² BRISEÑO, Ramón, *Memoria histórico-crítica del Derecho Público Chileno* (Santiago, Imprenta Belin, 1849).

³ CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* (Valparaíso, Ed. El Mercurio, 1a. ed., 1863; 2a., Santiago, El Mercurio, 1874). Por ejemplo, atribuye la omisión de la característica de “romana” de la Iglesia Católica en el *Reglamento constitucional* de 1812, además de a un olvido, a que los Carrera estuvieran “empapados en sus ideas de la revolución de [17]89...” (p. 12, ed. 1874).

⁴ LASTARRIA, José Victorino, *Bosquejo histórico de la Constitución del gobierno de Chile*,

Arana⁵; Alcibíades Roldán⁶; Miguel Varas Velásquez⁷; Alberto Cumming⁸; José Guillermo Guerra⁹; Luis Galdames¹⁰; Domingo Amunátegui Solar¹¹; Antonio

durante el primer período de la Revolución, donde dice “por necesidad tendríamos que ir a conocer en ella [la Constitución] el oríjen de nuestras instituciones liberales, porque en realidad no nos han venido estas de los campos de batalla, sino del gabinete del lejislador o del político, que echaban los cimientos de la República y combatían las preocupaciones i los intereses que se oponían a su pensamiento”. En *Historia Constitucional del Medio Siglo. Revista de los progresos del sistema representativo en Europa i América durante los primeros cincuenta años del siglo XIX* (1a. ed., Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1853; 2a., Gante, Imprenta Vanderhaeghen, 1866). Con todo, critica a los autores de los primeros textos constitucionales chilenos, pues “es de notar que en aquella época, los políticos de Chile eran los únicos en América que huían de la imitaciones de las constituciones modernas para organizar su república. Ellos creían encontrar el verdadero tipo en las repúblicas antiguas” (1a. ed., p. 254).

⁵ BARROS ARANA, Diego, *Historia Jeneral de Chile*, 1a. ed. (Santiago, 1884-1902), 16 volúmenes.

⁶ ROLDÁN, Alcibíades, *Las Primeras Asambleas Nacionales. Años de 1811 a 1814* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1890), XII + 448 p; *Sobre algunos antecedentes de la revolución de nuestra Independencia en Revista Chilena de Historia y Geografía* n. 22 (Santiago, 1916), pp. 227-248, donde atribuye a los norteamericanos la introducción de ideas de insurrección (p.235 y 244) así como a la Revolución Francesa el haber causado “una impresión no menos profunda que la emancipación de aquellas colonias y su rápido crecimiento” (p. 246). Del mismo es *Del gobierno parlamentario al sistema presidencial. Un capítulo de nuestra historia política en Homenaje de la Universidad de Chile a su exrector don Domingo Amunátegui Solar en el 75o. aniversario de su nacimiento* T. I (Santiago, 1935), pp. 245-286.

⁷ VARAS VELÁSQUEZ, Miguel, *El primer período del Congreso Nacional de 1811. Nuevos documentos en Revista Chilena de Historia y Geografía* [en adelante, *RChHG*], n. 9 (Santiago, 1913), p. 294 y ss.; *El reglamento constitucional de 1812. Nuevos documentos en RChHG* n. 14 (Santiago, 1914), p. 107 y ss.; *La convocatoria y el reglamento de elecciones de 3 de noviembre de 1813 en RChHG* n. 14 (Santiago, 1914), p. 256 y ss., donde se refiere a “esos hombres que concibieron la formación de un pueblo con vida propia, que lo modelaron sobre principios inspirados en el estudio de los filósofos franceses y aplicados con verdadero discernimiento a las condiciones especiales del país a fin de convertirlo en un Estado soberano e independiente...” (pp. 256 y 257); *Reclamaciones electorales en la Patria Vieja en RChHG* n. 22 (Santiago, 1916), pp. 436-452, relativas a las de José Nicolás de la Cerda e Ignacio de Andía y Varela en San Felipe y *Reclamación de don Gaspar Marín, en 1813, contra su propia elección en RChHG* n. 23 (Santiago, 1916), pp. 242-252.

⁸ CUMMING, Alberto, *El reglamento constitucional de 1812 en RChHG* n. 5 (Santiago, 1915), pp. 214-229. Refiriéndose al Congreso de 1811 dice que fue “en su seno donde las nuevas ideas sobre política y gobierno constitucional fueron promulgadas y discutidas en una forma amplia y pública, y podemos decir que fué la primera Escuela de Derecho Público que tuvieron los chilenos” (p. 215). En cuanto al *Reglamento* de 1812 expresa: “no olvidaremos entre las fuentes constitucionales, las obras de los Enciclopedistas franceses, especialmente de Rousseau, que contenían los nuevos principios y este último su teoría del Pacto Social” (p. 222). Advierte, también, influencias norteamericanas en la constitución del Senado y en el conocimiento de acusaciones contra el Ejecutivo (p.225).

⁹ GUERRA, José Guillermo, *Temas Constitucionales* (Santiago, Editorial Universitaria, 1928), 208 p., donde estima respecto de los padres de la patria que “unos pocos escogidos habían podido vislumbrar los principios proclamados por la Revolución Francesa y el sistema organi-

Huneus Gana¹²; Gabriel Amunátegui Jordán¹³; Eugenio Pereira Salas¹⁴; Ricardo Donoso¹⁵; Julio Heise González¹⁶ y Sergio Villalobos¹⁷, refractarios los más de ellos a atribuir al sistema del Antiguo Régimen hispánico mayores aportaciones. Hacían caudal de los aportes liberales racionalistas francorrevolucionarios y norteamericanos¹⁸.

zado en la República de Washington...” (p. 23). Esta obra trae un estudio de la *Constitución de 1828* (pp.167-205). Del mismo, *Origen y caída de la Constitución de 1833 (Calamo currente)* en *RChHG* no. 79 (Santiago, 1933), p. 365 y ss.

¹⁰ GALDAMES, LUIS, *Historia de Chile. La Evolución Constitucional* T. I (Santiago, 1925), 979 p. Hace presente la influencia en “el reducido núcleo de chilenos ilustrados” de autores como Raynal, Robertson, Montesquieu, Rousseau, d’Holbach, Smith y D’Alembert (p. 64-65). Al mismo autor pertenece *Los dos primeros años de la Constitución de 1833*, en *RChHG* n. 79 (Santiago, 1933), p. 365 y ss.

¹¹ AMUNÁTEGUI SOLAR, Domingo, *Nacimiento de la república de Chile 1808-1833* (Santiago, Establecimientos Gráficos Balcells y Co., 1930) y *La democracia en Chile* (Santiago, 1946).

¹² HUNEEUS GANA, Antonio, *La Constitución de 1833. Ensayo sobre nuestra historia constitucional de un siglo. 1810-1910* en *RChHG* n. 79 (Santiago, 1933), p. 231 y ss. Hay edición aparte: *La Constitución de 1833. Ensayo sobre nuestra historia constitucional de un siglo. Publicado en la Revista Chilena de Historia y Geografía. Corregido. Estudios Chilenos* (Santiago, Editorial Splendid, 1933), 203 p. + una. Destaca que los prohombres de nuestra independencia “eran devotos de la filosofía individualista, familiares de la Enciclopedia, sensibles aun, más de uno, a la seducción del contrato social, chilenos que guardaban escondido el sentimiento de la personalidad y callada el ansia de tener patria y de ser libres” (p.13). Esta obra pretende ser la continuación del exegético estudio del padre del autor: HUNEEUS [Zegers], Jorge, *La Constitución ante el Congreso o sea Comentario Positivo de la Constitución Chilena* T. I (Santiago, Imprenta de Los Tiempos, 1879), 508 p.; T. II (Santiago, Imprenta de Los Tiempos, 1880), 556 p. Huneus Zegers ha sido objeto de unos apuntes biográficos de KIVERSTEIN H., Abraham, *Don Jorge Huneus Zegers. Estudio bio-bibliográfico*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público* 29-32 (Santiago, 1945) 2, pp. 54-76 y de acuciosa monografía de CORREA SAAVEDRA, Mario, *Jorge Huneus Zegers. Imagen, pensamiento, acción* (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1969), 142 p.

¹³ AMUNÁTEGUI JORDÁN, Gabriel, *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950).

¹⁴ PEREIRA SALAS, Eugenio, *La influencia norteamericana en las primeras constituciones de Chile* en *Boletín del Seminario de Derecho Público* 25 a 28 (Santiago, 1944), pp. 58-84. Sabiamente señala que “analogías se tienen muchas veces por inferencias; parecido en los detalles puede acarrear errores de interpretación” (p. 58).

¹⁵ DONOSO, Ricardo, *Las ideas políticas en Chile* (México, Fondo de Cultura Económica, 1946) y *Desarrollo político y social de Chile desde la Constitución de 1833* (Santiago, Imprenta Universitaria, 1942). El mismo es autor de *José Joaquín de Mora y la Constitución de 1828*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 1 (Santiago, 1959), p. 13 y ss.

¹⁶ HEISE GONZÁLEZ, Julio, *Historia Constitucional de Chile. Esquema de las explicaciones dadas en clases* 1a. ed. (Santiago, 1950), 149 p., quien más tarde publicara *150 años de vida institucional* (Santiago, 1979). De la primera obra, utilizo la 2a. edición de 1954, 176 p. + tres. Hay otra edición, de 1959.

¹⁷ VILLALOBOS R., Sergio, *Tradición y reforma en 1810* (Santiago, 1961), 247 p.

¹⁸ No es éste el momento para hacer matizaciones entre esos autores. Varios de ellos aceptan la

Contestatorio respecto de estos puntos de vista fue primero Alberto Edwards Vives¹⁹, quien aquilató el elemento tradicional hispánico en la labor portaliana. Jaime Eyzaguirre²⁰, posteriormente, ubicándose en el ámbito de la historia de las ideas antes que en el análisis concreto de los textos constitucionales, puntualizó la deuda de los emancipadores al pasado indiano sin perjuicio de la influencia liberal que se produce al caer la monarquía absoluta. Una posición sesgada y ecuánime, que toma en consideración los puntos de vista de Edwards y Eyzaguirre por una parte y de los clásicos por la otra, es la de Fernando Campos Harriet²¹. Seguidores de la dirección dada por Eyzaguirre y confirmatorios de sus planteos han sido dos trabajos sobremanera meritorios, de Sergio Martínez Baeza²² y Javier González Echenique²³, que, con mayor apego a las concretas disposiciones fundamentales y su interpretación, mostraron la efectividad de las aseveraciones de aquél. Ancla, también, su lucubración en el aporte tradicionalista -si bien tratando las ideas en boga durante la independencia americana en general- Mario Góngora, quien, tomando pie en escritos del jesuita peruano Pedro Viscardo y el mexicano fray Servando Teresa de Mier, se refirió a la existencia de una constitución pactada entre los conquistadores y la corona, cuyo incumplimiento por parte de ésta

existencia de elementos tradicionales en los textos constitucionales chilenos, los que suelen ser mirados despectivamente considerándose los una rémora para la consecución de los principios liberales.

¹⁹ EDWARDS VIVES, Alberto, *Apuntes para el estudio de la organización política de Chile*, en *RChHG* n. 9 a 12 y 14 (Santiago, 1913 y 1914), trabajo interrumpido que pasó a *La organización política de Chile (1810-1833)* (Santiago, 1943) y el luminoso estudio *La fronda aristocrática* (Santiago, 1928). Del mismo autor es *Bosquejo histórico de los partidos políticos chilenos* (Santiago, 1903), origen de *Historia de los partidos políticos chilenos* que, con adiciones hechas por Eduardo Frei Montalva, fue publicada en Santiago por Editorial del Pacífico en 1949.

²⁰ EYZAGUIRRE, Jaime, *Los presupuestos jurídicos y doctrinarios de la Independencia de Chile. Historiografía Chilena*, en *Atenea* n. 291-292 (Concepción, septiembre-octubre 1949), pp. 182-238; *Historia Constitucional de Chile* (Santiago, Editorial Universitaria), 201 p. (de que hay diversas ediciones: 1952, 1965, 1966); *El ideario de la "ilustración" y la Independencia de Chile en Finis Terrae* (Santiago, 1956), pp. 32-40; *Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile* (Santiago, Editorial Universitaria, 1966), 178 p.; *Historia de Chile. Génesis de la nacionalidad* (Santiago, Empresa Editora Zig-Zag, 1965), 432 p., sobre todo, pp. 343-348 y, sobre todo, *Ideario y ruta de la emancipación chilena* (Santiago, Editorial Universitaria, 1957), 165 p.

²¹ CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia Constitucional de Chile*, 1a. ed. (Santiago, 1956), 600 p. Utilizo la 7a. edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), 430 p. + una. El mismo es autor de *Nuestra independencia en materias de derecho*, en *RChHG* n. 128 (Santiago, 1960), p. 111 y ss.

²² MARTÍNEZ BAEZA, Sergio, *La residencia en el Derecho Patrio chileno*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 4 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965), pp. 129-207.

²³ GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *Un estudio de influencias doctrinarias en la Independencia: el concepto de diputado o representante popular, 1810-1828*, en *Historia* n. 6 (Santiago, Instituto de Historia Universidad Católica de Chile, 1967), pp. 127-152.

habría producido la anulación del deber de fidelidad de los descendientes de aquellos²⁴. Muy interesantes aportes relativos al pensamiento político chileno durante la monarquía, los que aparecen como precedentes de la actuación emancipadora, aporta Néstor Meza Villalobos²⁵. Ultimamente, y también volcado primordialmente al campo de las ideas, Bernardino Bravo Lira²⁶ ha llamado la atención respecto de la pervivencia del absolutismo ilustrado hasta los tiempos de Manuel Montt (1851-1861). El mismo autor había abordado con anterioridad la pervivencia de la literatura jurídica indiana después de la Independencia²⁷. Un talentoso ensayista, Alfredo Jocelyn-Holt, refiriéndose igualmente al tema de la Independencia desde la perspectiva de las ideas en un período largo, ha distinguido entre lo que por ella entendían sus contemporáneos -ruptura con el pasado español como encubrimiento de su pasividad inicial, inconsciente de lo que se gestaba-, la interpretación que le han dado los historiadores -liberales (con tilde en aspectos como contractualismo, constitucionalismo, derechos naturales, equilibrio de poderes, Estado docente, ciudadanía, soberanía popular, nación) y conservadores (quienes hacen prevalecer el legado hispánico de orden en el alma colectiva de la nación)- y lo que él denomina “el recurso mítico para fines de validación de sus supuestos interpretativos”²⁸. El mito consistiría en que de acuerdo a los liberales, la Independencia constituiría el “inicio germinal” de un proceso que se desenvuelve durante el siglo XIX, en tanto que para los conservadores, ella es únicamente una reactualización de principios tradicionales.

Puede apreciarse tras este vistazo a lo escrito en torno a las cartas fundamentales chilenas, que sólo tangencialmente se ha planteado el tema de la influencia del derecho indiano en ellas, por lo que creo de interés su estudio²⁹.

²⁴ GÓNGORA, Mario, “Pacto de los conquistadores con la corona y antigua constitución indiana: dos temas ideológicos en la época de la Independencia” en *Estudios de Historia de las Ideas y de Historia Social* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1980), pp. 159-181.

²⁵ MEZA VILLALOBOS, Néstor, *La conciencia política chilena durante la Monarquía* (Santiago, Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales Universidad de Chile, 1958), 322 p., y *La actividad política del reino de Chile entre 1806 y 1810* (Santiago, Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales Universidad de Chile, 1958), 160 p.

²⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860)* (Santiago, Editorial Universitaria, 1994), 488 p. + dos.

²⁷ BRAVO LIRA, Bernardino, *El derecho indiano después de la independencia de América Española. Legislación y doctrina jurídica*, en *Historia* n.19 (Santiago, 1984), pp. 5-51.

²⁸ JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo, *La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito* (Santiago, Planeta/Ariel, 1999), p. 326.

²⁹ La *Constitución* de Cádiz de 1812 está siendo estudiada hoy con nueva perspectiva: su “modelo poco tiene que ver con la primera experiencia constitucional francesa, aunque a primera vista parezca que la gaditana la ha traducido al castellano en muchos de sus aspectos. En Cádiz no se cortó con el pasado, ni tan siquiera se le rechazó, antes bien se solicitó su ayuda, fundamentalmente, para alcanzar dos resultados: la sustitución del Rey por las Cortes y la de los territorios por la nación”: GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta, *El modelo constitucional gaditano*, en *Il Modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la*

El método que he seguido ha sido el estudio pormenorizado de los diversos textos fundamentales para extraer de ellos los elementos que, a mi juicio, corresponden a la tradición indiana, incluyendo en ésta las aportaciones del XVIII, dejando de lado los que propiamente pertenecen al constitucionalismo clásico, de carácter más bien extranjerizante e innovador frente a aquélla. Los textos a examinar en el presente estudio son los reglamentos constitucionales de 1810³⁰, 1811, 1812 y 1814. Espero referirme en estudios ulteriores al aporte indiano en los demás textos fundamentales.

2. RASGOS JURÍDICOS DEL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO Y DE LA TRADICIÓN INDIANA EN LOS TEXTOS FUNDAMENTALES DE LA PATRIA VIEJA (1810-1814)

Para quienes no conozcan la historia del derecho chileno, se denomina *Patria Vieja* al período que media entre el establecimiento de la Primera Junta Nacional de Gobierno, el 18 de septiembre de 1810, y el 2 de octubre de 1814, fecha de la batalla de Rancagua, que significó el fin, por el momento, del proceso emancipador, volviendo el gobierno a manos del sector absolutista. En estos cuatro años encontramos varios textos de orden constitucional: a) reglamento provisorio de la Junta Gubernativa del reino de Chile de 5 de diciembre de 1810³¹; b) reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile de 14 de agosto de 1811³²; c) reglamento constitucional provisorio de 26 de octubre de 1812³³ y d) reglamento para el gobierno provisorio de 17 de marzo de 1814³⁴.

El publicista Verdugo, citado más arriba, ha considerado elementos propios del constitucionalismo clásico los siguientes: “a) se concibe al Estado como limitado por normas jurídicas, el imperio de la legalidad elimina el poder arbitrario; b) se recoge la teoría política del pueblo o de la nación como titular de la soberanía, la que da origen al mecanismo de la representación; c) se organizan las autoridades públicas en órdenes o poderes separados e independientes (el dogma de la división de poderes); d) se incorpora una tabla de derechos individuales, garantizándose su ejercicio; e) los gobernantes son responsables ante la colectividad de

fine del 700 e la prima metà dell '800. Atti del Seminario Internazionale di Studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 14-16 novembre 1996) a cura di Andrea Romano (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998), pp. 612-613.

³⁰ Normalmente se tiene como primer texto constitucional el de 1811. Sigo, sin embargo, la postura de Luis Valencia Avaria, quien incluye la carta de 1810 entre las regulaciones fundamentales del país, porque, efectivamente, intenta organizar la vida política del reino de Chile, con todas las limitaciones propias de nuestros primeros reglamentos constitucionales.

³¹ Se halla en Valencia Avaria, Luis, *Anales de la República* 1a. ed. (Santiago, Imprenta Universitaria, 1951), T. I, pp. 37-38.

³² *Ibidem*, pp. 38-40 y Briseño, *Memoria...*, pp. 270-271.

³³ VALENCIA (n.31), *op. cit.*, pp. 41-49 y BRISEÑO, *Memoria...* pp. 276-279

³⁴ VALENCIA (n.31), *op. cit.*, pp. 49-51 y BRISEÑO, *Memoria...* pp. 354-355.

los actos de su gestión política y administrativa; y f) se estima que las bases de la organización del poder estatal (parte orgánica) y las garantías a los derechos individuales (parte dogmática) deben constar en un documento escrito, solemne, con carácter de super ley y producto del poder constituyente”³⁵.

Si consideramos la tradición jurídica hispanoindiana, nos encontramos con que el párrafo a) no implicó ninguna novedad pues se aplicaba plenamente durante la dominación española, toda vez que, por muy grande que fuese el poder real, aun bajo el absolutismo borbónico, siempre se encontraba sujeto al derecho, proscribiéndose la arbitrariedad.

En cuanto al punto b), no dista demasiado del sistema tradicional castellano aplicable en Indias, según el cual el poder político es dado por Dios al pueblo y éste lo da al monarca³⁶. Piénsese en el dicho de Martín de Azpilcueta, el doctor navarro: “el reino no es del rey sino de la comunidad y el mismo poder real es por derecho natural de la comunidad y no del Rey; por tanto, no puede la comunidad abdicar de este poder” citado por el jurista indiano Francisco Ugarte de la Hermosa³⁷. Por lo que a representación cabe, González Echenique en el estudio citado *ut supra* ha demostrado que el poder de los diputados hasta 1828 consistía en un mandato imperativo, otorgado por los pueblos respectivos mediante escritura suscrita ante escribano. El principio de una representación abstracta, de corte inglés y revolucionario francés, sólo se introdujo lentamente entre nosotros³⁸.

En lo que respecta al punto d), no había, obviamente, una lista de los derechos de los súbditos, pero en la constitución histórica hispanoindiana había muchos derechos garantizados por el soberano³⁹.

El punto e) no era aplicable al sistema indiano salvo en cuanto a aquéllos que dependieran del cabildo; la regla general, en cambio, era la de que los titulares de oficios y los funcionarios respondiesen ante el monarca por su gestión política y administrativa.

En consecuencia, sólo los puntos c) y f) y, en parte el d) constituyen propiamente novedades revolucionarias. Así tamizada la influencia anglo-franco-norteamericana, pasemos a ver cuáles disposiciones de los diversos textos constitucionales guardan relación con la tradición hispanoindiana.

³⁵ VERDUGO (n.1), op. cit., p. 118.

³⁶ PEÑA PEÑALOSA, Roberto I., *Los derechos naturales del hombre en la ideología del siglo XVIII rioplatense*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 16 (Santiago, 1990-1991), p. 194; GÓNGORA, Mario, *El Estado en el derecho indiano. Epoca de fundación (1492-1570)* (Santiago, 1951, p. 31; CARRILLO PRIETO, Ignacio, *Cuestiones jurídico-políticas en Francisco Suárez* (México, 1986), p.64; DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Un jurista indiano en la ruta de Hobbes*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 17 (Santiago, 1992-1993), p. 35

³⁷ DOUGNAC, *ibídem*.

³⁸ GONZÁLEZ ECHENIQUE (n.23), op. cit., pp. 150-152.

³⁹ EYZAGUIRRE, *Ideario...*, 3a. ed. (1972), pp. 32-37; FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica, *Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena*, en *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales* n. 2 (Santiago, Editó-

3. REGLAMENTO PROVISORIO DE LA JUNTA GUBERNATIVA DEL REINO DE CHILE DE 1810

Designada el 18 de septiembre de 1810, la Primera Junta de Gobierno que asumiría la dirección del reino de Chile⁴⁰, hubo de expedir, varios meses después, un *Reglamento Provisional*, cuya fecha es 5 de diciembre de 1810⁴¹. Habiéndose convocado en el período intermedio a un Congreso Nacional, los diputados elegidos se fueron incorporando a la Junta Gubernativa en la medida que llegaban a Santiago⁴². Abundantes elementos de raigambre tradicional se encuentran en este texto:

a) *Asesor letrado*. Señala la declaración 1a. de este *Reglamento* que “tendrá la Junta un Asesor que no ejerza jurisdicción alguna, cuyo empleo le confiere al Licenciado don Francisco Antonio Pérez, a quien se expedirá el título correspondiente”.

Ya las *Partidas* 2, 9, 22 se referían a su existencia: “e para fazer esto bien, assi como conviene, deve aver consigo homes sabidores de fuero e de derecho, que le ayuden a librar los pleytos, é con quien aya consejo sobre las cosas dudosas”. Es lo que encontramos explicitado en un expediente judicial chileno de 1800: “...según la costumbre de este Reino el Juez para administrar Justicia bien, y como conviene, debe haber consigo omes sabidores de fuero é derecho, que le aiuden á librar los pleitos, é con quien haia consejo sobre las cosas dudosas; y esto es en tanto grado; que estaran a pagar los daños a las partes por sentenciar mal sin Asesor y nula la sentencia, que sin consejo de ellos dieren...”⁴³.

Este cargo, que existía como asistente del gobernador⁴⁴, subsiste, obviamente

rial Jurídica de Chile, 1967), pp. 87-88 y DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano* 1a. ed. (México, UNAM, 1994), pp. 382-388..

⁴⁰ “Para acentuar el prestigio con que el nuevo gobierno se iniciaba creyó oportuno la Junta celebrar su instalación con las mismas ceremonias religiosas con que se celebraban los cambios de los gobernantes españoles. Así el clero y la Real Audiencia aparecieron pública y solemnemente consagrando el nuevo régimen”: ORREGO LUCO, Augusto, *La Patria Vieja* T. I (Santiago, Prensas de la Universidad de Chile, 1933), p. 466.

⁴¹ Se halla en VALENCIA AVARIA, op. cit. (n. 31), 1a. ed., T. I, pp. 37-38.

⁴² Puede verse su nómina en VALENCIA, op. cit. (n. 31), pp.260-262.

⁴³ Archivo Nacional, Archivo Real Audiencia, en adelante ANRACH vol. 436., pieza 1a., fs. 121 a 123.

⁴⁴ El gobernador, como con gran claridad señala Zorraquín, tenía una competencia que comprendía las tres materias o funciones en que intervenía su autoridad: “Como capitán general tenía jurisdicción en todas las causas pertenecientes al fuero militar [...]. Como mandatario político entendía en las llamadas “causas de gobierno”, cuyo conocimiento estaba vedado a los alcaldes. Y como justicia mayor tenía competencia para resolver todos los pleitos civiles o criminales, ya fuera en primera o en segunda instancia, siguiendo el sistema de la prevención con respecto a los jueces capitulares”: Zorraquín Becú, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, 2a. ed. (Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981), p. 99. Sobre la competencia que en segunda instancia correspondía al gobernador de Chile, ver: Zorrilla CONCHA, Enrique, *Esquema de la justicia en Chile Colonial* (Santiago, Talleres Gráficos El Chileno, 1942), p. 40-41 y CORVALÁN MELÉNDEZ, Jorge y CASTILLO FERNÁNDEZ, Vicente, *Derecho Procesal Indiano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, s/f), p. 23.

que ahora, en relación a la Junta, con la advertencia de “que no ejercerá jurisdicción alguna” (declaración 1a..). El asesor letrado, por sí mismo, carecía de jurisdicción, como es señalado en otro expediente chileno: “el oficio de Asesor, no es otro que según su juicio y legal prudencia prestar consejo al que se lo pide, no haciendo en las Causas personería alguna, porque ni tiene interés, ni acción, ni es parte, y carece de toda jurisdicción, porque ninguna tiene según la Glosa al exordio del título 1, partida 3a...”⁴⁵. La referencia a que no ejerza jurisdicción alguna, que trae el *Reglamento* de 1810, hay que conectarla con el artículo 12 de la *Ordenanza de Intendentes*, que estableció al lado de esta autoridad un teniente letrado, quien poseía competencia para conocer, en la capital, de los juicios civiles y criminales que ahí se hubiesen producido⁴⁶. En el caso chileno, la intendencia de Santiago la ejercía el mismo gobernador, de modo que la asesoría letrada de gobierno e intendencia se confundían. De sus autos y sentencias se había apelado ante la Real Audiencia, de acuerdo al artículo 14 de la misma *Ordenanza*. Con la creación del Tribunal de Apelaciones en 1811, se recurrirá ante éste.

b) *Distinción entre expedientes de los diversos ramos de la administración pública*. En el sistema jurídico indiano, no obstante combinarse en unas mismas entidades los diversos ramos de la administración pública -gobierno (temporal y espiritual), justicia, guerra y hacienda⁴⁷-, no se producía confusión entre ellos, si bien es cierto que no siempre se daba la distinción con absoluta claridad. Bajo la vigencia del *Reglamento* de 1810, y antes de la dictación del de 1811, el 17 de mayo de este último año, la Junta se dividió en tres Salas: de Real Hacienda, Guerra y Gobierno y Policía⁴⁸. Las tareas de justicia habían sido confiadas el 13 de mayo del mismo año al Tribunal de Apelaciones, que reemplazó a la Real

⁴⁵ ANRACH vol. 2485, p. 2a., fs. 80.

⁴⁶ *Real Ordenanza para el establecimiento é instruccion de Intendentes de Exército y Provincia en el Virreinato de Buenos-Aires* (Madrid, en la Imprenta Real, 1782), p. 18. El artículo 12 señalaba que “el Intendente General de Exército y Real Hacienda, y cada uno de los de Provincia, ha de tener un Teniente Letrado que exerza por sí la Jurisdicción contenciosa Civil y Criminal en la Capital y su particular territorio...”

⁴⁷ GARCÍA-GALLO, ALFONSO, *Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 40 (1970), p. 313 y ss.

⁴⁸ Valencia, op. cit., T. I, pp. 263-266. Con la incorporación de los diputados a la Junta de Gobierno, aumentó ésta a más de cuarenta personas por lo que “advirtió la misma Junta que, al paso que abundaba de luces para el más acertado despacho, se entorpecía éste [...] resolvió en la sesión del día 17 del corriente dividirse en tres Salas por ahora y hasta la apertura del próximo Congreso, compuesta la una de siete individuos para conocer de todos los pleitos y negocios de guerra y sus incidencias, otra de otros siete para los de Real Hacienda y la tercera con todo el resto de Vocales para los de Gobierno y Policía”. La competencia de la Sala de Hacienda quedaba particularmente determinada: “conocerá en primera instancia y en la misma podrán interponer los interesados el recurso de súplica que antes de ahora se hacía con el nombre de apelación, a la que se titulará Junta Superior, el cual se admitirá en los casos que hubiere lugar y con él quedarán concluidas las causas; pero en aquellas que por su naturaleza puede y deba interponerse el de segunda súplica o notoria injusticia, sólo se admitirá por ahora para ante la Excma. Junta plena hasta que el futuro Congreso designe otra cosa.” (ibídem).

Audiencia⁴⁹. La competencia de este Tribunal quedó aclarada por decreto de 19 de junio de 1811, que le reconoció la misma que había tenido la Real Audiencia: “Vista la anterior consulta del Tribunal de Justicia y Apelaciones y lo expuesto por el Ministerio Fiscal, se declara: Que dicho Tribunal en el punto consultado, como en los demás casos ocurientes, debe ajustarse a lo dispuesto por las leyes y la práctica observada hasta aquí”. Tanto continuó con las atribuciones de la Audiencia, que conoció de casos de corte; tuvo juzgado mayor de provincia -que sólo termina por el artículo 17 del capítulo III del título V de la Constitución de O’Higgins de 1818-; formó Sala de Ordenanza para conocer de asuntos de Hacienda, etc.⁵⁰.

El *Reglamento provisional* de 1810 dispone que el Presidente de la Junta “librará por sí solo con dictamen del Asesor nombrado las providencias de

⁴⁹ A pluralidad de votos se eligió como integrantes del *Tribunal de Apelaciones*, que substituyó a la Audiencia, a Francisco Cisternas (decano); Francisco Antonio Pérez (subdecano), Lorenzo José de Villalón y Juan de Dios Gazitúa: *Boletín de leyes i decretos del gobierno, 1810-1814* (Santiago, 1898), pp. 115-116; *Colección de Historiadores de la Independencia* [en adelante, CHI] T. XIX, pp. 362-364; LETELIER, Valentín, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos* T. I, p. 20 y *Archivo del General José Miguel Carrera* [en adelante Arch JMC] (Santiago, Ediciones Colchagua, 1992). T. I, p. 334-335. Dice de ellos Talavera: “Estos tienen el título, no de oidores sino de *alcaldes de corte* No gastan el ropaje o toga, sino que asisten vestidos de negro. Tienen de dotación \$ 2.500 anuales, y la asistencia a las propias horas del Tribunal. Aquí se les da el tratamiento de Señoría y no otro, y afuera el de cualquier particular. Para juez de alzadas, salió electo Don Francisco Cisternas, y este mismo se llama Presidente de Sala. *No por esto tiene jurisdicción alguna como el señor Regente*, y sólo le sirve el título para lo que es la distribución diaria y el gobierno económico del Tribunal” (CHI XXIX, 303 y Arch JMC I, p. 336). El decano Francisco Cisternas presentó su renuncia por enfermedad en los primeros días de junio de 1811, la que fue acogida por la Junta de Gobierno. Quedaron sólo tres integrantes, que el 21 de junio de ese año se quejaban ante la Junta por el exceso de trabajo que los agobiaba: “Ha tenido VS. a bien avisar a este Tribunal por oficio del 18 del presente la renuncia que hizo del empleo de Decano el lic. Francisco Cisternas. Ya este Ministro por sus habituales enfermedades hacía muchos días que no concurría el despacho y su falta perjudicaba al público en aquellas causas en que por razón del destino que antes tenían los Ministros se hallan legalmente impedidos. Por otra parte concurre los muchos Juzgados que están a nuestro cargo, que por tres solos difícilmente pueden desempeñarse y cuya consideración tuvo VE. presente al tiempo de la creación de este Tribunal. Por lo que parece urgentísimo la provisión de aquella Plaza para el mejor servicio público y desempeño de las funciones de nuestro cargo. Santiago, 21 de junio de 1811”. (ANRACH vol. 3012, p. 1a.). La Junta no designó nuevo ministro limitándose a nombrar dos conjucees: los licenciados Pedro José González y José Astorga, lo que fue comunicado al Tribunal el 23 de junio de 1811. A principios de octubre fue designado decano el antiguo regente y consejero de Indias provisto Fernando Márquez de la Plata. También hubo problemas con Francisco Antonio Pérez, quien pasó a desempeñarse como miembro de la Junta y con Juan de Dios Gazitúa, cuyas enfermedades lo llevaron a retirarse siendo designado en su reemplazo el 24 de mayo de 1813 el licenciado Ignacio Godoy, asesor de la intendencia de Concepción. El 12 de julio de ese mismo año reemplazaba a Francisco Antonio Pérez el licenciado Gabriel José de Tocornal.

⁵⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier, *Las Audiencias indianas. La Audiencia de Chile*, edición mecanografiada (Santiago, 1990), T. I., pp. 485 y 486.

sustanciación en todos los expedientes y negocios”, mas para los asuntos propiamente judiciales se daba la norma de que “remitirá a los juzgados ordinarios las causas civiles entre partes” (declaración 3a.). Los expedientes y negocios que entraban en la competencia de la Junta eran los relativos a gobierno y hacienda: “La Junta resolverá por sí misma con dictamen del Asesor o sin él, todas las causas y expedientes en que tenga interés el Fisco y los que pertenezcan a la administración pública” (declaración 4a.).

La declaración sexta confirma la distinción de ramos, los que se gestionarían a través de los pertinentes Secretarios, al decir que “el Excelentísimo Señor Presidente comunicará a los Gobernadores, Subdelegados y oficinas del reino el resultado de los acuerdos, providencias y resoluciones de la Junta, y llevará con ellos la correspondencia por medio de los Secretarios en sus respectivos ramos”. En casos urgentes podía obviarse la intervención de los Secretarios: “podrá también la Junta entenderse con ellos [Gobernadores, Subdelegados, Oficinas] directamente en los casos graves en que lo juzgue conveniente” (declaración 7a.).

c) *Recursos en contra de resoluciones de la Junta en asuntos de hacienda y gobierno*. Sólo correspondía el de suplicación ante la misma Junta. El espinoso tema de la apelación en materia de gobierno⁵¹, que tantos conflictos había causado, quedaba soslayado, si bien con alguna salvedad: “de las sentencias, acuerdos, providencias y resoluciones de la Junta se podrá suplicar ante ella misma y no habrá recurso ni apelación a ningún otro tribunal que no sea el Supremo Consejo de la Nación en los casos que permiten las leyes” (declaración 5a.). Ha de recordarse que, en el sistema indiano, los autos y decretos de virreyes y gobernadores, al hacerse contenciosos, podían ser apelados ante la Real Audiencia, aunque versaran sobre temas de gobierno⁵²: “en las materias de gobierno que se reducen a

⁵¹ La *Instrucción de Regentes* de 1776 había considerado como “gravísimo perjuicio el que no se observen con toda exactitud las leyes de Indias que permiten la apelación de todas las determinaciones de gobierno para las Reales Audiencias”. Por ello, “será uno de los más principales cuidados de los Regentes el hacer que tengan puntualísimo cumplimiento, celando que no se defrauden unas decisiones tan justas y apartando cualquier motivo de temor que intimide a las partes para dejar de seguir su derecho”. SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *La instrucción de regentes*, en RChHD n. 3 (Santiago, 1964). Sobre el tema, BARRIENTOS GRANDON, Javier *La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la República*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XV (Valparaíso, 1992-1993), pp. 105-130; MARTIRÉ, Eduardo, *El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las Audiencias de Indias a fines de la época hispánica (1806)*, en *Sexto Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Valladolid, 1984), pp. 341-359 y VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos en materia administrativa en Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* vol. XLVI n. 1 (Madrid, 1976). Hay que recordar que el jurista y oidor de la Real Audiencia de Chile Gaspar de Escalona y Agüero escribió un *Tratado sobre las apelaciones en materia de gobierno* del que se encuentra un ejemplar, bajo firma de su autor, en el Archivo Nacional de Chile. En cuanto a precedentes castellanos, vid. VILLAPALOS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media; su evolución histórica en el reino castellano, 1252-1504* (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976).

⁵² Una situación esclarecedora del tema se planteó en 1809, con ocasión de un nombramiento

justicia entre partes, de lo que los presidentes proveyeren, si las partes apelaren, han de admitirlas apelaciones a sus Audiencias” (*Rec. Ind.* 2, 15, 34 y 35). Se introdujo la costumbre de pedir previamente venia a la autoridad de cuyo decreto se apelaba⁵³, lo que implicaba que ésta pudiese denegarla si la estimaba inútil. Una real cédula de 22 de diciembre de 1782 dispuso que el dictamen que los oidores expidieran en voto consultivo no los inhabilitaba para intervenir posteriormente en las apelaciones respectivas. Carlos IV, por su parte, franqueó el recurso directo a la Audiencia⁵⁴.

d) *Intendentes y subdelegados*. La introducción del régimen intendencial entre 1786 y 1787⁵⁵ había cuajado en el reino de Chile, de modo que el *Reglamento* mantiene su estructura. A ello se refiere la declaración 6a., reseñada más arriba, que encargaba al Presidente de la Junta la comunicación a los gobernadores y subdelegados de los acuerdos, providencias y resoluciones de ésta. Consecuencialmente, subsiste la división en partidos. Al efecto, la declaración 8a. expresa que el Presidente podía librar por sí mismo decretos relativos a quejas que formularsen desde los partidos diversos interesados en contra de los procedimientos de jueces, subdelegados y otros empleados.

e) *Oficinas*. Una de las reformas borbónicas más relevantes fue la del paso del oficio a la oficina⁵⁶. Lo primero, implicaba que el gobernante encargara a determinadas personas -oficiales- la gestión de los diversos ramos de la administración pública, quienes asumen la tarea con responsabilidad propia. En la oficina, en cambio, el ministro de Estado delega ciertos poderes en una entidad compuesta por funcionarios, que van respondiendo jerárquicamente ante los respectivos superiores. La disposición 6a. del *Reglamento*, referida más arriba, hacía pesar sobre el Presidente de la Junta la comunicación a las diversas oficinas del reino de las resoluciones de aquélla.

de alcalde en Valparaíso, en que el gobernador adujo que ésta “era de puro gobierno y no contenciosa, esto es de aquéllas que estaban fundadas en el bien común, servicio de Dios o del rey sin sujeción a derechos particulares”: Meza, *La actividad...*(n. 25), p. 70.

⁵³ Vid. SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana*, lib. 5, cap. 2, núms. 29 y 30.

⁵⁴ BRAVO LIRA, Bernardino, *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860) De Carlos III a Portales y Montt* (Santiago, Editorial Universitaria, 1994), pp. 70-71.

⁵⁵ COBOS NORIEGA, María Teresa, *El régimen de intendencias en el reino de Chile. Fase de implantación 1786-1787*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 7 (Santiago, 1978), p. 85; LA MISMA, *Notas para el estudio de las intendencias en Chile indiano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* IX (Valparaíso, 1986), pp. 109-141; LA MISMA, *La división político-administrativa de Chile, 1541-1811* (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1989), *passim*; CAMPOS HARRIET, Fernando, *Funcionamiento de la intendencia de Concepción (1786-1810)*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* T. V (Quito, 1980), pp. 49-69, donde hace referencia a la pervivencia de la institución en las Constituciones de 1828, 1833 y 1925 y REES JONES, Ricardo, *La aplicación de la Ordenanza de Intendentes de Buenos Aires en el reino de Chile (1782-1787)*, en *Revista de Historia del Derecho* n. 19 (Buenos Aires, 1991), pp. 327-347.

⁵⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 8 (Santiago, 1981), pp. 73-92.

4. REGLAMENTO PARA EL ARREGLO DE LA AUTORIDAD EJECUTIVA PROVISORIA DE CHILE DE 14 DE AGOSTO DE 1811⁵⁷

Este *Reglamento* fue obra del primer Congreso que hubo en el país. Ha sido bastante criticado por los historiadores constitucionales, pues se dice de él que, reconociendo la necesidad de dividir los poderes, no la practicó⁵⁸. Los avatares entre los que se fraguó esta pieza constitucional fueron complicados. Predominó entre los 42 diputados a este Congreso el elemento moderado -integrado por 15 “abascalinos” o partidarios del rey y 12 neutrales-, poco inclinado a reformas radicales. Los más exaltados, sintiéndose en minoría tras haber intentado de conseguir infructuosamente que la Autoridad Ejecutiva Provisoria pudiese contar con algún representante suyo, optaron por retirarse del Congreso⁵⁹. Aunque el Ejecutivo elegido estuviese integrado por moderados -Martín Calvo de Encalada, Juan José Aldunate y Francisco Javier Del Solar (reemplazado por el teniente-coronel Juan Miguel Benavente)-, estimó necesario el Congreso señalar los límites de su poder.

Para entender este *Reglamento* hay que recurrir al substrato en que se halla asentado. Los congresistas se hacen el siguiente razonamiento, que constituye un silogismo: A) el rey reúne en sí todos los poderes, de remoto origen divino e inmediato popular; B) dado que el monarca no puede ejercer el poder por ser prisionero de Napoleón, las funciones que le correspondían han vuelto al pueblo -el reino de Chile-, que se expresa a través del Congreso Nacional, su representante⁶⁰; C) en consecuencia, todo el poder correspondía ejercerlo al referido Congreso.

En tal contexto resulta atendible el *Reglamento* al manifestar que “el Congre-

⁵⁷ VALENCIA AVARIA, op. cit. (n.31), pp. 38-40.

⁵⁸ Dice Ramón BRISEÑO: “...sea la falta de tranquilidad en aquellos tiempos de puro transtorno y azar, sea la inexperiencia, o la impericia en la ciencia legislativa, lo cierto es, que lejos de verificar semejante deslinde de poderes, sólo alcanzó a hacer de ellos la más completa confusión”: BRISEÑO, op. cit. (n.2), 1849, pp. 49-50. Otro importante estudioso, Luis Galdames, se refiere a él diciendo: “aunque pobrísimo i confuso en sus disposiciones, redactado sin duda por una mano extraña a la que había intervenido en los actos preparatorios del congreso, difícil de comprender i de aplicar, este documento embrionario de un derecho público naciente ha merecido ser considerado “como el bosquejo de la primera constitución chilena””: Galdames, op. cit. (n. 10), p. 174. La frase citada por Galdames es de ROLDÁN, Alcibíades, *Las primeras asambleas nacionales. Años de 1811 a 1814*, op. cit. (n. 6), p. 112. Fernando Campos Harriet expresa: “Severamente critican los tratadistas este reglamento del año 11; no hay claridad en materia de derecho político”: CAMPOS HARRIET, op. cit. (n. 21), 7a. ed., p. 329. Julio Heise dijo de él: “Es un documento confuso en sus disposiciones, que demuestra la escasa preparación jurídica de sus redactores. (Juan Martínez de Rozas lo criticó duramente).”: HEISE, op. cit. (n.16), 2a. ed., p. 30.

⁵⁹ BARROS ARANA, op. cit. (n.5), T. VIII, p.372.

⁶⁰ Nótese la expresión del artículo 1o. del *Reglamento*: “El Congreso, como *único depositario de la voluntad del reino* conocerá exclusivamente del cumplimiento o infracción general de la ley”.

so Representativo del reino de Chile, convencido íntimamente no sólo de la necesidad de dividir los poderes, sino de la importancia de fijar los límites de cada uno sin confundir ni comprometer sus objetos se cree en la crisis de acreditar a la faz de la tierra su desprendimiento, sin aventurar en tan angustiada premura la obra de meditación más profunda...” Reconoce, pues, de acuerdo a los principios liberales, la necesidad de la división y del señalamiento de límites a los diversos poderes públicos. Pero no considera del todo oportuno tomar esta medida: “no está en sus alcances una abdicación tan absoluta antes de constituir la forma *sólida* de gobierno entre tres poderes, cuyo deslinde es el paso prolijo y más espinoso en todo Estado”. A la fecha de sanción de este *Reglamento* predominaba, recordemos, un sector moderado en el Congreso, lo que da luces para entender la escrupulosidad de su actuar. Es necesario, en opinión de esa mayoría, construir sólidamente el gobierno para, posteriormente, proceder a la división.

El artículo 1o. atribuye al Congreso, en cuanto “único depositario de la voluntad del reino” el conocimiento exclusivo del cumplimiento o infracción general de la ley. ¿Qué se quiere decir con esto? A mi entender, que el derecho vigente -el indiano- subsiste y debe cumplirse. Velar por su cumplimiento general es tarea del representante del pueblo que es el Congreso. En cambio, la brega por el cumplimiento del derecho y la persecución de su incumplimiento particular correspondía a la Autoridad Ejecutiva, a menos que se tratase de conflicto entre partes, caso en debían de intervenir los tribunales.

Aunque el *Reglamento* no divide los poderes, sí distingue los tradicionales cuatro ramos de la administración pública indiana a que me he referido más arriba. Analicemos los aspectos tradicionales de este cuerpo legal:

a) *Administración de justicia, y en particular, delito de lesa majestad*. El conocimiento de los conflictos por incumplimiento particular del derecho corresponde a los tribunales de justicia, como lo señala el artículo 9o. que desconoce a la Autoridad Ejecutiva tareas judiciales: “La Autoridad Ejecutiva no conocerá causas de justicia entre partes...”.

Pero aun la administración de justicia entre partes no se había llevado del todo bien. Estaba muy cercano el precipitado ajusticiamiento del comandante Tomás de Figueroa, quien, el 1o. de abril de 1811 había dirigido una asonada para impedir la elección de diputados de Santiago al primer Congreso Nacional. Se le había formado rápido juicio, a raíz del cual fue condenado a muerte. El proceso había sido incoado por la Junta de Gobierno y comenzado a través de un bando: “Siendo este delito el más grave que podía presentarse contra la patria, la religión y el Estado, se ha resuelto que a la mayor brevedad se examinen los testigos sabedores de los hechos, se averigüen los cómplices y se aplique a todos el más severo escarmiento, comisionándose para todo al señor vocal don Juan Enrique Rosales, con el asesor don Francisco Antonio Pérez y secretario don José Gregorio Argomedo”⁶¹. La Junta, tras recogerse las pruebas incriminatorias del reo, pro-

⁶¹ BARROS ARANA, op. cit. (n. 5), T. VIII p. 313.

nunció sentencia de muerte contra Figueroa, la que se cumplió de inmediato⁶².

Ello explica el contenido del artículo 12 del *Reglamento* de 1811, que precave se cometiesen injusticias que redundaran en condenas apresuradas: “la arbitrariedad con que se ha usurpado el crimen de alta traición y su naturaleza misma, exigen que conozca de estos delitos el Poder Ejecutivo, sin quedar enteramente inhibido este Congreso para formar causas de esta clase, cuando lo tenga por conveniente”. A continuación, establecía una especie de *provocatio ad populum* de carácter general: “para la ejecución de penas capitales falladas por cualquier poder o juzgado del reino, se impetrará del Congreso el permiso instruido”. La pena que correspondía aplicar a los levantiscos, incursos en el delito de lesa majestad estaba determinada por las Partidas de Alfonso X. En tal sentido, P. 7, 2, 1 señalaba las diversas maneras en que podía producirse la traición al rey y P. 7, 2, 2 indicaba la pena: “qualquier ome, que fiziere alguna cosa de las maneras de traycion que diximos en la ley ante desta, o diere ayuda, o consejo, que la fagan, deue morir por ello, e todos sus bienes deuen ser de la Camara del Rey, sacando la dote de su muger, e los debdos que ouiesse a dar, que ouiesse manleuado fasta el dia que comenco a andar en la traycion...”⁶³.

Al referirme al *Reglamento* de 1810, traje a colación que la segunda suplicación debía presentarse ante el *Supremo Consejo de la Nación*, que correspondía al Supremo Consejo de Indias. La intención no se materializó de inmediato. Con fecha 4 de octubre de 1811 fue dictado el *Reglamento provisional para el entable, substanciación y término de los recursos de injusticia notoria, segunda suplicación y otros extraordinarios*. Esta normativa es atribuible al grupo exaltado que había pasado a controlar el Congreso desde el golpe que habían dado los Carrera el 4 de septiembre de 1811. Su fundamentación se encuentra en su artículo 1o. que rezaba que “variadas las circunstancias de la administración pública en la crisis política del día, es consiguiente variar la forma de los recursos, que antes arrastraban al litigante a una distancia inmensa. Por cuyo medio, tendrá hoy éste la satisfacción de verlos terminados en su propia patria y por magistrados de sus mismos conciudadanos.”⁶⁴. Las nuevas disposiciones se aplicaban a: a) las causas nuevas y b) las dirigidas “a la península y [que] quedaron pendientes en la época crítica de su revolución [-se refiere a la invasión napoleónica-]; pero no tendrán lugar recursos de sentencias o juzgamientos que antes no se hayan reclamado”.

Correspondía el conocimiento de tales recursos a un tribunal compuesto de “tres jueces letrados, individuos del Alto Congreso, que hará privativamente su nombramiento; y, faltando de aquella calidad, caerá éste en vocal de la Junta Ejecutiva, del Tribunal de Justicia y Apelaciones, o en otro letrado de concepto público, con tal que en éste y cualquier otro caso haya, al menos, un vocal de la

⁶² BARROS ARANA, op. cit. (n.5), T. VIII, pp. 316-319.

⁶³ SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *El delito de infidelidad a la patria. Apuntes en torno al caso de los desterrados chilenos en Juan Fernández, 1819-1817*, en *Historia* n. 8 (Santiago, 1969), pp. 463-488; en particular interesan pp. 485 y 486. Ver n. 109 del presente trabajo.

⁶⁴ *Boletín de las leyes i decretos del gobierno 1810-1814* (Santiago, 1898), p. 125.

autoridad suprema que presida y autorice el Tribunal”. Se ponía en práctica el deseo expresado en el *Reglamento* de 1810. La política intervencionista del primer Congreso Nacional se hace patente en la constitución de este tribunal.

Permanecerían en funciones los integrantes del Tribunal Supremo Judiciario y su fiscal hasta la disolución del Congreso “o que ulteriores ocurrencias exijan variarla”. “Tratamiento de *Alteza*, en cuerpo o sala; fuera, ninguno. Renta, el conocimiento patriótico a que la buena administración de justicia les haga acreedores” (art.4). La titulación de *Alteza* nos muestra su continuidad con el Real y Supremo Consejo de Indias.

Integraron este Supremo Tribunal tres vocales -Juan de Dios Vial del Río, José María Rozas y Joaquín Echeverría- y como suplentes, Juan José Echeverría e Hipólito Villegas. Fiscal, Bernardo Vera y Pintado, sin más renta “que el reconocimiento patriótico con que la buena administración de justicia los haga acreedores”⁶⁵.

b) *Gobierno Espiritual. Ejercicio del Real Patronato*. El importante tema del Real Patronato caía, de acuerdo a este *Reglamento*, entre los relativos al cumplimiento general de la ley y, de acuerdo a su lógica, correspondería su ejercicio al Congreso. Por otra parte, si se considera que la soberanía, en vez de ejercerla el monarca (imposibilitado a causa de su prisión), había de detentarla el pueblo (representado por el Congreso), se sigue como consecuencia que los derechos de aquél (como el de patronazgo) los asumiese el Congreso.

c) *Relaciones Internacionales*. Este tema, reservado al monarca y sus asesores inmediatos, no se había tratado nunca en Chile. Aplicando el mismo esquema de pensamiento que se ha señalado, le correspondería al Congreso en reemplazo del rey: “las relaciones exteriores son privativas del Estado en su entable, cuya representación sólo reside en el Congreso; por consiguiente y para atender tan delicado objeto con el interés a que empeña, deberá corresponder al Congreso la apertura de la correspondencia exterior, llevándola al Poder Ejecutivo, como la interior del reino que consultará sólo en los casos de gravedad” (artículo 3o.).

d) *Guerra. El ramo militar*. En el sistema jurídico indiano, el gobernador era capitán general del reino, incumbiéndole la conducción militar del mismo. Ejercido ahora por una Junta, estimó el Congreso que a él le correspondía dar las órdenes pertinentes, lo que delegó en su Presidente: “el Congreso por la representación inmediata y general del reino, asegura su confianza y demanda la seguridad de opinión que se reserva el mando de las armas, correspondiendo a su Presidente, por delegación especial, dar el “santo”, que deberá mandarlo cerrado por el

⁶⁵ Bernardino BRAVO LIRA en *Los estudios sobre la judicatura chilena de los siglos XIX y XX*, en *Revista de Derecho Público* n. 19-20, p.99 cita el parecer de Alejandro Lira Lira en *Argomodo 1810-1830* (Santiago, 1934), p. 136, nota 1 según el cual los intentos por establecer un Supremo Tribunal de Justicia entre 1811 y 1823 habrían quedado en el papel, funcionando en cambio comisiones especiales. “No puede decirse pues, puntualiza Lira, que esas comisiones o tribunales *ad hoc*, con su estrechísima esfera de atribuciones por respetables que se las considere merezcan el título de genuinos antecesores de la Corte Suprema de Justicia”.

ayudante de plaza al del Ejecutivo, para que de éste lo reciba el sargento mayor” (artículo 4o.).

En el sistema jurídico indiano tradicionalmente había existido una división entre tropas de ejército y milicias: aquéllas, profesionales y pagadas, éstas, no profesionales y gratuitas⁶⁶, distinción que se conserva en el *Reglamento* en estudio. Siempre habían estado bajo la tuición y disposición de quien, a la vez que detentador del gobierno lo era de la capitanía general. Ahora, en cambio, a virtud del artículo 5o., el Ejecutivo quedaba limitado en sus antiguas atribuciones. Igualmente, el nombramiento en todo grado militar y, en el de milicias, desde capitán hacia arriba, debía de efectuarse con intervención del Congreso: “no podrá el Ejecutivo provisorio disponer de las tropas de ejército y milicias en servicio extraordinario, ni extraerlas de sus partidos sin aprobación del Congreso, el que se reserva proveer los empleos de este ramo desde capitanes inclusive, y todo grado militar”. Esta prevención del Congreso se entiende si se toma en cuenta que, contra el parecer del sector moderado, se habían enviado tropas en ayuda de Buenos Aires.

e) *Nombramientos en los ramos de Gobierno, Justicia y Hacienda*. Decía la declaración 6a.: “En los demás ramos hará la provisión el Ejecutivo a consulta de los jefes, y las de éstos las pasará en ternas al Congreso, para que vea si están o no arregladas a la ley, el que las devolverá con su declaración, que será última, para que a nombre del Rey libre el Poder Ejecutivo los respectivos despachos que contendrán en su relato y a la letra la resolución del Congreso, pasándose igualmente y para el propio fin los decretos de empleos cuya dotación exceda de cuatrocientos pesos anuales” (artículo 6o.). La alambicada redacción de este artículo da pie para, por lo menos, dos interpretaciones. Según una de ellas, quedaría radicado en el Congreso el nombramiento de empleados de los ramos señalados⁶⁷. Los jefes de los mismos pasarían ternas de sus recomendados al Ejecutivo, quien debía enviarlas al Congreso. Este examinaría si las listas se ajustaban a derecho, tras lo que daría orden al Ejecutivo de despachar a los nominados los respectivos nombramientos. Todo empleo con renta superior a 400 pesos debía quedar sometido a la misma tramitación. Otra interpretación sería la de que el Congreso se limitaría a señalar si las ternas cumplían con la ley, y practicada tal declaración, quedaría en manos del Ejecutivo la provisión de los cargos: Señalaba el artículo 8o. que era privativo del Congreso la creación y supresión de empleos, el aumento o disminución de sus remuneraciones, su remoción y el otorgamiento de honores de gracia. En principio, todas estas materias corresponden al rey. Considerándose al Congreso representante del pueblo (soberano por ausencia del monarca preso) resulta adecuado que a él le correspondiese intervenir en las materias referidas.

⁶⁶ OÑAT, Roberto y ROA, Carlos, *Régimen legal del ejército en el reino de Chile. Notas para su estudio* (Santiago, 1953). Para el conocimiento de las milicias son indispensables, SUÁREZ, Santiago Gerardo, *Las milicias. Instituciones militares hispanoamericanas* (Caracas, 1984) y Marchena Fernández, Juan, *Ejército y milicias en el mundo colonial americano* (Madrid, 1992).

⁶⁷ Tal es la interpretación de GALDAMES, op. cit. (n. 10), p. 175.

f) *Apelaciones en materias de Gobierno*. Este importante derecho⁶⁸, que implicaba una garantía para los súbditos frente a atropellos de las autoridades, subsiste en el *Reglamento* de 1811. De acuerdo al artículo 7o. sería ahora el Congreso quien intervendría en esta materia: “los recursos sobre provisiones de la Autoridad Ejecutiva serán admisibles en el Congreso, en primer orden y para declarar si son o no conformes a la ley, instaurándose con arreglo a ella y bajo su pena, reponiéndose al agraviado si intentare con justicia”.

Como puede apreciarse, el Congreso asumía un rol similar al de la Audiencia, lo que no resulta difícil de entender. Si se considera que la Audiencia representaba en cuerpo al monarca soberano y que el Congreso representaba, también en cuerpo, al pueblo, soberano por imposibilidad de aquél, la continuidad entre una y otra autoridad resulta clara.

g) *Apelaciones en materia de Hacienda*. Ya se ha visto cómo debían producirse los nombramientos de empleados de este ramo. A raíz de la dictación de la *Ordenanza de Intendentes*, aplicable en Chile desde 1786, correspondía a estas autoridades ser jueces superiores en materia de Hacienda, inhibiendo a cualquier otro tribunal. Entre las materias de esta naturaleza estaban las relativas a rentas estancadas, naufragios, contrabandos, bienes mostrencos, ventas o composiciones de tierras y otras.

En Chile, el gobernador era, a la vez, intendente de Santiago, por lo que le pertenecía el conocimiento de las respectivas causas de hacienda. Si se considera que la Autoridad Ejecutiva sucede al gobernador, no resulta extraño que pueda intervenir en esta clase de juicios. La diferencia con el período anterior es que ahora tiene competencia en todo el reino y no sólo en su intendencia.

Las apelaciones se interponían ante la Junta Superior de Real Hacienda, similar -y así lo dicen las ordenanzas del Río de La Plata y México- a la que aparece en Rec. Ind. 8, 3, 8⁶⁹, compuesta desde el 3 de diciembre de 1792 por el superintendente, el regente, el fiscal, el ministro más antiguo de Contaduría de Cuentas y el ministro más antiguo contador o tesorero general de Ejército y Real Hacienda. El *Reglamento* de 1811 sigue en su artículo 10 la tradición: “Las [causas] de Hacienda tendrán sus alzadas ordinarias a la Junta de ella y sala de ordenanza [...] con la variación que en adelante formarán la Junta de Hacienda el Vicepresidente del Congreso, Ministro más antiguo del Tribunal de Justicia, Contador Mayor, Ministro de Real Hacienda y Fiscal...”.

h) *Apelaciones en materia de Guerra*. El artículo 10 del *Reglamento* señala que se franqueaba respecto de las causas de guerra “el recurso de la ley de Indias”, consistente en “la alzada de guerra” de que conocería un tribunal compuesto por el Vicepresidente del Congreso, el subdecano del Tribunal de Justicia y el

⁶⁸ Vid. n. 51.

⁶⁹ “Mandamos que en todas nuestras Audiencias se haga una Junta y acuerdo de Hacienda [...] y en ella asistan el Virrey ó Presidente, y el Oidor más antiguo, fiscal, Contador de Cuentas, donde hubiere Tribunal, y el oficial real más antiguo, diputando para esto una sala...”. Se la llamaba *Junta de Ordenanza*.

auditor de Guerra. La justicia militar de primera instancia durante el período indiano era administrada en Chile por el gobernador y capitán general⁷⁰ y podía interponerse apelación respecto de sus sentencias ante una comisión integrada por el mismo capitán general, su asesor letrado en calidad de asesor o auditor de guerra y un oidor de la Real Audiencia nombrado por aquél, igualmente en rol de auditor de guerra (Rec. Ind. 3, 11, 2).

De sus sentencias podía ocurrirse a la Junta de Guerra de Indias⁷¹. Desde 1604 al Consejo de Indias lo habían integrado, además de ministros letrados, algunos de extracción militar. Estos eran los principales miembros de la Junta de Guerra. Según el jurista Juan de Solórzano Pereira conocía la Junta de las “apelaciones de todas las causas así civiles como criminales que los virreyes de las Indias y demás presidentes, gobernadores y capitanes generales que tienen a cargo lo militar de ellas hubieren sustanciado y pronunciado como tales contra alguno de los que gozan de este fuero y jurisdicción”.⁷² En virtud de la *Ordenanza General del Ejército* de 1768, dispuesta aplicar en Indias por real orden de 20 de septiembre de 1769, el Supremo Consejo de Guerra estaba integrado por ministros togados y oficiales generales.

En la práctica chilena, los juicios del fuero militar concluían en una única instancia, pues no había incentivo para apelar ante un órgano integrado por el mismo que ya se había pronunciado con la colaboración de otro integrante -el asesor letrado- que igualmente había emitido parecer⁷³. Los consejos de guerra para delitos de carácter militar perpetrados por individuos aforados, incorporados en el siglo XVIII, no funcionaron en Chile sino excepcionalmente⁷⁴. El recurso ante la Junta o Consejo de Guerra no operaba tampoco, tanto por razones prácticas -lejanía- cuanto por concretas disposiciones reales al respecto⁷⁵. La corona deseaba que terminaran en Indias estos juicios.

⁷⁰ Al capitán general correspondía “determinar en primera y segunda instancia de todos los pleitos, delitos, casos y causas que en cualquier forma tocan a los castellanos, alcaides de los castillos y fuertes, capitanes, oficiales, soldados, capitanes de artillería y artilleros, y a las demás gentes de guerra que nos sirvieren a sueldo...” (Rec. Ind. 3, 11, 2). Reales cédulas de 21 de abril de 1607, 2 de diciembre de 1608 y 3 de septiembre de 1624 se habían referido a esta jurisdicción del capitán general.

⁷¹ Solórzano, op cit. (n.53), lib. 5, cap. 18, núm. 12.

⁷² “Solórzano, op. cit. (n.53), lib. 5, cap. 18, núm. 6. Colón y Larriátegui habla del “Supremo Consejo de Guerra”: COLÓN y LARREÁTEGUI XIMÉNEZ DE EMBUN, FÉLIX, *Juzgados militares de España y sus Indias* T. II (Madrid, por la viuda de Ibarra, hijos y compañía, 1788), p. 65.

⁷³ TOLEDO SÁNCHEZ, Pedro, *Esquema del Derecho Penal Militar Indiano y su jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950), pp. 123 y 124 y OÑAT, Roberto y ROA, Carlos, *Régimen legal del Ejército en el Reino de Chile. Notas para su estudio* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 1953), pp. 204-233..

⁷⁴ OÑAT y ROA, op. cit. (n. 73), pp. 212 y 222.

⁷⁵ Una real orden de 20 de abril de 1784 disponía que “para evitar el que las partes se vean precisadas ...a seguir sus instancias en los tribunales de estos reinos o tal vez abandonarlos por no sufrir las dilaciones y gastos exorbitantes que se les seguirían ...está expresa y prudente-

Si se compara la integración del tribunal de alzada patrio con el indiano, se puede apreciar la continuidad entre uno y otro: el gobernador es reemplazado por el vicepresidente del Congreso; el oidor nombrado por aquél es ahora el subdecano del Tribunal de Apelaciones y continúa el asesor letrado como auditor de guerra. Al parecer, había ahora un real interés en que funcionara la apelación militar.

i) *Recusaciones de los integrantes de la Autoridad Ejecutiva Provisoria*. El artículo 13 del *Reglamento* contemplaba una Autoridad Ejecutiva compuesta de tres vocales, más un Secretario y su Asesor.

Ya se ha hablado más arriba del Asesor letrado que, en el sistema indiano, había acompañado al gobernador en sus funciones. Se trata del mismo cargo, referido ahora a la nueva autoridad colegiada.

El siguiente artículo los hace recusables: “las recusaciones de estos Vocales se arreglarán a la ley que detalla las de los Oidores”. Se utiliza, pues, el sistema indiano en esta materia. La *Recopilación de Leyes de Indias* se refería a este tema en el libro 5, título 11, que contiene seis leyes. La primera de ellas disponía que se guardasen las ordenanzas de los Reyes Católicos dadas en Madrid en 1502, que pasaron a constituir *Rec. Cast.* 2, 10, 3 y 4. De acuerdo a la norma castellana referida, quien interpusiese recusación en contra de un oidor debía pagar 3.000 maravedíes, suma que se convertía en pena en caso de rechazarse el artículo, repartiéndose por mitades entre el recusado y estrados, o sea, arcas fiscales. En Indias, la suma a consignar era el doble, 6.000 maravedíes y la pena se elevaba a 120.000 maravedíes si el recusado era el Presidente; 60.000 si se trataba de un oidor y 30.000 si de un alcalde del crimen, y se distribuían en la misma forma que disponía la ley castellana (*Rec. Ind.* 5, 11, 1). Una real cédula de 17 de agosto de 1804 estableció que se podía recusar a cualquier ministro togado como vocal de la junta superior o de cualquier otro tribunal, siempre que hubiese causal bastante y justificación y la suma a pagar era de 60.000 maravedíes. De esta incidencia debían conocer los demás oidores y no los conjuces del tribunal para el que fuese recusado⁷⁶. La petición de recusación debía llevar firma de abogado (*Rec. Ind.* 5, 11, 2). El ministro recusado debía prestar juramento “una y más veces” siendo pedido así por las partes (*Rec. Ind.* 5, 11, 3). Se daba la posibilidad de nombrar un abogado integrante o acompañado cuando sólo hubiese dos oidores y uno de ellos fuese recusado. La incidencia era zanjada entonces por el oidor no recusado y el integrante. Si fuese sólo uno el oidor de la Audiencia, el Presidente debía nombrar dos abogados para que determinasen la procedencia de la recusación (*Rec. Ind.* 5, 11, 4 y 2, 15, 63). Cuando la resolución acogía la incidencia, ésta operaba plenamente y no había más recurso. Lo contrario se observaba cuando la recusación fuera rechazada (*Rec. Ind.* 5, 11, 5). Subsidiariamente, se aplicaban a la materia

mente dispuesto el recurso a los virreyes y presidentes como capitanes generales...”: Toledo, op. cit. (n.73), p. 123.

⁷⁶ Nota a *Rec. Ind.* 5, 11, 1 de la edición de Boix de 1841. En la misma se señala que la recusación de un Regente implica una pena de 120.000 maravedíes de acuerdo al artículo 63 de la *Instrucción* respectiva.

las 21 leyes que constituían el título 10 del libro 2o. de la *Nueva Recopilación*.

En torno a esta materia, cabe destacar que en el mismo año 1811, uno de los más preclaros juristas que operaban en Chile, Juan Egaña, formado en la Universidad de San Marcos de Lima, expresaba en un *Proyecto de Constitución Política* la gran importancia que atribuía a la recusación en cuanto baluarte de libertad. Otorgaba en los artículos 168, 186 y 201 un amplio derecho a recusar del que podrían hacer uso las partes litigantes y en el 133 señalaba que “el juez y todo funcionario recusado lo queda de hecho y sin acompañarse jamás; pero el recusante sufre una pena si recusó sin causa y sin concedérselo la ley. Esta pondrá muy pocas trabas a la recusación, que es una de las garantías principales”.

El tema de las recusaciones, considerado por Egaña como uno de los más importantes para una liberalización de la justicia, resultó hartamente funesto a la larga por los abusos que ocasionaba. Por ello, debió ser objeto de una de las llamadas *Leyes Marianas*⁷⁷, decreto con fuerza de ley de 2 de febrero de 1837. Su preámbulo da una idea sobre las razones que hubo para dictarla: “que la ilimitada libertad concedida para las recusaciones es el principal fundamento de las quejas que se emiten contra la morosidad en la administración de justicia, como un abuso que entorpece el curso de los juicios y ofrece ocasiones a los litigantes de mala fe para burlar las acciones más legítimas en los juicios civiles y diferir el castigo o buscar la impunidad en los criminales”. De ahí, entonces, que se pasara a regular esta materia junto con la afín de las implicancias, a objeto de evitar los abusos que hasta entonces se habían estado cometiendo. Tuvo este texto algunas reformas expedidas a 8 de marzo, 29 de mayo, 23 de junio y 27 de julio de 1837. No satisfecho el gobierno con esta normativa, por medio de uno de los decretos con fuerza de ley dictados con ocasión de la Guerra con la Confederación Perú-Boliviana, de 25 de septiembre de 1837, creó el crimen de *denegación de justicia*. Mediante él se pretendía poner fin a una cantidad de triquiñuelas de los jueces tendentes a dilatar las causas sin entrar en su conocimiento a pretexto de motivos fútiles.

j) *Residencia*. El artículo 16 del *Reglamento* señala que los vocales que integran la Autoridad Ejecutiva Provisoria “son responsables al reino por las resultas de la residencia que se les tomará, al arbitrio de sus representantes en el tiempo y diputación que deleguen”. Los “representantes” que indica esta norma son los miembros del Congreso.

La residencia ha sido objeto de importantes estudios tanto para el sistema indiano como para el patrio chileno⁷⁸. La residencia indiana tuvo general aplica-

⁷⁷ Tal nombre deriva de la circunstancia de ser su autor el jurista Mariano Egaña, hijo de don Juan.

⁷⁸ Vid. MARILUZ URQUIJO, José María, *Ensayo sobre los juicios de residencias indianos* (Sevilla, Talleres Tipográficos Escuela de Estudios Hispano Americanos, 1953); JARPA DÍAZ DE VALDÉS, Emilio, *El Juicio de Residencia en Chile durante el siglo XVIII* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 1966), 104 p. y Martínez Baeza, Sergio, “La residencia en el derecho patrio chileno” en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 4 (Santiago, 1965), pp. 129 a

ción para todos los que desempeñasen cargos, oficios o empleos, quienes quedaban sujetos, al término de sus funciones, a la incoación de un juicio que determinaría si sus actuaciones habían sido correctas o erradas, recibiendo en este último supuesto, el castigo pertinente. Una real cédula de 24 de agosto de 1799 dispuso que corregidores, alcaldes mayores y otros tenían obligación de permanecer en el lugar donde se habían desempeñado a fin de responder de las acusaciones y quejas que respecto de ellos se formularan.

La norma constitucional señalada continúa, pues, con el sistema de residencia indiano, el que subsistirá plenamente hasta la Constitución de 1828 y sólo en lo tocante a residir el empleado en el lugar donde se desempeñó, hasta la de 1925. Aunque la norma del artículo 16 arriba transcrita sólo se refiere a los miembros de la Autoridad Ejecutiva, se sabe de su aplicación a otras autoridades: por ejemplo, consta documentalmente la solicitud de un juicio de residencia al subdelegado de la ciudad de Chillán. Elevados los antecedentes a la Junta Provincial de Gobierno de Concepción, ésta los envió a la Autoridad Ejecutiva del reino y ella al Congreso Nacional que, finalmente, determinó “comunicar a la Junta Provincial de Concepción la solicitud de los diputados por Chillán para que ella nombre un *juez de residencia* al Subdelegado de esa ciudad”⁷⁹.

k) *Honores de capitán general*. La Autoridad Ejecutiva Provisoria o Poder Ejecutivo Provisorio (de ambas maneras se la nombra) tendrá el tratamiento de *Excelencia* “y se le harán honores de capitán general de provincia”, conforme lo prevenía el artículo 17 del *Reglamento* en estudio.

La expresión *capitán general* tenía principalmente dos sentidos. Se ocupaba, por una parte, para los caudillos militares que tuviesen el mando superior de las tropas en campaña y de las armas, tropas y plazas que hubiese en la provincia en guerra o en las fronteras con el extranjero. Hay otra acepción, que es la que más nos interesa: “Igualmente se llaman Capitanes Generales los Xefes destinados al gobierno de las Provincias, y tambien Vireyes; los cuales tiene jurisdiccion militar en toda la Provincia de que estan encargados, presiden las juntas que en su territorio se celebran, y estan sujetos á su mando todos los individuos Militares que tengan destino ó residencia accidental en la Provincia; y así estos como todos los demas que no lo fueren, deben respetar y obedecer sus órdenes: y teniendo unido el mando político de las Audiencias, sean sus Presidentes, dependiendo de ellos las Justicias y Corregidores del distrito, a quienes pueden llamar y Hacer comparecer, así para que los instruyan, como para corregirles ó amonestarles sobre algun punto importante al Real Servicio”⁸⁰. Tal definición deja de lado, erró-

207. Una abundante bibliografía sobre la residencia indiana en CARO COSTAS, Aída R., *El Juicio de Residencia a los Gobernadores de Puerto Rico en el Siglo XVIII* (San Juan, Instituto de Cultura Puertorriqueña, 1978), p. 11, n. 1.

⁷⁹ Martínez Baeza, op. cit. (n.22), p. 142, quien toma como base para historiar este acontecimiento a LETELIER, Valentín, *Sesiones de los cuerpos legislativos, de 1811 a 1845*, T. I (Santiago, Imprenta Cervantes), p. 148.

⁸⁰ PÉREZ y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro de la legislacion universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas y alfabético de sus títulos y*

neamente, a los gobernadores que gozaron también de esa designación militar y confunde las atribuciones militares con las de otros ramos de la administración.

Entre los honores que debían tributarse a los capitanes generales Presidentes de Audiencias estaba el que ante ellos debían presentarse las personas de distinción en los días del Rey, la Reina y el Príncipe de Asturias⁸¹; mas, en su ausencia no correspondía esta asistencia ante el Regente o el Comandante en Jefe. En cuanto representantes del rey, una instrucción de Felipe V, de 1 de enero de 1714, les asignaba el primer lugar “en todas las jurisdicciones” con la salvedad de que “solamente en casos y cosas graves tocantes al servicio de S.M.”⁸²

l) *Tratamiento de “Excelencia” y “Señoría”*. Señala el artículo 17 que “el Poder Ejecutivo provisorio en cuerpo tendrá de palabra y por escrito tratamiento de *Excelencia* [...] y cada miembro en particular el de *Señoría* dentro de la sala”. El de *Excelencia* era el propio del gobernador y capitán general⁸³, en virtud de disposición de Carlos IV, de 18 de febrero de 1796⁸⁴. Se usaba, también, el de *Señor Capitán General* salvo que fuesen tenientes generales, en cuyo caso les correspondía el de *Excelentísimo Señor*, según fue resuelto en 1791⁸⁵. Igualmente existía el apelativo de *muy ilustre señor Presidente*⁸⁶. Es de notar que el trato de *Señoría* es el que correspondía a los oidores⁸⁷, existiendo al respecto reales órdenes de Carlos III de 24 de septiembre de 1778⁸⁸ y 15 de julio de 1788⁸⁹. Poco antes, el Congreso se había dado a sí mismo el tratamiento de *Alteza* por residir en ella la soberanía nacional y a su presidente el de *Excelencia*⁹⁰.

ñ) *Funciones de tabla*. La Autoridad Ejecutiva provisoria tenía la obligación de asistir en cuerpo “a toda función de tabla” por disponerlo así el artículo 18 del *Reglamento*. El Cabildo de Santiago poseía una *Tabla de las seremonias que observa el Ilustre Cabildo en todas sus funciones, así públicas como secretas, y*

principales materias T. V (Madrid, en la oficina de don Gerónimo Ortega y Herederos de Ibarra, 1793), pp. 55-56.

⁸¹ Colón, op. cit. (n. 72) T. II, pp. 90 y 91.

⁸² Colón, ibídem, T. II, p. 64.

⁸³ Por ejemplo, *Archivo Nacional. Capitanía General* vol. 330, fs. 27: “Excmo. Sr. G. y C. G. D. Luis Muñoz de Guzmán”, 12 de enero de 1807.

⁸⁴ *Novísima Recopilación* 6, 12, 6

⁸⁵ MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Códigos antiguos de España* (Madrid, 1885), T. II, p. 1251, n. 6.

⁸⁶ Por ejemplo, *Archivo Nacional. Capitanía General* vol. 316, fs. 3: “M. Itre. Sor. Preste. Govt. Cn GI”, 22 de septiembre de 1785.

⁸⁷ SUÁREZ, Santiago Gerardo, *Los Fiscales indianos. Origen y evolución del Ministerio Público* (Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1995), p. 163.

⁸⁸ SUÁREZ, ibídem. Entre otras razones para darles esta distinción señalaba el monarca la de “tener depositada en ellos mi soberana y Real autoridad en la administración de Justicia”.

⁸⁹ *Novísima Recopilación* 6, 12, 8. El trato indiano a la Real Audiencia era el de *Alteza* y de *Muy poderoso señor* (que se usaba en los escritos), toda vez que representaba al monarca.

⁹⁰ Galdames, op. cit. (n. 10), p. 176.

similar volumen tendrían las demás autoridades de Chile. Un estudioso del cabildo ha distinguido cuatro clases de fiestas: las relativas a la familia real o el Estado; las concernientes a gobernadores, virreyes, oidores y Real Audiencia; las eclesiásticas y las capitulares⁹¹. El cronista de comienzos de nuestra vida patria, Vicente Pérez Rosales recuerda de estas fiestas “el ceremonioso contoneo, la bolonilla, el calzón corto y las hebillas de oro, ordinarios acólitos de los besamanos, contrastaban con los repiques de campanas y con los voladores y las temibles *viejas*⁹² que atronaban el aire cuando el natalicio del Rey o cuando la entrada de un nuevo Gobernador y Capitán General del Reino de Chile”⁹³.

4. REGLAMENTO CONSTITUCIONAL PROVISORIO SANCIONADO EN 26 DE OCTUBRE DE 1812

Este cuerpo legal quiso legitimar el gobierno de hecho que, tras tres golpes de Estado -de 4 de septiembre, 15 de noviembre y 2 de diciembre de 1811-, había dado José Miguel Carrera. La llegada del cónsul norteamericano Joel Roberts Poinsett, que era un propagandista del nuevo orden de cosas establecido en Estados Unidos, permitió agitar en Chile la influencia de su país. Inmiscuyéndose en la vida política chilena, presentó a Carrera un proyecto de Constitución, que no fue del gusto de éste⁹⁴. Por otra parte, un grupo intelectual disconforme daba alas a la oposición. A su juicio era necesario encauzar por las vías legales el poder⁹⁵. Eligió, entonces, Carrera, una comisión, en que intervinieron Manuel de Salas, Francisco Antonio Pérez, Camilo Henríquez, Francisco de la Lastra, Hipólito Villegas, Jaime Zudáñez⁹⁶ y el cónsul Poinsett, en cuya casa se llevaban a efecto las reuniones.

⁹¹ ALEMPARTE ROBLES, Julio, *El Cabildo en Chile colonial. Orígenes municipales de las repúblicas hispanoamericanas*, 2a. ed. (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1966), pp. 235, 237, 240 y 248.

⁹² Se llaman *voladores* y *viejas* en Chile a unos cohetes: los primeros, que rasgan el aire, y los segundos, que siguen un curso irregular a ras de tierra metiéndose entre los pies de los concurrentes hasta estallar estrepitosamente.

⁹³ PÉREZ ROSALES, Vicente, *Recuerdos del pasado (1814-1860)* (Santiago, Editorial Zig-Zag, s/f), p. 30.

⁹⁴ EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de Chile. Génesis de la nacionalidad* (Santiago, Editorial Zig-Zag, 1965), p. 365. La existencia de un proyecto de constitución elaborado por el cónsul norteamericano es dudada por GALDAMES, op. cit., p. 322, n. h. Biografías de Poinsett pueden verse en: AMUNÁTEGUI SOLAR, Domingo, *Joel Roberts Poinsett*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* n. 55 (Santiago, 1956) y BARROS FRANCO, José Miguel, *Joel Roberts Poinsett*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* n. 98 (Santiago, 1987), pp. 25-39. Véase, asimismo, PEREIRA SALAS, Eugenio, *La influencia norteamericana en las primeras constituciones de Chile*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público* n. 25 a 28 (Santiago, 1944), pp. 58-84.

⁹⁵ GALDAMES, op. cit (n. 10), p. 321.

⁹⁶ BRISEÑO, op. cit. (n. 23), p. 57, cita dichos del comandante general de artillería Luis Carrera, el cual no menciona a Poinsett.

No obstante ser este *Reglamento* altamente revolucionario⁹⁷, contiene variados elementos tradicionales.

a) *La doctrina tradicional sobre el origen del poder.* El *Preámbulo*⁹⁸ de esta carta señala las causas que han movido a su dictación. Los “desgraciados sucesos de la Nación española” culminaron en la invasión napoleónica. Por ello, las provincias, y en ellas los pueblos, hubieron de recurrir “a la facultad de regirse por sí o por sus representantes, como el sagrado asilo de su seguridad”. En razón de lo dicho, Chile “con igual derecho, y necesidad mayor” imitó su conducta. Inspira a estas expresiones del constituyente la tradicional doctrina española, según la cual el poder político emana de Dios, habiendo pasado de éste al pueblo, quien lo entrega al monarca. Faltando el titular, lógicamente revierte dicho poder al pueblo, que posee la “facultad de regirse por sí o por sus representantes”. Pero ¿acaso pasa ese poder al de España para que gobierne las Indias? No, a los respectivos pueblos, pues las Indias -y entre ellas, Chile-, no dependen de Castilla, sino que son reinos y señoríos integrados a la corona castellana, de la que el monarca es la cabeza. Por ello, tanto la jurisdicción como el poder político residían en el pueblo al que revirtieron los derechos del soberano⁹⁹.

Una convención celebrada el 12 de enero de 1812 entre los delegados de la Junta de Gobierno de Santiago y de Concepción Bernardo O’Higgins y Manuel Fernández Vázquez de Novoa señalaba en su artículo 1o. que “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 y servidores, y las deben responder de su conducta y operaciones”¹⁰⁰. Más tarde, el 19 de agosto de 1813 la Junta de Gobierno que ostentaba el mando se refería a “los recursos extraordinarios *interpuestos a la soberanía* con arreglo a lo establecido por el alto Congreso...”¹⁰¹ Respecto de la soberanía, la misma convención de 1812 antes aludida estableció en su artículo 16 esta grave norma, preñada de presagios federalistas: “Residiendo la *Soberanía* en el pueblo, *el de cada Provincia la tiene en su territorio* y ninguna tiene dere-

⁹⁷ Obsérvese la siguiente disposición del artículo 5o., que constituye una virtual declaración de independencia: “Ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquiera autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos de Estado.”

⁹⁸ LETELIER, Valentín, *Sesiones de los cuerpos legislativos T. I* (Santiago, 1887), p. 259.

⁹⁹ Un acucioso estudio sobre estas ideas tradicionales en Hanisch Espíndola, S. J., Walter, *El Catecismo Político-Cristiano. Las ideas y la época: 1810*. Prólogo de Tomás P. Mac Hale (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1970): “La reversión de los poderes al pueblo es doctrina común de los doctores escolásticos [...] Suárez expone estas doctrinas: “Ningún monarca ha tenido o tiene, de ley ordinaria, el poder inmediatamente de Dios sino por medio de la voluntad e institución humana”. Cita a S. Ambrosio, S. Agustín, S. Gregorio Magno, Santo Tomás de Aquino, Cayetano, Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Azpilcueta (el Doctor Navarro) y Covarrubias” (p. 37).

¹⁰⁰ *Boletín de leyes i decretos 1810-1814*, p. 149.

¹⁰¹ *Boletín de leyes i decretos 1810-1814*, p. 279.

cho para exigir de la otra sumisión y diferencias perjudiciales, hijas de la tiranía”¹⁰².

b) *Religión católica oficial*. Plantea el artículo 1o. del *Reglamento* de 1812 en su edición impresa que “la religión Católica Apostólica es y será siempre la de Chile”. Con ello, se sigue la tradicional situación de reconocimiento de la religión católica como la oficial del imperio hispano-indiano. Lo curioso es que, en vez de referirse a la “iglesia católica apostólica romana” como se lee en *Rec. Ind.* 1, 1, 1, se omite el último atributo. Diversas explicaciones se dieron al respecto, aunque no convincentes, como la de haberse incurrido en un error de imprenta¹⁰³.

c) *Chile, monarquía*. El artículo 3o. reconoce a Fernando VII como monarca¹⁰⁴, pero de carácter constitucional, en lo que se aparta del sistema imperante hasta Carlos IV.

d) *Tratamiento de Excelencia a la Junta de Gobierno*. Como se ha recordado más arriba, el trato de *Excelencia* era el que correspondía al gobernador y capitán

¹⁰² El 19 de agosto de 1813 “a fin de poner expeditos los recursos extraordinarios interpuestos a la soberanía [o sea, al soberano, que lo es el pueblo, representado por el Tribunal Superior en reemplazo del Consejo de Indias] con arreglo a lo establecido por el alto Congreso, y para evitar los notables y urgentes perjuicios, que reclaman tantos interesados, decreta el Gobierno, con acuerdo del Senado, que el *Supremo Poder Judicial* interino lo compongan y sean jueces de él los doctores don Pedro José González, don Jaime Zudáñez y el licenciado don José Antonio Astorga, y que sus implicancias, ausencias o enfermedades se suplan por el doctor don Bernardo Vera, don Agustín de Vial y don José María Villarreal, cuyo auxilio extraordinario cree el Gobierno no embarazará las graves comisiones del primero y las continuas tareas de los otros. En los *recursos militares* conocerá el señor Presidente en turno, en lugar de don José Antonio Astorga. Será *relator* el que lo ha sido en los tribunales de quienes se hace el recurso, percibiendo los derechos de revista. Sólo se oír el *dictamen fiscal* cuando el Supremo Poder lo hallare por muy necesario, y en este caso lo será uno de aquel de los fiscales que no esté implicado; en su defecto, los subrogará el mismo Poder. El *honorario* de los jueces será el acordado, de que se les mandará copia el día de la posesion y juramentos, y el despacho lo verificará por las tardes en la sala del Tribunal de Apelaciones y por las Secretarías y oficiales de su Cámara, entendiéndose que este decreto no debe perjudicar los ulteriores reglamentos en que trabaja el Gobierno sobre la economía judicial y sus recursos. Páseseles el correspondiente oficio, citándolos para prestar su juramento el 23 *del corriente*, y publíquese en El Monitor. Pérez. Eyzaguirre. Egaña.” (*Boletín de leyes y decretos del gobierno 1810-1814*), p. 279-280.

¹⁰³ La expresión “romana” figuraba en la copia del *Reglamento* que se presentó al obispo de Concepción Diego Antonio Navarro Martín de Villodres, quien juró adhesión “sin perjuicio de las facultades y autoridad del Romano Pontífice...”. Reclamó, más tarde de la supresión: CAMPOS HARRIET, Fernando, *Diego Antonio Navarro Martín de Villodres 1758-1806-1827*, en *Episcopologio Chileno 1561-1815* T. IV (Santiago Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992), pp. 503-506. El vicario capitular de Santiago y obispo electo, José Santiago Rodríguez Zorrilla se excusó de prestar juramento pretextando enfermedad: BRAVO LIRA, Bernardino, *José Santiago Rodríguez Zorrilla 1752-1815-1832*, en *Episcopologio Chileno 1561-1815* T. III (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992), p. 213; BRISEÑO, op. cit. (n. 2), pp. 59-60. Se refiere al tema GALDAMES, op. cit. (n. 10), pp. 326-327.

¹⁰⁴ Art. 3o.: “Su Rey es Fernando VII], que aceptará nuestra Constitución en el modo mismo que la de la Península. A su nombre gobernará la Junta Superior Gubernativa establecida en la capital, estando a su cargo el régimen interior y las relaciones exteriores...”.

general, en virtud de disposición de Carlos IV, de 18 de febrero de 1796¹⁰⁵. Habiendo sido substituido éste por la Junta, procedía que le sucediese ella en el honor respectivo. Consecuente con lo dicho, el artículo 3o. consagraba el trato referido¹⁰⁶.

e) *La Real Audiencia como modelo del Senado*. El Senado difiere de la Audiencia en cuanto a su composición (siete contra los cuatro -más el Presidente- que integraban aquélla) y en cuanto a que los miembros del Senado representan a las provincias. Pero, como se verá los parecidos superan a las diferencias:

1) *Origen*. No se diferencian en este aspecto, pues ambas son nombradas por el soberano: en el caso de la Audiencia, el rey, en el del Senado, el pueblo¹⁰⁷.

2) *Ciertos cargos*. Se asemejan en ciertos cargos como son los de *Presidente* y *Decano*: dispone el artículo 4o. que las ausencias y enfermedades de los integrantes de la Junta de Gobierno serían suplidas por el Presidente y Decano del Senado¹⁰⁸. Obviamente que la institución del Senado no existía en el sistema indiano; pero sí las de Presidente y Decano, referidas a la Real Audiencia. Parece, pues, atendible pensar que el modelo del Senado, que aparece en el *Reglamento* sea la Audiencia.

3) *Ciertas funciones*. Se parecen también en algunas funciones:

A) la de ser órgano consultivo para el Gobierno es similar a la del precedente indiano: difieren en que era facultativo al detentador del gobierno el consultar a la Audiencia, siendo en el *Reglamento* obligatorio su dictamen “en los grandes negocios del Estado” (artículo 7o.).

B) la de intervenir en el juicio de *residencia*: “el Senado residenciará a los vocales de la Junta, y los juzgará en unión del Tribunal de Apelaciones...”.

C) la de llevar “diarios de los negocios que se traten y de sus resoluciones...” (artículo 11) es similar a la obligación audiencial de Rec. Ind. 2, 15, 102, 107 y 156, pues las Audiencias debían llevar un libro secreto para los asuntos arduos.

D) la de ser conservador de los derechos de los súbditos, en una tarea análoga a la que desempeñaba la Audiencia en su jurisdicción *a gravamine*. Ello explica que residencie a los vocales de la Junta (artículo 11).

f) *Crimen de lesa patria*. El artículo 6o. del *Reglamento* califica los actos de los gobernantes que fuesen “contra la voluntad general declarada en la Constitución” como “un crimen de lesa patria”. ¿De dónde proviene esta expresión? Del delito de lesa majestad tipificado por las Partidas en 7, 2, 1: “el delito de lesa

¹⁰⁵ *Novísima Recopilación* 6, 12, 6.

¹⁰⁶ “A su nombre (del Rey) gobernará la Junta Superior Gubernativa establecida en la capital, estando a su cargo el régimen interior y las relaciones exteriores. Tendrá en cuerpo el tratamiento de *Excelencia*, y sus miembros el de los demás ciudadanos...” (artículo 3o.).

¹⁰⁷ Hay que tomar en consideración que el rey había de quedar sometido a la Constitución, la que, a su vez, sería elaborada por el pueblo: “El pueblo hará su Constitución por medio de sus representantes” (artículo 2o.).

¹⁰⁸ “Las ausencias y enfermedades de los vocales se suplirán por el Presidente, y Decano del Senado” (artículo 4o. *in fine*).

majestad es sinónimo en romance de la traición de un hombre contra la persona del rey”¹⁰⁹. Es atendible concluir que si la soberanía ha revertido al pueblo en virtud de la prisión de Fernando VII, el delito en cuestión no ha de referirse al monarca sino al pueblo soberano, a la patria. Inciden en este delito los artículos 5o. y 7o., que hacen referencia a la calidad de reo de Estado en que incurrirían, por una parte, los que obedeciesen, como se ha visto más arriba, disposiciones emanadas de fuera del territorio de Chile, y, por otra, los que auxiliasen u obedeciesen al gobierno cuando no hubiera consultado al Senado en asuntos calificados de negocios graves. El artículo 13 del *Reglamento* sindicaba como autores de “alta traición” a los que desobedeciesen al mismo, al gobierno y autoridades o no concurriesen a la seguridad y defensa del pueblo, siempre que hubiesen prestado previamente juramento de hacerlo.

g) *Regalías*. Se entiende por regalía “la preeminencia, prerrogativa o derecho que en virtud de suprema autoridad y potestad ejerce cualquier príncipe o soberano en su reino o Estado, como el batir moneda, etc.”¹¹⁰. Señala el artículo 8o. que el Senado había de intervenir en ciertos negocios graves¹¹¹, los que, si se los mira con criterio del derecho tradicional hispanoindiano corresponden a la definición

¹⁰⁹ Concordaban con ello otras disposiciones del Rey Sabio como las de 2, 19, 5 que calificaba de traidor al que se levantara en el reino declarándose desobediente al rey y 2, 13, 16, que castigaba a los violadores del deber de venerar y obedecer al rey. Vid. SALVAT, op. cit. (n. 63); EL MISMO, *El delito de infidelidad a la patria: un caso chileno*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* n. 87 (Santiago, 1973), pp. 17-39; DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, *El secuestro de bienes en la Independencia de Chile*, ms. (Santiago, 1988), p. 32 y ss.; DÍAZ REMENTERÍA, Carlos, *El delito de lesa majestad humana en Indias. Un estudio basado en la sublevación de Tupac Amaru (1780-1781)*, en *Anuario de Estudios Americanos* XXXI (Sevilla, 1974) y DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Algunas manifestaciones del regalismo borbónico a fines del siglo XVIII*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* n. 102 (Santiago, 1991-1992), pp. 67-80 donde examina un caso de lesa majestad imputado a un sacerdote chileno.

¹¹⁰ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, pena, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel. Edición y estudio introductorio por María del Refugio González* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993), p. 607.

¹¹¹ Curioso paralelo tiene esta expresión con la que aparece en las Cortes leonesas de 1188 -la llamada *Carta Magna Leonesa*- en que se dice que el reino debía ser consultado “en los fechos grandes e arduos”. Vid. Muñoz y Romero, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra* (1847, reimp. Madrid, 1978), p. 1037, citado por CORONAS GONZÁLEZ, Santos, *Estudios de Historia del Derecho Público* (Valencia, Tirant lo blanch, 1998), p. 202, n. 55. Una disposición similar a la del *Reglamento* de 1812 se encuentra en el artículo 4o. del capítulo III del Título III de la *Constitución Provisoria* de O’Higgins de 1818: “sin el acuerdo del Senado a pluralidad de votos, no se podrán resolver los grandes negocios del Estado, como imponer contribuciones, pedir empréstitos, declarar la guerra, hacer la paz, formar tratados de alianza, comercio, neutralidad; mandar embajadores, cónsules, diputados o enviados a potencias extranjeras; levantar nuevas tropas o mandarlas fuera del Estado, emprender obras públicas y crear nuevas autoridades o empleos”.

de regalías: “imponer contribuciones¹¹²; declarar la guerra¹¹³; hacer la paz¹¹⁴; acuñar moneda¹¹⁵; establecer alianzas y tratados de comercio: nombrar enviados¹¹⁶; trasladar tropas, levantarlas de nuevo¹¹⁷; decidir las desavenencias de las provincias entre sí, o con las que están fuera del territorio¹¹⁸; proveer los empleos de gobernadores y jefes de todas clases¹¹⁹; dar patentes de corso¹²⁰; emprender obras¹²¹; crear nuevas autoridades¹²²; entablar relaciones exteriores¹²³, y alterar este Reglamento; y las facultades que no le están expresamente declaradas en esta Constitución, quedan reservadas al pueblo soberano”. Como puede apreciarse, las materias recién señaladas son inherentes al soberano que, obviamente, a él correspondía despachar. Mas, no podía hacerlo por encontrarse prisionero: ha regresado, entonces, el poder político al pueblo, que, representado por el Senado, había de emitir su dictamen en estas importantes materias.

h) *Cabildos*. El tradicional cabildo es mencionado en el artículo 12, en que se expresa que “serán electivos, y sus individuos se nombrarán por suscripción”. Concuerta esta norma con el sistema indiano en cuanto a la elegibilidad de los regidores, que quedaba entregada a la costumbre que imperase en cada lugar (*Rec. Ind.* 4, 9, 1 y 7 y 5, 3, 2). En Chile ella era la de que los capitulares fuesen elegidos en votación interna del cabildo, que se verificaba normalmente el 31 de diciembre de cada año. La corona había insertado los llamados “regidores perpetuos” (*Rec. Ind.*, 8, 20, 1 y 7) a despecho de la posición de los regidores cadañeros. Aparece

¹¹² *Partidas* 2, 1, 2: “A la potestad del Emperador pertenece ...la imposición de portazgos ...las contribuciones sobre los comestibles, y la exaccion de los tributos de los súbditos, según la antigua forma...”. Todo lo que las *Partidas* asignaban al Emperador, correspondía aplicarlo al rey: *Partidas* 2, 1, 8: “Teniendo los Reyes la misma potestad de los Emperadores, de los cuales se ha hablado mas arriba, y por mejor decir, es mayor en algunos particulares...”

¹¹³ *Partidas* 2, 1, 2: “A la potestad del Emperador pertenece ...declarar la guerra...”.

¹¹⁴ *Partidas* 2, 1, 2: “A la potestad del Emperador pertenece ...hacer la paz...”.

¹¹⁵ *Fuero Viejo* 1, 1, 1: “Quatro cosas son naturales al Señorío del Rey, y no las debe dar á nadie: que son, Justicia, Moneda, Fonsadera y Yantar”; *Partidas* 2,1,2: “A la potestad del Emperador corresponde ...el sellar moneda...”.

¹¹⁶ *Partidas* 2, 9, 21: “Mandaderos son llamados los que el Rey envía á algunos hombres que no puede ó no quiere decir su voluntad por palabra ó por carta...”.

¹¹⁷ *Partidas* 2, 1, 3: “El Emperador debe ser poderoso para que pueda sujetar a los inobedientes: conviene tambien que el mando de los exércitos los encomiende á Capitanes que le amen y le reconozcan por Señor...”.

¹¹⁸ *Partidas* 2, 1, 1: “Conviene el que haya una cabeza con autoridad, para cortar ó terminar las discordias de las gentes...”.

¹¹⁹ *Partidas* 2, 1, 3 “Tenga tambien hombres prudentes, y sábios para valerse de su consejo y auxilio...”.

¹²⁰ Vid. Colón y Larriátegui, op. cit. (n.72), T. IV, p. 382.

¹²¹ Se subentende que se refiere a obras públicas, como lo mostrará la posterior *Constitución* de 1818 en su disposición 3, 3, 4.

¹²² Vid. párrafo 4, e) del presente trabajo.

¹²³ Vid. párrafo 4, c) del presente trabajo.

clara la voluntad del legislador de mantener al cabildo en su primitiva constitución popular, dejando de lado a los regidores designados directamente por la corona.

i) *Juramento de las autoridades y pueblo*. Prescribe el artículo 13 que todas las corporaciones, jefes, magistrados, cuerpos militares, eclesiásticos y seculares, empleados y vecinos debían prestar juramento solemne, ante los jueces territoriales, de observar el reglamento constitucional, de obedecer al gobierno y demás autoridades constituidas y concurrir eficazmente a la seguridad y defensa del pueblo, bajo diversas penas. Igualmente, debían jurar los triunviros ante el Senado. La práctica del juramento por parte de las autoridades superiores, como virreyes y gobernadores, era algo sumamente trillado en el sistema jurídico hispano-indiano¹²⁴. En cuanto al del pueblo, recuerda las juras reales, que, obviamente, están vinculadas ahora al nuevo estado de cosas.

j) *Secretarías*. Señalaba el artículo 14 que “para el despacho de los negocios habrán [sic] dos Secretarios, el uno para los negocios del reino, y el otro para las correspondencias de fuera”.

El establecimiento de secretarías, tanto respecto de España como de las Indias, se inscribe dentro de la política borbónica tendente a agilizar la gestión burocrática mediante oficinas¹²⁵. La secretaría de la presidencia del reino de Chile, establecida en 1776, se ocupaba, entre otras cosas, de la correspondencia con las autoridades peninsulares como el Consejo de Indias y los diferentes ministerios y con las indianas, sobre todo más próximas: Perú y Río de la Plata. Dentro del reino, le competía la vinculación con las diversas magistraturas, intendencias, tribunales, etc. Tramitaba, además, de oficio, o a petición de parte, expedientes sobre materias de gobierno político, absolvía consultas, prestaba asesorías, planeaba operaciones en materias tan diversas como las de administración de justicia, policía, agricultura, comercio, industria, minería, correos y, en general, todas las que tendiesen a la felicidad de los súbditos. A lo dicho hay que agregar tareas de hacienda y guerra¹²⁶. Designada la Junta de Gobierno de 1810, tuvo dos Secretarios: Gaspar Marín y José Gregorio Argomedo, quienes se dividieron las funciones correspondiendo al primero las de guerra y gobierno y al segundo las de hacienda. Bajo Carrera, se desempeñaron en diversos momentos en la secretaría de gobierno José Gregorio Argomedo, Agustín Vial, el prócer Manuel Rodríguez,

¹²⁴ PÉREZ Y LÓPEZ, op. cit., T. XVIII, pp. 310-322. Un muy buen estudio al respecto es el de CONCHA MÁRQUEZ DE LA PLATA, Sergio, *Juras reales en el reino de Chile*, tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, mecanografiada.

¹²⁵ BRAVO LIRA, Bernardino, *Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, V (Guayaquil, 1980), pp. 241-265 y *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 8 (Santiago, 1981), pp. 73-92. Un detenido examen de las secretarías en Indias es el de MARILUZ URQUIJO, José María, *Orígenes de la burocracia rioplatense. La secretaría del virreinato* (Buenos Aires, Ediciones Cabargón, 1974), 132 p. más índice.

¹²⁶ SOLÍS DE OVANDO VICUÑA, Joaquín, *La secretaría de la presidencia en el reino de Chile*, (Santiago, 1984), ms. en Biblioteca Marcial Martínez, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 40 y 41.

Manuel Joaquín Valdivieso, Manuel de Salas, José Vicente de Aguirre, Mariano Egaña, Jaime Zudáñez y José Tadeo Mancheño¹²⁷.

k) *Garantías individuales*. El *Reglamento* contempla diversas garantías individuales, algunas de las cuales ya habían sido conocidas por el Derecho Indiano.

1) *Seguridad personal*. Como podrá apreciarse por las normas que se citan más abajo, ninguna novedad frente al derecho ya existente implicó el artículo 16 del *Reglamento*, del que sólo podemos decir en su favor que señaló con claridad conceptos jurídicos pre-existentes¹²⁸: “Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, [...]; y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial...”. Completaba esta norma el artículo 19: “Nadie podrá ser arrestado sin indicios vehementes de delito, o a lo menos sin una semi-plena prueba, La causa se hará constar antes de tres días perentorios: dentro de ellos se hará saber al interesado”.

Diversas disposiciones de *Rec. Ind.* 7, 6 guardaban relación con la seguridad personal como, por ejemplo, las que ordenaban la individualización de las personas privadas de libertad con señalamiento de la autoridad que lo había dispuesto, de lo que había que informar al juez. La visita semanal de cárceles por los oidores estaba encaminada a evitar prisiones arbitrarias o la indebida prolongación de los existentes. El Regente, creado en 1776, había recibido particular encargo de averiguar quiénes estaban presos por orden del virrey o del gobernador¹²⁹.

El Tribunal de Apelaciones continuó con el sistema de visitas que practicaba antes la Real Audiencia. Con todo, al producirse cierta lenidad en el cumplimiento de esta obligación, hubo quejas sobre la situación de los encarcelados, cuyos juicios no progresaban con la agilidad que era de esperar. Una disposición de 4 de marzo de 1813 denunciaba estos hechos: “La *inobservancia de las leyes sobre la brevedad de los juicios, visitas de las cárceles y patrocinio de los presos*, hace que algunos desvalidos existan encerrados cuando, o no debieron haberlo estado o pudieron ya haber salido, si la noticia de su detención hubiese excitado a favorecerlos. Para ese efecto para que sirva de estímulo a los jueces, de consuelo a los arrestados y porque todos *tienen derecho* para saber cómo se trata a sus conciudadanos y procurar su propia *seguridad* en la de los demás, desde hoy se fijarán las *listas de los reos* en las puertas de la Casa Consistorial, todas las semanas, con expresión del Juzgado a que pertenecen y la fecha de su prisión; cualquiera podrá

¹²⁷ SOLÍS DE OVANDO, *ibídem.*, pp. 132-137.

¹²⁸ El constitucionalista liberal Manuel Carrasco Albano, refiriéndose a la disposición del artículo 142 de la *Constitución* de 1833, relativa a la seguridad personal, expresa: “Esta garantía la teníamos por las leyes comunes” y cita: “LL.10, tít.29, part. 7a.; 16, tít. 1o., part. 7a. i 6, tít. 12, lib. 5, N.R.”: Carrasco, *op. cit.* (n. 3), p. 179 y nota 1.

¹²⁹ SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *La instrucción de Regentes*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 3, pp. 57-69. El pueblo bien pronto estuvo al tanto de las atribuciones de que estaba investido el regente para intervenir en los arrestos ilegales. Un ejemplo es el de Clara Pando, quien en un escrito dirigido a esta autoridad, le solicita intervenga en el arresto, a su juicio inicuo, de su hija Manuela Fernández de Rebolledo, por intervención del gobernador Ambrosio O’Higgins. Vid. mi escrito citado en n. 109. pp. 80-94.

quejarse y deberá hacerlo el procurador general y los de pobres del olvido en la ejecución de esta providencia de cuya puntualidad y exactitud serán responsables los escribanos de cámara. Comuníquese a los Tribunales e imprímase. Portales, Prado, Aguirre, Secretario”.

En cuanto a que no se pudiera dar órdenes sin “causas probables”, hay que tomar en consideración que el juicio criminal tenía dos etapas: la *sumaria* o *sumario*, de carácter secreto, y el *plenario*, público¹³⁰. Los objetos de la sumaria eran: 1. averiguar el delito; 2. determinar la persona del delincuente, lo que se hacía a través de documentos, testigos, confesión o indicios o presunciones; 3. asegurar su persona -normalmente mediante prisión (*Partidas* 7, 29, 1)¹³¹ - y su responsabilidad económica -secuestrándole bienes suficientes-; 4. recibir la declaración indagatoria -en que no se hace cargo alguno al presunto delincuente- y 5. recibir su confesión -en que sí se formulaban cargos-. Podía terminar por el *corte de la sumaria*, que procedía en caso de que no hubiese delito o bien de que el reo hubiese sufrido ya bastante con su privación de libertad. Esta, por otra parte, podía ser recuperada cuando se daba la *fianza de la haz*, por la que se comprometía el fiador a que el inculpado comparecería ante el tribunal cuando éste lo ordenara (*fianza carcelera*), que estaría a derecho siguiendo el juicio y a que pagaría por el reo lo que contra éste fuese juzgado y sentenciado (*cautio iudicatum solvi*)¹³². La “causa probable” referida por la disposición aludida, es la prueba semiplena, esto es, la que por sí sola no demuestra con claridad el hecho¹³³.

2) *Seguridad de casas y papeles*. “Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus [...] casas y papeles; y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial, y sin designar con claridad los lugares o cosas que se han de examinar y aprehender”. Por lo que respecta al miramiento hacia los papeles, y en especial la correspondencia, había una abundante legislación, que prescribía su respeto estrictísimo¹³⁴. La inviolabilidad de domicilio, por su parte, se hallaba contemplada en diversas normas como la de *Rec. Cast.* 4, 23, 25, que mandaba que los alguaciles no entrasen en casas cerradas: “yendo á las Aldeas y lugares á hacer execuciones, ó sacar prenda, estando ausentes los deudores, no abran sus puertas, sin estar presente el Alcalde, y no habiéndolo, un Regidor ó Jurado, y en su falta un vecino”. La seguridad del domicilio halla sus orígenes en una rica tradición foral.

3) *Principio del debido proceso*. Determinó el artículo 18 que “ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley”, que ninguna novedad importó

¹³⁰ Para los casos de faltas o delitos leves podía hacerse un proceso verbal público.

¹³¹ No había lugar a prisión cuando el reo daba fianza lega llana y abonada de presentarse al juicio, estar a lo que determinase el juez y cumplir la sentencia: *Partidas* 7, 29, 1; 7, 1, 16.

¹³² *Partidas* 5, 12, 17 y 18.

¹³³ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París, Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1855), p. 1401.

¹³⁴ FIGUEROA, op. cit. (n. 39), pp. 87-88.

pues según el Rey Sabio, “los juzgadores deven dar pena después que les fuere provado o después que fuere conocido de ellos en juyzio: e non se deven los juzgadores rebatar a dar pena por sospechas ni por señales ni por presunciones”¹³⁵. Una real cédula de 19 de febrero de 1775 ordenaba que los tribunales “se arreglen a las leyes en la formación de procesos criminales y no se cometan atentados de prender y sentenciar a ningún basallo sin formar autos y oirle”¹³⁶.

4) *Condición de las cárceles*. Conforme el artículo 21 del *Reglamento*, “las prisiones serán lugares cómodos y seguros para la detención de personas, contra quienes existan fundados motivos de recelo, y mientras duren éstos; y de ningún modo servirán para mortificar delincuentes”. Si comparamos esta norma con *Partidas* 7, 12, 11, se verá que no hay nada nuevo: “la cárcel deue ser para guardar los presos, e non para fazerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella”, en tanto que en las *Ordenanzas Reales de Castilla* 2, 14, 9 se decía: “los presos que el Alguacil prendiere, no les dé malas prisiones, ni tormento ni les haga daño alguno por malquerencia...”.

5) *Personalidad de la pena*. Tampoco importa novedad la declaración del artículo 22 del *Reglamento* de que “la infamia que afecta a las penas no será trascendental a los inocentes”, pues *Partidas* 7, 31, 9 preceptuaba que “por yerro que el padre fiziere non deuen recibir pena, ni escarmientos, los hijos, nin los otros parientes, nin la muger por el marido. Ca non es guisado que por el mal que vn home faze, den escarmiento a otro; porque la pena deue apremiar, e constreñir a los malfechores tan solamente...”, si bien señalaba como excepción la traición, que afectaba a los hijos en cierta manera.

1) *Administración de justicia*. Aunque el artículo 17 del *Reglamento* contempla un principio innovador -el de separar la función judicial de la de gobierno-, en la práctica se continuó mayoritariamente con el sistema tradicional indiano, con la pertinente intervención de autoridades de gobierno. Veamos, por ejemplo, el caso de la justicia militar.

El 9 de julio de 1813 la Junta de Gobierno con acuerdo del Senado, expidió un reglamento provisional para la tramitación de juicios del fuero militar. Al efecto decía su artículo 1o.: “habrá en Santiago un *intendente general de provincia*, quien conocerá de toda causa criminal y civil contenciosa perteneciente al *fuero militar*, cuyo interesado tenga su *domicilio en esta capital*”. Tal cargo sería ejercido, según el art. 2, por el vocal de Gobierno “que por turno haga de menos antiguo”.

De la sentencia dictada por el intendente habría súplica ante el mismo, quien en este caso debía asesorarse con el ministro menos antiguo del tribunal de justicia y el asesor general, prevaleciendo en caso de discordia, el dictamen a que el intendente adhiriese (art. 4). Este modo de actuar guarda íntima correspondencia con el sistema tradicional de justicia militar a que se ha hecho referencia más arriba.

¹³⁵ *Partidas* 7, 31, 7.

¹³⁶ MATRAYA Y RICCI, José de, *El Moralista Filaléthico Americano* (Lima, 1819), p. 466.

Contra las sentencias de revista no se admitirían más recursos que los extraordinarios, en la forma dispuesta por las leyes (art. 5) viz. segunda suplicación e injusticia notoria.

Decía el artículo 60. que “ningún individuo en el territorio de Chile sufrirá pena de muerte, destierro o mutilación de miembro sin noticia y consentimiento de la autoridad que represente la soberanía; y esta *garantía de la seguridad de los ciudadanos* se respetará principalmente en los juicios de la intendencia, donde, a excepción de los casos de ordenanza, ni estas penas ni la de azotes u otra de igual gravedad se ejecutarán sin aprobación del Gobierno, quien, sin más trámite que revisar el proceso, determinará lo conveniente” (art.6). Ninguna novedad incorpora este precepto, toda vez que en el sistema indiano la Real Audiencia, que representaba la soberanía, había impuesto su confirmación a las sentencias de los tribunales no letrados de primera instancia que hubiesen impuesto esta clase de penas.

“En las demás ciudades y villas del Estado, en lugar del intendente de Santiago, serán jueces de primera instancia los gobernadores y subalternos, cuyas sentencias serán apelables a dicho intendente de la capital, a quien remitirán los procesos originales” (art. 7). El intento, pues, de retirar los casos de justicia de las autoridades generales no operaba en los lugares señalados en este artículo. De la sentencia dictada por el intendente en calidad de juez de alzada no hay súplica si éste confirmaba la primera sentencia (art. 8).

Por resolución de 28 de julio de 1814 dispuso la Junta integrada por Carrera, Uribe y Muñoz que es “incompatible con las graves atenciones del Gobierno todo conocimiento en negocios contenciosos” por lo que “en las causas criminales de los militares entenderá el *Consejo de Guerra permanente* establecido por resolución reglamentaria de 6 de agosto de 1812, y en las civiles conocerá el Auditor de Guerra, conforme a derecho, y a las resoluciones practicadas del caso.”¹³⁷. Poco duró tal Consejo de Guerra, pues fue abolido por la disposición siguiente: “Santiago y septiembre 26 de 1814. Siendo propio, y peculiar de los cuerpos militares la substanciación, y juzgamiento de los crímenes, que cometan sus individuos; lo es también el que a su vista sufran la pena a que se hayan hecho acreedores en justo escarmiento de los delincuentes, y para ejemplo de la demás clases; resultando también la utilidad de que los oficiales del Ejército se instruyan, y habiliten de la forma de la substanciación, y juicio, al paso que los criminales de quien dependen, que hay un poder inmediato para contener sus excesos. Con este interesante fin, determina el Gobierno cese desde hoy en el ejercicio de sus funciones el Consejo de Guerra nombrado permanente, que queda extinguido a virtud de este decreto, que se comunicará al Presidente, por quien se pasarán las causas pendientes y los reos a los jefes de sus respectivos cuerpos, poniendo los desertores a disposición de los oficiales encargados de los piquetes en la capital: transcribese en *El Monitor* para inteligencia de todos. Carrera. Uribe”¹³⁸. Volvían las aguas al cauce tradicional.

¹³⁷ *Boletín de leyes y decretos 1810-1814*, p. 351.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 370-371.

5. REGLAMENTO PARA EL GOBIERNO PROVISORIO SANCIONADO EN 17 DE MARZO DE 1814

Este reglamento constitucional fue dictado en momentos difíciles para Chile, cuando se encontraban próximas a la capital las tropas absolutistas que pretendían -y lograron- restablecer el Antiguo Régimen. Por ello, se vio la necesidad de dejar de lado el gobierno colegiado y establecer un sistema similar al de la dictadura romana, entregándose a un Director Supremo el mismo poder que había recaído en la primera Junta Nacional de Gobierno.

a) *Pechos o contribuciones públicas generales*. El artículo 2o. de este *Reglamento* señala que, no obstante ser muy amplias las facultades del Director Supremo, en razón de haber recaído en él el poder de la primera Junta Nacional de Gobierno, había ciertas materias en las que debía consultar con el Senado. Ellas eran: “tratados de paz, declaraciones de guerra, nuevos establecimientos de comercio, y *pechos o contribuciones públicas generales...*” La expresión “pechos” no es de uso corriente, toda vez que en las Indias los únicos pecheros eran los indios del común¹³⁹ y, eventualmente, mestizos, mulatos y libertos¹⁴⁰. Nos encontramos con una situación que es, a la vez, innovadora y tradicional. Lo primero, porque se advierte una decisión de gravar a los habitantes en general con estos pechos, y lo segundo, porque la expresión es la tradicional castellana.

b) *Tratamiento de Excelencia*. Dice el artículo 3o. que “su tratamiento será *Excelencia...*” remitiéndome a lo que he dicho al respecto más arriba.

c) *Honores de capitán general*. De acuerdo al artículo 4o., “la escolta y honores deberán ser de un capitán general, sin que por motivo alguno pueda dejar de usar de ellos, por ceder en decoro de la alta dignidad y empleo que se le ha conferido”. La alusión indiana es evidente.

d) *Intendente de provincia*. Postulaba el artículo 7o. que “en caso de ausencia o enfermedad [del Director Supremo], sucederá el Gobernador Intendente de provincia, y lo mismo por su fallecimiento, mientras no se proceda a nuevas elecciones...”. La referencia a esta autoridad indiana es clara. En 1787 se habían instalado en Chile dos intendencias, con capitales en Santiago y Concepción¹⁴¹, continuando su existencia en el período patrio. Una disposición del Director Supremo, de 17 de marzo de 1814, entregó el conocimiento de los asuntos contenciosos, así fueran de justicia, hacienda o guerra, al intendente de provincia, correspondiendo al de ejército lo relativo a las provisiones del mismo y sus incidencias¹⁴².

e) *Residencia*. La vieja residencia indiana aparece en el artículo 8o.: “concluido el término de su gobierno, quedará sujeto a residencia, y el juez de ella será elegido por el Congreso, si está convocado o próximo a convocarse, y de no por las Corporaciones”.

¹³⁹ DOUGNAC, *Manual...*2a. ed., p. 236 y 275.

¹⁴⁰ DOUGNAC, *Manual...*2a. ed., p. 288.

¹⁴¹ Vid. n. 55.

¹⁴² VALENCIA, op. cit. (n. 31), T. I, p. 51.

f) *Corporaciones*. En cuatro artículos del *Reglamento* se hace referencia a una “Junta de Corporaciones”: el artículo 3o. recuerda que el distintivo de la persona del Director, una banda de color encarnado con flecadura de oro, había sido acordada por la Junta de Corporaciones; el artículo 8o. señalaba que, en caso de no haberse convocado a Congreso o próximo a convocarse, nombrarían al juez de residencia “las Corporaciones”; según el artículo 10, los Secretarios de Estado serían elegidos en Junta de Corporaciones, y, por último, el acápite relativo al Senado señala que estaría compuesto de “siete individuos que se elegirán por el Excmo. señor Director de la propuesta en terna que le hará la Junta de Corporaciones”. No señala el *Reglamento* en parte alguna qué debía entenderse por “Junta de Corporaciones”, pareciendo que daba a entender los cuerpos administrativos entonces existentes como: Tribunal de Minería, Consulado, Cabildo, Tribunal de Apelaciones, etc.¹⁴³

6. CONCLUSIONES

Contra la idea de los historiadores decimonónicos y sus seguidores, de que las bases de nuestro sistema constitucional se encontrarían sólo en raíces francesas, inglesas y norteamericanas, ha surgido una revaloración de los elementos tradicionales¹⁴⁴. Recordemos que el espíritu crítico del Siglo de las Luces buscó en el pasado muchos aspectos rescatables para una postura liberal. Así como se encontró en el sistema de relación Iglesia-Estado visigótico una base para la libertad de la iglesia hispánica frente a Roma, de que se hizo uso profusamente¹⁴⁵, se hallaron también elementos políticos libertarios, acordes con los principios liberales en boga¹⁴⁶. Se hizo gala de la existencia de una constitución histórica en que campeaban tradiciones libertarias y aspiraciones, no siempre cumplidas, que había que recuperar. La voz *constitución* se utilizó desde 1771¹⁴⁷ en el sentido de *leyes fundamentales* habiendo sido Melchor Gaspar de Jovellanos quien le diera

¹⁴³ Juan Antonio Ovalle, con motivo del proceso que se le siguió bajo el gobierno de Francisco Antonio García Carrasco señaló en sus declaraciones que había pensado en el establecimiento de una Junta de nueve miembros elegidos de entre los principales órganos del reino: Real Audiencia, ambos cabildos, religiones, militares, etc., lo que me parece es un antecedente de las corporaciones señaladas en el *Reglamento* de 1814: HANISCH ESPÍNDOLA, Walter, op. cit. (n. 99), p. 115.

¹⁴⁴ Ver el *status quaestionis* del comienzo de este trabajo.

¹⁴⁵ HERA, Alberto de la, *El regalismo borbónico en su proyección indiana* (Madrid, 1963), passim.

¹⁴⁶ Es característico el uso de los fueros medievales, que con la orientación señalada, hace MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas* 2a. ed. T. I (Madrid, Imprenta de D. E. Aguado, 1834), lib. 4o., pp. 118-170 y lib. 5o., pp. 171 y ss.

¹⁴⁷ Góngora, op. cit. (n. 24), p. 176 la atribuye a Joseph de Olmeda y León, autor de unos *Elementos de Derecho Público de la Paz y de la Guerra*.

fundamentación doctrinaria¹⁴⁸. Sea, pues, por utilización de la genuina tradición política de los Austrias o por manejada recurrencia a vivencias políticas remotas que pudieran dar pábulo a posiciones liberales, lo cierto es que en los primeros textos fundamentales chilenos, más que uso del llamado constitucionalismo clásico lo que se hace es recoger prácticas políticas y administrativas que eran familiares a los constituyentes.

I. *Pervivencias en el ramo de Gobierno Temporal*

A) Se advierte una subsistencia de la división de la Administración Pública en los conocidos ramos de Gobierno, Justicia, Guerra y Hacienda, lo que aparece en los reglamentos constitucionales de 1810 (declaraciones 3a., 4a., 7a.), 1811 (artículos 1o., 4o., 6o., 9o.) y 1812, subyaciendo en el menos elaborado y más sinóptico de 1814. Este último da un rol muy importante a las Corporaciones, entre las que han de contarse las instituciones gestoras de la Administración Pública (artículos 3o., 4o., 10o. y la normativa no numerada relativa al Senado).

B) La participación de los jefes de los ramos de la Administración en los nombramientos de los empleados de los mismos aparece en el reglamento de 1811 (artículo 6o.)¹⁴⁹.

C) La institución de la secretaría de la presidencia del reino, que databa de 1776, remedo en Indias de las secretarías de Estado o ministerios, aparece tripartita en el *Reglamento* de 1810 (declaración 6a.), siendo unipersonal en el de 1811 (declaraciones 11 y 13). Igualmente la hallamos en el artículo 14 del *Reglamento* de 1812, dividida ahora en dos: para lo interior y lo exterior¹⁵⁰. Vuelven a ser tres en el *Reglamento* de 1814 (artículo 10).

D) El asesor letrado que asistía al gobernador subsiste en el *Reglamento* de 1810 (declaración 1a.) y en el de 1811 (declaraciones 3a. y 13a.). El mismo en el sistema indiano operaba como auditor de guerra y en tal carácter se encuentra involucrado en la declaración 10a. del de 1811.

E) El sistema de recusaciones de los oidores es concretamente utilizado para las que afectasen a los vocales de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de 1811 (declaración 13).

F) La tradicional división de Chile en partidos es considerada en el artículo 8o. del *Reglamento* de 1810.

G) La etiqueta en el trato a las diversas autoridades que aparece en los reglamentos constitucionales es indicativa de vinculación con el período indiano. Así, la Autoridad Ejecutiva Provisoria del de 1811 tiene trato de *Excelencia*, correspondiendo el mismo a la Junta del de 1812 (artículo 3o.) y al Director Supremo en

¹⁴⁸ Vid. Coronas, op. cit. (n. 111), p. 272 y Sánchez Agesta, Luis, *El pensamiento político del despotismo ilustrado* (Sevilla, 1979), passim.

¹⁴⁹ Aparecerá, también, en la *Constitución provisoria* de 1818: 4.1.11.

¹⁵⁰ En la *Constitución provisoria* de 1818 aparecen Secretarios de Gobierno, Hacienda y Guerra: 4.1.10, concordantes con la tradicional división en ramos de la Administración Pública.

el de 1814 (artículo 3o.). Trátase de un apelativo propio de los gobernadores y capitanes generales, como se ha explicado más arriba. En el de 1811 se da individualmente a los integrantes de la Autoridad Ejecutiva Provisoria el trato de *Señoría*, usado otrora para los oidores. La designación de *Alteza* empleada para referirse al Congreso es ilustrativa de ser considerado como soberano en reemplazo del monarca impedido. Tal apelativo concuerda plenamente con las ideas jurídico-políticas castellanas más tradicionales, explicadas sin tapujos durante el gobierno de los Habsburgos.

H) Parece advertirse continuidad de algunas funciones de la Real Audiencia en el Senado, tales como origen en el soberano -el rey, en la Audiencia; el pueblo, en el Senado-, representación del mismo -del rey en la Audiencia, del pueblo en el Senado-, persistencia de algunos cargos como los de presidente y decano, la función de órgano consultivo, intervención en el juicio de residencia, conservar derechos de los súbditos, llevar libros similares a los audienciales.

I) La conducción de las relaciones exteriores aparece como una regalía en la declaración 3a. del *Reglamento* de 1810. Similarmente, en el de 1812 aparecen diversas regalías (como imponer contribuciones, declarar la guerra, hacer la paz, acuñar moneda, establecer alianzas y tratados de comercio, nombrar enviados, trasladar y levantar tropas, proveer empleos y crearlos, dar patentes de corso, entablar relaciones exteriores) respecto de las cuales ha de ser consultado el Senado en cuanto representante de la república por imposibilidad del monarca (artículo 8o. del Reglamento de 1812)¹⁵¹. En el de 1814 el establecimiento de *pechos* o contribuciones generales debe ser autorizado por el Senado (artículo 2o.).

J) El antiguo sistema de prestar juramento de fidelidad al monarca, que originó coloridas festividades populares, aparece, si bien modificado, en el *Reglamento* de 1812, cuyo artículo 13 prescribía que las corporaciones, jefes, magistrados, cuerpos militares, eclesiásticos y seculares, empleados y vecinos debían prestar juramento solemne de observancia del reglamento constitucional, obediencia al gobierno y sus autoridades y concurrencia eficaz a la seguridad y defensa del pueblo.

K) La institucionalidad borbónica, fundada en las oficinas, buscaba el mejor funcionamiento de la Administración Pública habiéndose incrementado las medidas de probidad administrativa, estratificación (por categorías y plantas) y la vigilancia (visitas, residencia, contaduría). Las oficinas, encargadas de la gestión de diversos aspectos de la Administración, están constituidas por un cierto grupo de empleados bajo la dirección de un jefe, que depende de otros, que a su vez dependen del Secretario o Ministro respectivo¹⁵². Tales oficinas están expresamente referidas en la declaración 6a. del *Reglamento* de 1810 cuando se estatuye que debía de comunicárseles los acuerdos, providencias y resoluciones de la Junta. En

¹⁵¹ Pasa a la *Constitución* de 1818: 4.1.10.

¹⁵² BRAVO LIRA, Bernardino, *Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876). Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos I* (Valparaíso, 1976), pp. 64 y 65.

la declaración 6a. del de 1811 aparece que los jefes de las oficinas debían ser consultados para la provisión de los empleos respectivos. En la declaración 8a. del mismo *Reglamento* se hace referencia a que los empleos de las oficinas debían ser creados y suprimidos sólo por el Congreso Nacional. En el artículo 13 de la de 1812 hay indirecta referencia a las oficinas cuando se habla de “corporaciones, jefes, magistrados, [...] empleados...” a los que se exigía juramento solemne de observar el *Reglamento*. Igualmente indirecta es la referencia en el *Reglamento* de 1814 a las corporaciones, entre las que se encuentran incluidas las oficinas.

II. *Pervivencias en materia de Gobierno Espiritual*

A) El Real Patronato correspondía, de acuerdo al *Reglamento* de 1811, al Congreso Nacional por ser éste representante genuino del pueblo, sucesor del monarca al encontrarse éste imposibilitado. La declaración 2a. hace referencia a que la Junta de 1810 había ejercido el vice-patronato, lo que desde la vigencia del nuevo *Reglamento* cesaría de operar.

B) El artículo 1o. del *Reglamento* de 1812 postuló, como se ha dicho más arriba, que la “Religión Católica Apostólica es y será siempre la de Chile”. Cabe preguntarse si acaso no sería la omisión del atributo de “Romana” una derivación del regalismo borbónico, celosamente anti-ultramontano, pro-jansenista y conciliarista.

III. *Pervivencias en materia de Gobierno de Baja Policía*

A) La referencia a las *fiestas de tabla* que aparece en el *Reglamento* de 1811 hay que vincularla con el Cabildo, toda vez que éste manejaba lo relativo a esta materia.

B) La existencia del Cabildo así como su calidad de órgano electivo se encuentra registrada en el *Reglamento* de 1812 (artículo 12).

C) El *Reglamento* de 1814 hace particular referencia a la municipalidad en su artículo 5o., sin perjuicio de incluirlo indirectamente entre las Corporaciones que debían ser consultadas para diversos fines.

IV. *Pervivencias en el ramo de Justicia*

A) El *Reglamento* de 1810 dispuso en su declaración 3a. que el Presidente de la Junta, con dictamen del asesor, debía remitir “a los juzgados ordinarios las causas civiles entre partes”, lo que indica que los entonces existentes continuaban en función. En la declaración 1a., a su vez, se dejaba constancia que el asesor de la Junta no ejercería jurisdicción alguna, a diferencia del asesor de intendencia (cargo que se confundía con el de gobernador en la de Santiago) que sí la tenía de acuerdo a la *Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata* (artículo 12). El *Reglamento* de 1814 hace expresa referencia al asesor en su artículo 11, a quien se le asigna una duración de cinco años, pudiéndosele remover por motivo justificado o reelegir si su conducta lo amerita.

B) Si bien el mismo *Reglamento* pretendió obviar el tema de las apelaciones en materia de gobierno, permitió el recurso de súplica ante la Junta y “no habrá recurso ni apelación a ningún otro tribunal que no sea el *Supremo Consejo de la Nación* en los casos que permiten las leyes” (declaración 5a.). Se trata de una nueva denominación al tradicional *Supremo Consejo de Indias*, esperándose en fecha tan temprana como 1810 que existiera a futuro un equivalente al Consejo de Indias. Tal aspiración se colmó el 4 de octubre de 1811, al crearse el *Tribunal Supremo Judicial*.

C) Desde el 13 de mayo de 1811 la *Real Audiencia* había sido reemplazada en sus funciones por el *Tribunal de Apelaciones*, cuya competencia, por decreto de 19 de junio del mismo año era la misma que había tenido aquella.

D) La competencia *a gravamine* de la Real Audiencia es absorbida por la Junta en el *Reglamento* de 1810, como se ha dicho en B), manteniéndose los recursos para ante el Supremo Consejo de la Nación, de que se ha hecho también referencia. El Presidente de la Junta quedaba autorizado para librar por sí solo los decretos provisionales relativos a quejas contra los procedimientos de los jueces, subdelegados y empleados (declaración 8a.). En el *Reglamento* de 1811 la antigua competencia *a gravamine* de la Audiencia es ejercida por el Congreso, de acuerdo a la declaración 7a.

E) En el *Reglamento* de 1811, no obstante declararse que el conocimiento de las causas de justicia correspondía a los tribunales, se reconoció a la Autoridad Ejecutiva y al Congreso intervención en el conocimiento de los *crímenes de alta traición* (declaración 12a.), equivalente al de *lesa majestad* del sistema castellano-indiano. Al mismo delito se refirió el de 1812 en sus artículos 5o., 6o., 7o. y 13 denominándolo *de lesa patria* en los tres primeros y *alta traición* en el último, incurriendo sus autores en la calidad de *reos de Estado*.

V. Pervivencias en el ramo de Guerra

A) El ramo de Guerra aparece indirectamente señalado en el *Reglamento* de 1810 y paladinamente referido en el de 1811 en sus declaraciones 4a. y 5a. El de 1812 lo menciona indirectamente en los artículos 8o. y 13. El de 1814 se refiere a la calidad de Auditor de Guerra del Asesor letrado (artículo 10). En el artículo 11 se le otorga una duración de cinco años, salvo remoción por causa justificada o reelección en atención a sus méritos.

B) De acuerdo al *Reglamento* de 1811 a la Autoridad Ejecutiva se le rendirían “honorarios de capitán general” (declaración 17a.) siendo su tratamiento el que había correspondido a éste, *Excelencia*. Igual tratamiento otorga a la Junta Superior Gubernativa el artículo 3o. del *Reglamento* de 1812. El de 1814, a su vez, señala en su artículo 3o. que el tratamiento del Director Supremo sería el de *Excelencia* y en el 4o. que su escolta y honorarios serían los de capitán general¹⁵³.

¹⁵³ La *Constitución* de 1818 4, 1, 4 dice del Director Supremo que “su tratamiento será el de

C) El *Reglamento* de 1811 atribuye a la Autoridad Ejecutiva el conocimiento de las causas de Guerra (declaración 9a.), correspondiendo “el recurso de la ley de Indias o “alzada de guerra” a una comisión similar a la que, para igual circunstancia existía en el sistema indiano.

D) La tramitación de los juicios del fuero militar recibió especial regulación por reglamento de 9 de julio de 1813.

VI. *Pervivencias en el ramo de Hacienda*

A) Bajo el *Reglamento* de 1810, la Junta de Gobierno se dividió el 17 de mayo de 1811 en tres salas, una de ellas de Real Hacienda.

B) El *Reglamento* de 1811 señala en su declaración 10a. que las causas de Hacienda tendrían sus alzadas ordinarias en la Junta de ella y sala de ordenanza, de acuerdo a la prístina tradición indiana.

C) En lo tocante al régimen intendencial, ya se han señalado diversas referencias (I F; IV A). El *Reglamento* de 1814 determina en su artículo 7o. que en caso de ausencia, enfermedad o fallecimiento del Director Supremo, sería reemplazado por el gobernador intendente de provincia.

VII. *Pervivencia en materia de derechos personales*

A) La garantía de seguridad personal establecida en el artículo 16 del *Reglamento* de 1812 tenía, como se ha expresado en su lugar, claros precedentes castellano-indianos [3 k 1)];

B) La garantía de inviolabilidad del hogar del mismo artículo 16 tenía, asimismo precedentes hispano-indianos [3 k 2)];

C) La garantía de efectos y papeles de igual artículo también tenía tales precedentes [3 k 2)];

D) La del debido proceso del artículo 18 tampoco constituía novedad [3 k 3)];

E) La personalidad de la pena no implicó mayor innovación a lo ya existente [3 k 5)];

F) El principio según el cual las cárceles debían ser lugares “cómodos y seguros” para la detención de personas sin que se aumentara el sufrimiento de las personas ya se encontraba en las Partidas [3 k 4)] y se encontraba tutelado por las visitas de cárceles que debían practicar los oidores de las Reales Audiencias¹⁵⁴.

G) La referencia a *pechos* o *contribuciones públicas generales* que hace el artículo 2o. del *Reglamento* de 1814 es tradicional en cuanto a la expresión, de

Excelencia: sus honores los de Capitán General de Ejército, conforme a las ordenanzas militares, guardándose en las concurrencia públicas el ceremonial que deberá formar el Senado o Congreso”.

¹⁵⁴ BERNAL, Beatriz, *Un aspecto más del régimen carcelario novohispano: la visita de cárcel*, (Valladolid, 1986); Martiré., Eduardo, *La visita de cárcel en Buenos Aires durante el virreinato*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* n. 13 (Santiago, 1987), pp. 39 y ss.

fuerte sabor medieval, pero innovadora en el sentido de que hasta entonces en Indias sólo habían sido pecheros los indígenas del común y ahora podían serlo todos los habitantes. Como se trata de una regalía, su establecimiento debía ser consultado con el Senado, existiendo al efecto la misma razón que se ha señalado más arriba (I, I). Los impuestos, de acuerdo a las prácticas bajomedievales, eran votadas en Cortes, sistema que recogió la *Constitución* de Cádiz de 1812 en su título VII, que habrá influido en el referido artículo 2o.

H) Como una forma de garantizar los derechos de los súbditos existía en el régimen indiano el sistema del *juicio de residencia*, que aparece en los *Reglamentos* de 1812 (artículo 11) y 1814 (artículo 8o.)¹⁵⁵.

¹⁵⁵ MARTÍNEZ BAEZA, op. cit. (n. 22), pp. 143-148.