

LA FISCALIZACION DE LOS ACTOS DE GOBIERNO EN LA EPOCA INDIANA Y SU DESAPARICION DURANTE LA REPUBLICA*

JAVIER BARRIENTOS GRANDON
Universidad de Chile

I. PLANTEAMIENTO

Los vasallos de la monarquía hispano-indiana no se encontraban desamparados frente a las actuaciones de sus gobernantes, ni menos entregados al arbitrio de sus agentes. En esta materia de los derechos políticos, los vasallos eran titulares del llamado derecho al buen gobierno que podían exigir, como deber que era del monarca, a los titulares de oficios reales de gobernación y que incluso les habilitaba para deponer al tirano, que precisamente era el mal gobernante, derecho que fue ejercido es más de una oportunidad, como cuando al grito de *Viva el rey, muera el mal gobierno*, el cabildo de Concepción depuso al gobernador Antonio de Acuña y Cabrera.

La rebelión contra el mal gobernante era una medida desesperada, pues los vasallos disponían de diversos recursos para obtener de sus gobernantes el buen gobierno. Uno de estos recursos para obtenerlo era el de apelación a las reales audiencias de las providencias decretadas por los virreyes o gobernadores en materias de gobierno, de modo tal, que toda persona que se sentía agraviada por una decisión gubernativa podía ocurrir ante la audiencia para que esta reparara el abuso.

La apelación gubernativa constituyó el más eficaz remedio para proteger los derechos de la persona en el Estado Indiano frente a la actuación de los gobernantes. Así se recurrió a ella por los vasallos para reclamar por priva-

* Ponencia presentada en la XXII Jornada de Derecho Público que tuvo lugar en noviembre de 1991 organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

ciones de mercedes y oficios, por imposición de contribuciones, por impedir la libertad de los cabildos, etc.

Fue tal la importancia de esta institución que desde principios del siglo XVII, diversos juristas se ocuparon de ella. En efecto, en 1632, Gaspar de Escalona y Agüero, que fuera oidor de la audiencia de Santiago, por encargo del virrey del Perú Conde de Chinchón, redactó un *Informe sobre las apelaciones de el Superior Gobierno a las Reales Audiencias*,¹ y ya algunos años antes el oidor de la audiencia de Panamá, Francisco Carrasco del Saz le había dedicado dos párrafos del primer libro de su *Tractatus de Casibus Curiae*.²

De la segunda mitad del siglo XVIII se conocen dos informes destinados a tratar de esta materia. El primero de ellos fue redactado por un jurista anónimo en el virreinato de Buenos Aires hacia 1776,³ y el segundo, que ahora doy a conocer, fue escrito en Lima en 1778 por un letrado que aún no he podido identificar, a petición de virrey Guirior.⁴

En los últimos años esta institución ha sido tratada, aunque sólo parcialmente, por Mario Góngora,⁵ Gustavo Villalpalos,⁶ Ismael Sánchez Bella⁷ y Eduardo Martiré.⁸ Tanto Góngora como Villalpalos limitan su estudio a los siglos XVI y XVII con cierta preferencia por su regulación legislativa; Sánchez Bella profundiza la cuestión durante el siglo XVII y principios del XVIII, y finalmente Martiré analiza el precitado dictamen anónimo de la segunda mitad del siglo XVIII.

¹ ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, *Informe sobre las apelaciones de el Superior Gobierno a las Reales Audiencias*, en Archivo Nacional Fondo Antiguo (ANFA.), vol.3, pza. 5, otra copia en Archivo Nacional Fondo Varios (ANFV.) vol. 887, fs. 58-87 vta. Bajo el título de *Tratado de las apelaciones del gobierno del Perú*, fue publicado en *Revista del Archivo Nacional del Perú*, 2, Lima, 1921.

² CARRASCO DEL SAZ, FRANCISCO, *Tractatus de casibus curiae*, Madrid, 1630.

³ EN MARTIRE, 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 *Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América española (Siglos XVI, XVII, XVIII)*, Valladolid, 1984, pp. 341-359.

⁴ *Informe sobre las apelaciones gubernativas*, Lima, 1778, en Archivo Nacional Archivo Vicuña Mackenna, vol. 1, pza. 18, fs. 219-264.

⁵ GONGORA, MARIO, *El Estado en el Derecho Indiano*, Santiago, 1951.

⁶ VILLALPALOS, GUSTAVO, *Los recursos en materia administrativa en Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE.), XLVI, Madrid, 1976.

⁷ SANCHEZ BELLA, ISMAEL, *Las audiencias y el gobierno de las Indias (Siglo XVI y XVII)*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (REHJ.), II, Valparaíso, 1977.

⁸ MARTIRE, EDUARDO, (n. 3).

Para el caso del reino de Chile y los inicios de la república existen los trabajos de Javier Barrientos Grandón,⁹ que se refiere a la aplicación de la apelación gubernativa en el reino de Chile, y de Bernardino Bravo Lira,¹⁰ que trata del Constitucionalismo y la protección de los gobernados frente a los gobernantes en el caso de Chile.

Este artículo pretende aportar al conocimiento de la apelación en materia gubernativa, a través del análisis de algunos casos planteados en la audiencia de Chile durante los siglos XVII, XVIII y principios del XIX, como asimismo de su evolución y desaparición durante los primeros años de la república.

II. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA APELACION EN MATERIAS DE GOBIERNO

Nada decían las Ordenanzas de audiencias indianas acerca de la posibilidad de apelar de las providencias gubernativas ante ellas.¹¹ Sin embargo, por carta del 9 de febrero de 1533 de la audiencia de Nueva España al monarca se sabe que se habían interpuesto apelaciones ante ella por los agraviados con la tasa del tributo de encomienda, pero sin que dicho recurso suspendiere el cumplimiento de la tasa.¹² Algo similar se había practicado en Chile en 1546 cuando el gobernador Pedro de Valdivia había disminuido el número de encomenderos de Santiago con la promesa de remunerar a los despojados en el sur de la gobernación, pero éstos, no conformes con dicha decisión, apelaron de ella para ante la real audiencia de Lima, sin que por ello se suspendiera el efecto de la reforma de las encomiendas.¹³ Un caso semejante refiere el pacificador La Gasca en carta del 8 de noviembre de 1549,¹⁴ donde explica que, habiendo prohibido extraer indios de la ciudad del Cuzco para trasladarlos a las minas de Potosí, los vecinos de aquella ciudad habían apelado a la audiencia y, no obstante ello, no se había sobreseído en el cumplimiento de la prohibición, procedimiento que fue aprobado por una real cédula de 16 de julio de 1550, cuyo tenor es el siguiente:

⁹ BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la real audiencia de Chile*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* (RChHD.), 16, Santiago, 1992.

¹⁰ BRAVO LIRA, Bernardino, *Constitucionalismo y protección judicial de los gobernados frente a los gobernantes en Iberoamérica (Caso Chile)*, en RChHD., 16, Santiago, 1992.

¹¹ Ni las *Ordenanzas del Juzgado y Audiencia de La Española* de 1511, ni las *Ordenanzas antiguas de 1528*, retocadas en 1530, ni las *Ordenanzas nuevas de 1563*.

¹² Carta de la audiencia de Nueva España al rey, 9-2-1533, en PASO Y TRONCOSO, F., *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*, (16 vols.), México, 1939, vol. 3, p. 24.

¹³ *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de Chile* (CDIHCH.) 1ª serie, T. XIV, Santiago, 1898, pp. 232 ss.

¹⁴ Carta de La Gasca al rey, Lima, 8-XI-1549, en LEVILLIER, Roberto, *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles siglo XVI.*, (14 vols.), Madrid, 1921-1926, vol. 1, p. 230.

"La Ordenanza que hicisteis sobre la presentación de las apelaciones que para esa Audiencia se interponen y en traslado del mandamiento que disteis para el Cuzco y otros pueblos sobre que no se sacaren de sus naturalezas e casas a los indios que enviásteis, se recibió en el dicho nuestro Consejo, y está bien lo que decís, que no embargante que apelaron de ella algunas personas que se presentaron en esa Audiencia se guarde el dicho mandamiento y se haga en todo lo que se debe al servicio de Dios nuestro Señor y del cargo de nuestra Real conciencia y conservación de los naturales de esa tierra y así proveeréis que se continúe".¹⁵

El criterio esbozado en esta carta real, según el cual las apelaciones que se interpusieron contra los decretos del gobernante no impedirían su ejecución fue confirmado por una real cédula fechada en Madrid el 5 de junio de 1552, despachada al virrey de la Nueva España, Luis de Velasco, por la que se mandó:

"Que en las cosas que proveyere y ordenare el dicho Visorrey don Luys de Velasco para el buen gobierno de aquella tierra, así en mandar quitar algunas estancias de ganados, como sobre moderar la cantidad que dello ha de aver, y hazer pagar daños, y hazer Ordenanzas, que parezcan convenientes para el buen gobierno, se execute lo que ordenare y proveyere, aunque se apele dello por las partes a quien tocare, y le sea otorgado por él la apelación para la audiencia real de la dicha Nueva España, porque visto el negocio por la dicha audiencia, se hará y determinará en ello lo que sea justicia, y entretanto es bien que se guarda, cumpla y execute lo que el dicho Visorrey proveyere, y en las otras cosas de gobernación que él hiciere y proveyere mandamos que no se haga novedad de lo que se hazía en tiempo del Visorrey don Antonio de Mendoza".¹⁶

Así pues, el año 1552 en la Nueva España apareció la apelación a la audiencia de las providencias dictadas por el virrey en cosas tocantes a la nueva gobernación, la que se consolidó durante la segunda mitad del siglo XVI en medio de frecuentes disputas y competencias entre audiencias y virreyes por defender sus fueros supuestamente lesionados con el ejercicio abusivo de las facultades de unos y otros en este asunto.

Carlos V y el príncipe Felipe por una real cédula despachada en Valladolid el 18 de diciembre de 1553, recogida en la *Recopilación*,¹⁷ establecieron

¹⁵ Cit. ESCALONA Y AGÜERO, Gasparr, (n.1), fs. 130 vta.

¹⁶ ENCINAS, Diego de, *Libro primero de provisiones* (4 vols.), Madrid, 1596, Ed. GARCIA GALLO, Alfonso, *Cedulario Indiano*, Madrid, 1945-1946, vol. II, fol. 110.

¹⁷ R.I. 2.15.35.

con carácter general la apelación a la audiencia de los autos o determinaciones que por vía de gobierno proveían los virreyes o presidentes, sin que estos pudieran impedirlos, ni hallarse presentes a la vista y determinación de ellas. Por otra cédula datada en Madrid el 15 de febrero de 1566 se declaró que las apelaciones de los decretos del gobernador del distrito de la audiencia de Quito no se llevarían a esa audiencia, sino que a la de Lima.¹⁸ Esta cédula fue confirmada y ampliada por otra de 15 de febrero de 1567 dirigida al virrey del Perú, la que en opinión de Escalona y Agüero *dio forma al recurso*. Su texto es el que sigue:

"El Rey. Por quanto por nos está mandado y ordenado que el gobierno de las Provincias del Perú lo tenga el licenciado Castro de nuestro Consejo de las Indias, y nuestro Presidente de la nuestra Audiencia Real de la ciudad de los Reyes, y que él solo provea los negocios y cosas tocantes a la gobernación de las dichas provincias, según y de la manera que lo han hecho las otras personas que en nuestro nombre las han gobernado, y porque podría ser de lo que el dicho Licenciado Castro proveyere, en lo tocante a dicha gobernación, algunas personas pretendiesen ser agraviados, y por no estar dada orden en lo que en semejantes casos se ha de hazer, no alcanzassen justicia. Por ende por la presenté queriendo quitar toda duda, y proveer de manera que nuestros súbditos y personas que residen en las dichas provincias alcancen justicia, fue acordado que debía de mandar dar esta mi cédula en la dicha razón, e nos tovimoslo por bien: por la qual declaramos y mandamos que cada y quando que de las cosas se proveyera y ordenare por vía de gobierno en las dichas provincias de Perú, así el dicho Licenciado Castro, como la persona que después del tuviere en nuestro nombre el gobierno dellas, así en el distrito de la dicha audiencia de los Reyes como fuera del. En lo de las dichas audiencias de La Plata y Quito, e alguna o algunas personas se sintieren y pretendieren estar agraviados, y sobre ello quisieren pedir su justicia: es nuestra voluntad que lo hagan, y ocurran sobre el tal agravio a la dicha audiencia de los Reyes, donde está ordenado que resida el nuestro gobernador, y no a otra ninguna de las dichas audiencias de la Plata y Quito, aunque el agravio que alegaren aver recibido se aya hecho en el distrito de ellas: por quanto nuestra voluntad es, que de los dichos casos se conozca solamente en la dicha audiencia de los Reyes, y no en otra ninguna, y que en ella se haga justicia conforme a lo que por cédulas y provisiones nuestras está ordenado, con que a la vista y determinación de las dichas causas no se puede hallar ni halle presente el gobernador, de quien las tales personas se agraviaren, si no que se abstengan dellas, y mandamos que al que ansí tuviere el gobierno de las dichas

¹⁸ ENCINAS, Diego de, (n. 16), vol. II, fol. 246.

provincias del Perú, y a los nuestros presidentes y Oidores de las dichas nuestras audiencias de los Reyes y la Plata y Quito, que guarden y cumplan esta mi cédula y lo en ella contenido, y contra el tenor y forma dello no vayan ni pasen, ni consientan yr ny passar en manera alguna: y porque lo suso dicho sea público y notorio a todos, y ninguno dellos pueda pretender ignorancia, mandamos que esta nuestra cédula sea pregonada en la ciudad de los Reyes por pregonero, y ante escrivano público. Fecha en Madrid a quinze de Hebrero, de mil y quinientos y sesenta y siete años. Yo el rey. Por mandado de su Magestad Francisco de Eraso. Señalada del Consejo".¹⁹

Esta cédula fue reiterada literalmente al virrey de la Nueva España, Martín Enríquez, por otra del 16 de junio de 1572, en la que se mandaba que de las apelaciones gubernativas debía conocer la audiencia de México, tanto respecto de aquellas providencias relativas a la gobernación de su distrito como al de la audiencia de Nueva Galicia, en la que también gobernaba el virrey, inhibiéndose de su conocimiento a éste tribunal.²⁰

El objeto de este recurso, según la cédula de 1567, era que los *súbditos y personas que residen en las dichas provincias alcancen justicia cuando se sintieren y pretendieren estar agraviados de las cosas que proveyere y ordenare por vía de gobierno* el virrey o gobernador. Queda claro, pues, del texto de la ley, que en estos casos se está en presencia de un asunto de justicia, que como tal era entregado al conocimiento de la real audiencia, en cuanto este tribunal ejercía, como vicario del monarca y *regis personam representante*, el deber propio del Príncipe para con su pueblo de mantenerlo en justicia y en paz. Y ello porque el caso que primitivamente era gubernativo derivaba en de justicia al haber agravio de parte, como lo defendía expresamente Escalona y Agüero al decir que no es esta *resolución exquisita ni exorbitante de la regla y condiciones de Audiencia, pues habiendo parte agraviada, el negocio que ya fue de gobierno, alterado por las circunstancias agravantes de que le mudan la especie y pasa acaso de justicia y derecho contencioso en que haya bastante blanco que ocupar en el instituto de las Audiencias con jurisdicción privativa*.²¹ Este criterio fue aceptado más tarde por la misma legislación, así una real cédula despachada en Madrid el 1 de octubre de 1624, que se halla recopiada, dispuso que: *En las materias de gobierno, que se reducen a justicia entre partes, de lo que los presidentes proveyeran si las partes apelaren, han de admitirse las apelaciones a sus Audiencias*.²²

¹⁹ *Ibidem*, vol. II, fol. 249.

²⁰ *Ibidem*, vol. II, fol. 244.

²¹ ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de, (n. 1), fs. 110.

²² R.I. 2.15.34.

El hecho de reducirse a justicia los asuntos determinados por el virrey o gobernador, planteó a partir a la cédula de 1567 la ardua cuestión de delimitar las materias que eran de mero gobierno y aquellas otras que eran de justicia y que, por lo tanto, eran susceptibles de apelación.²³ Sobre ello una real cédula de 28 de diciembre de 1568, dirigida al virrey del Perú, y extendida el 4 de julio de 1570 a la Nueva España, declaró, que si a los oidores parecía que el virrey se excedía en alguna materia se le debían hacer los requerimientos necesarios sin mayor demostración ni publicidad, y si a pesar de ello, persevera en su decisión, debían cumplirla y guardarla, siempre que la materia no fuera de calidad en que se hubiera de seguir movimiento o inquietud en la tierra.²⁴ Posteriormente una cédula de 23 de noviembre de 1631 ordenó que en las dudas de si un asunto era de gobierno o de justicia, los oidores debían estar y pasar lo que declarase el virrey y presidente,²⁵ criterio que fue confirmado por una disposición de 29 de agosto de 1806 que dispuso:

"Que cuando se ofrezca duda sobre si el punto de que se trata es de justicia, o de gobierno, estén y pasen las Audiencias, y sus ministros, por lo que declararen los Virreyes y Presidentes".²⁶

En esta materia la corona nunca determinó con carácter general qué casos eran de justicia y cuáles de gobierno y sólo se limitó a declararlo en casos concretos y a fijar el procedimiento relativo a su calificación, que entregó a los Virreyes y Gobernadores. Los juristas se esforzaron por aclarar este punto, principalmente Gaspar de Escalona y Agüero, quien distinguía entre los casos de *mero o nudo gobierno*, que no admitían apelación a la audiencia y los de *gobierno reducidos a justicia*, que sí la admitían.²⁷

El siglo XVII se caracterizó en esta materia por el despacho de numerosas reales cédulas, dirigidas a virreyes, gobernadores y audiencias reiterándoles, cuán de su precisa obligación era observar las disposiciones relativas a este género de apelaciones, debido a los constantes encuentros entre dichas autoridades sobre el tema.²⁸ En el siglo siguiente se expidieron más de veinte reales cédulas destinadas a tratar de este recurso y en especial se incluyó un capítulo en la *Instrucción de Regentes* de 1776 que encargaba a estos nuevos magistrados que tuvieran como uno de sus más principales cuidados *el hacer*

²³ Vide BARRIENTOS GRANDON, Javier, (n. 9).

²⁴ R.I. 2.15.36.

²⁵ R.I. 2.15.38.

²⁶ MATRAYA Y RICCI, Juan José, *El moralista filatélico americano, o el confesor imparcial instruido en las obligaciones de su ministerio*, Lima, 1819, vol. 2, p. 506.

²⁷ Vide (n. 23).

²⁸ Todas estas reales cédulas en BARRIENTOS GRANDON, Javier, (n. 9).

*que tengan puntualísimo cumplimiento, zelando que no se defrauden unas disposiciones tan justas y apartando cualesquier motivo de terror que intimide a las partes para dexar de seguir su derecho... y sobre lo que ocurra en este asunto darán cuenta todos los años a mi Real Persona los Regentes, o antes si hubiese algún motivo urgente, sobre lo que se les hará cargo especial en su Residencias si estuvieren omisos en esta materia de tanta importancia.*²⁹

No obstante, todas las reales disposiciones, que suman más de setenta, dictadas hasta fines del siglo XVIII,³⁰ que delimitaban con claridad las facultades de virreyes, gobernadores y audiencias en lo tocante al punto de las apelaciones gubernativas, continuaron los desencuentros apenas comenzado el siglo XIX y, frecuentemente se malquistaron los tribunales con sus presidentes hasta los mismos días de la desintegración de la monarquía hispano-indiana.

La última disposición indiana relativa a la apelación en cosas de gobierno se dictó el 29 de agosto de 1806, cuyo texto es el siguiente:

"Que los virreyes cumplan inviolablemente la real declaración sobre los puntos siguientes:

I. Que cuando se ofrezca duda sobre si el punto de que se trata es de justicia, o gobierno, estén y pasen las Audiencias, y sus ministros, por lo que declaren los Virreyes y Presidentes, con lo demás que previene la ley 38 tit. 15 lib. 2 de la Recopilación, sin admitir recurso, que impida su conocimiento, o tenga por objeto la inhibición del Virrey o Presidente.

II. Que si en el progreso del negocio declarado por de gobierno, y conociendo el Virrey o Presidente, dictara alguna providencia definitiva, o que tenga fuerza de tal, puedan las partes apelar de ella, presentándose de hecho en la Audiencia".³¹

Con este precepto se cerró una historia de más de 250 años en la que se pretendió por parte de la corona amparar a sus vasallos de los abusos de sus gobernantes, mediante la fiscalización jurisdiccional de los actos gubernativos, para de este modo cumplir su deber de darles un buen gobierno.

3. Casos de apelación en materia gubernativa en el Reino de Chile

En el Archivo Nacional de Chile, Fondo Real Audiencia se conservan diversos expedientes relativos a apelaciones en materia de gobierno, los que

²⁹ *Instrucción de Regentes*, 1776, en SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *La Instrucción de Regentes*, en RCHHD., 3, Santiago, 1964, cap. XLI.

³⁰ Vide BARRIENTOS GRANDON, Javier, (n. 9).

³¹ MATRAYA Y RICCI, Juan José, (n. 26), p. 506.

demuestran la aplicación efectiva de la legislación real en tan importante materia, de la cual dependía el mantenimiento en justicia de los vasallos.³²

La Real Audiencia de Santiago, conociendo de una apelación interpuesta por don Pedro Díaz de Valdés contra un decreto del Gobernador, don Francisco García Carrasco, que le había privado de su oficio de Asesor General de la Presidencia, en el mes de marzo de 1810 desarrollaba con gran rigor jurídico los fundamentos y la necesidad de esta institución. Así, a propósito de la razón por la cual ella existía, expresaba lo siguiente:

"La fuerza y violencia la detestan las leyes de todos los gobiernos, y las de estos dominios enfrenan el poder para que no degeneren en arbitrario, por los enormes perjuicios que resultan al vasallo cuando se le constituye en la necesidad de ocurrir al poder de la Majestad".³³

Y precisamente por la repulsa que la Corona sentía por la violencia, sobre todo la de los oficiales de gobernación, había creado la institución de la apelación en materia gubernativa, pues reconocía la gravedad de las opresiones, que en ocasión del ejercicio del poder, se podían inferir a los súbditos. Este peligro también lo reconocía el tribunal santiaguino cuando sostenía que:

"Muy tuertas armas han para hacer mal (Dice la ley 4 tít. 10 de la Séptima Partida) aquellos que tienen voz del Rey cuando quisieren usar el mal del lugar que tienen, calificando como una fuerza hecha con armas cuando se deshonor algún hombre, expresando las terribles penas en que incurre la ley 8 del mismo título y libro".³⁴

Como los vasallos eran titulares del derecho al *buen gobierno*, que podían reclamar del propio rey o de sus oficiales, los abusos de las autoridades gubernativas infringían este principal derecho de los súbditos, violencias que según la Audiencia de Chile se presentaban:

"Todas las veces que los magistrados seculares, atropellando las leyes despojan al ciudadano de su libertad, hacienda y honor, mandando alguna cosa contra la ley sin oírle ni admitir sus defensas, cometen notoria fuerza y violencia".³⁵

³² Vide BARRIENTOS GRANDON, Javier, (n. 9).

³³ ANFV., vol. 237, pza. 4.492, fs. 244, Oficio al gobernador, Santiago, 16-II-1810.

³⁴ ANFV., vol. 237, pza. 4.493, fs. 245, Oficio al gobernador, Santiago, 31-III-1810.

³⁵ Ibidem.

Naturalmente, como contrapartida al derecho de los vasallos al buen gobierno se encontraba el deber correlativo del rey a procurárselo, y por ello el monarca para dar cumplimiento a él entregaba a sus súbditos diversos mecanismos a través de los cuales podían hacerlo efectivo, y uno de ellos era la apelación a las audiencias de los decretos o providencias gubernativas que le causaren perjuicio, ante las cuales, siempre según la audiencia de Santiago:

"No solo es permitido a la porción destinada al servicio del Altar buscar la protección del Soberano, sino a todo vasallo, porque es una regalía inherente a la soberanía defender y proteger a sus súbditos, en términos que no puede abdicarla ni desprenderse de ella sin renunciar una parte de su independencia, dividir el Imperio y faltar a su primera obligación".³⁶

La Real Audiencia de Santiago, como suprema protectora de los vasallos del Reino de Chile frente a las autoridades gubernativas, desde muy temprana época se preocupó del efectivo cumplimiento de las disposiciones reales que franqueaban a los súbditos la apelación de los decretos de gobierno. En efecto, durante el gobierno de don Francisco Laso de la Vega luchó incansablemente por impedir los abusos del gobernador, principalmente en materias de carácter militar, ante lo cual Laso de la Vega dictó el 14 de octubre de 1637 un auto donde se declaraba los negocios que le pertenecían privativamente en su calidad de Gobernador y Capitán General y por lo tanto inhibía a la Audiencia de todo conocimiento de ellos por cualquier vía y en especial por la de la apelación. Frente a esta manifiesta arbitrariedad, y después de innumerables desencuentros, los miembros del Tribunal, oidores Jácome de Adaro y San Martín, Pedro Gonzalez Güemes de la Mora, Pedro Machado y Pedro de Lugo, escribieron al monarca dándole cuenta del suceso el 8 de mayo de 1639, en esta carta le expresaban lo siguiente:

"Esta Audiencia...representa que de un Gobernador en partes tan remotas la mano es muy poderosa, y teniendo debajo de la suya a su disposición dos mil plazas armadas es mucho de temer su indignación por los Ministros de la Paz aunque sean enteros y superiores, y que si el Gobierno y Capitanía General de estas Provincias no se les modere y reprime la facultad en que se ha introducido de poder declarar los casos y tomar todas las causas que le pareciere, por decir que son suyas de su jurisdicción, la de esta Audiencia en las cosas más propias de su obligación como son las de justicia, quedará usurpada, su libre administración impedida y su autoridad sin el lustre y fuerza que es menester para hacer con entereza y valor el servicio de V.M. y estos vasallos desconsolados, reconociendo menos

³⁶ Ibidem.

poderoso y desautorizado el Tribunal donde han de recurrir con sus agravios y apelaciones."³⁷

En 1791 conoció la Audiencia de una apelación interpuesta por el Conde de la Conquista contra un decreto del Gobernador Ambrosio O'Higgins que le mandaba contribuir con diez caballos en razón de prorrata para el transporte de los indios que habrían de concurrir a Arauco para la jura de Carlos IV, y en dicho proceso como el escribano de gobernación negara los autos, el Real Acuerdo dictaminó pasar oficio al Gobernador solicitándose los, y en dicho escrito firmado por el regente del Tribunal, don Francisco Antonio Moreno y Escandon se expresaba lo que sigue:

"A pesar de las repetidas reales disposiciones en que S.M. ordena se observen con toda exactitud las Leyes de las Indias que franquean los recursos de apelación a las Reales Audiencias de todas las determinaciones del Gobierno, se presentan a cada paso dudas y tropiezos que entorpecen su cumplimiento y estándole tan estrechamente encargado en los capítulos 41 y 43 de mi empleo con la recomendable circunstancia de dirigirse al bien del Estado o utilidad de la causa pública y quietud de las Provincias, que por lo distante de la Península necesitan del mayor esmero y rectitud en la imparcial administración de justicia espero no extrañe a Usía que en desempeño de esta real confianza y de lo acordado por esta Real Audiencia le haga presente que producida en ella un pedimento del Señor Conde de la Conquista en grado de apelación por habérsela denegado Usía de una providencia sobre prorratas de caballos y expresiones que le son indecorosas se proveyó por semanería el auto ordinario a fin de que entregue los autos el escribano...y que faltara a los dispuesto por S.M. en beneficio de la causa pública si omitiere este examen de que pende la rectitud e imparcial administración de justicia con cuyo objeto se erigieron las Reales Audiencias."³⁸

Como el gobernador se negara a pasar los autos originales y sólo remitió un traslado de ellos al Tribunal, el regente, en defensa de las atribuciones de la Audiencia y de los derechos del Conde de la Conquista dirigió un nuevo oficio al presidente y en él decía lo siguiente:

"Viéndose interpelada la Real Audiencia, sin poder cerrar la puerta al Señor Conde de la Conquista que acudió en calidad de oprimido en solicitud de la protección y justicia que S.M. tiene en ella deposi-

³⁷ MEDINA, José Toribio, *Manuscritos para la historia de Chile* (MM), T. 309, fs. 153-153 vta. Audiencia de Santiago al rey, Santiago, 8-V-1639.

³⁸ Archivo Nacional Fondo Real Audiencia (ANRACH), vol. 1698, pza. 1, fs. 4-6 vta. Francisco Antonio Moreno y Escandón al gob, Santiago, 4-VII-1791.

tada, era preciso que para administrarla mandase traer a la vista el proceso...Si desviado este camino trillado fue Usía conducido por otro no practicado ni designado por las Leyes no es culpa mía ni del Tribunal pronto siempre a su más religiosa observancia en sostener las facultades que a Usía concede, sin detrimento de las que le pertenecen como al Tribunal Superior del Reino destinado para velar sobre la buena administración de justicia y reparar los agravios por cualesquiera jueces que se irroguen, pero a su vez que si dar lugar a estos jurídicos acomodamientos, negándose Usía a la remesa de estos autos originales para aquellos precisos fines conviene en que se de traslado de todo a noticia de S.M."³⁹

En 1804, conoció el Tribunal de una apelación interpuesta por el Diputado de la doctrina de Peumo don Justo Jerez contra un decreto de gobernador don Luis Muñoz Guzmán que le había separado de su empleo. Concedida la apelación por el Gobernador y luego de tramitado el recurso, la Audiencia revocó el decreto y ordenó en los siguientes términos reponer en su empleo a Jerez:

"Vistos: por el mérito que ministra el proceso se reforma la providencia apelada y en su conformidad se declara que el Diputado Dn. Justo Jerez debe ser restituido al empleo de Diputado de la Doctrina de Peumo."⁴⁰

Luego de esta providencia fue repuesto Jerez en su oficio, pero al día siguiente el gobernador ordenó prenderle y embargarle sus bienes por supuesta mala conducta, ante lo cual el afectado nuevamente recurrió al Tribunal, el que pasó el siguiente oficio al gobernador:

"A pesar que esta Real Audiencia nada desea y procura más que la constante armonía y conformidad con V.E., en cumplimiento de la Ley Municipal 34 del tít. y libro III, se ve, no obstante, en ocasiones necesitada a la manifestación de sus derechos cuando algún procedimiento interfiere, mengua y compromete a la autoridad, decoro y respetos que le son debidos y cuya guarda no puede serle indiferente por su inmediato influjo en la observancia de las Leyes, peculiar instituto de este Tribunal...Cuando mira triunfar las calumnias y descrédito de un hombre de bien, puesto bajo el amparo de las Leyes y que no obstante tan sagrado escudo se le ultraja y aniquila...no puede menos que suponer sorpresa en las enunciadas providencias de V.E. sobre todo la ilustración y prudencia de V.E. deberá cono-

³⁹ Ibidem, fs. 29-30 vta. Moreno al gobernador, Santiago, 8-VII-1791.

⁴⁰ ANRACH., vol. 2067, pza. 2, fs. 110 vta. Sentencia, Santiago, 26-V-1805.

cer por las expuestas reflexiones la precisión en que se ve de solicitar el desagravio de su autoridad y de la administración de justicia, mandando de acuerdo con V.E...que se cumpla y ejecute su auto de 26 de agosto próximo pasados."⁴¹

En 1809 conoció la Audiencia de una apelación interpuesta por el Cabildo de Valparaíso contra un decreto del gobernador Francisco Antonio García Carrasco de 4 de enero en virtud del cual desconocía la elección de capitulares que había efectuado la corporación, y como perseverara en su decisión el Tribunal dio cuenta al rey y le señalaba que:

"Advertirá su sabiduría e integridad, el temerario intento del dicho Presidente en aseverar inapelables sus providencias expedidas sobre elección de capitulares tratando por este infundado principio de emborrar su escandalosa resistencia al cumplimiento de lo resuelto por este Tribunal, después de concedido por él mismo el recurso, como debió, no siéndole permitido el negarlo en ningún caso en que haya persona que se queje de agravios de cualesquiera providencia gubernativa, por ser reservada a sólo la Audiencia la calificación de si es admisible o no la apelación como se tiene declarado por V.M. en las Reales Cédulas de 19 de marzo de 1784 circulada por la de 6 de julio de 1799 y en la de 29 de agosto de 1806...No ha menester, V.M., que le funde esta Audiencia, como lo hizo al Presidente, los motivos de las citadas Reales determinaciones en favor de la causa pública y pro comunal de los vasallos, dejando a su superior penetración la del exceso que se comete con la transgresión de las Leyes más sagradas, cuales son las que como la apelación conciernen al reparo del gravamen y opresión y las que establecen y deslindan las facultades de la Audiencia y del Presidente, siendo ya un abuso intolerable y reprehensible desacato a la Majestad el que cometen los Presidentes oponiéndose, como lo ha ejecutado el de este Reino al puntual obediencia de la Ley Municipal y Reales Cédulas referidas."⁴²

A través de la sucinta revisión de cinco expedientes seguidos ante la Audiencia de Santiago en los siglos XVII, XVIII y XIX se puede observar que la legislación real relativa a la apelación en materia gubernativa se aplicó en el reino de Chile durante toda la época indiana y que efectivamente la Real Audiencia por esta vía jurisdiccional fiscalizaba la actuación de los gobernantes, constituyéndose en la superior protectora de los vasallos frente a los abusos gubernativos y así se la vio proteger a los súbditos por privacio-

⁴¹ Ibidem, fs. 128 ss. Oficio al gobernador, Santiago, 29-V-1805.

⁴² MM. T. 220, doc. 5567, fs. 193-194. La audiencia al rey, Santiago, 27-X-1809.

nes arbitrarias de oficios y empleos, por la exacción indebida de tributos, por intervenir la libertad de las corporaciones, etc..

IV. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO Y SU DESAPARICION EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL (1810-1875)

La fiscalización jurisdiccional de los actos gubernativos mediante la apelación en materias de gobierno desapareció en el Chile republicano y dejó por largo tiempo inermes a los ciudadanos frente al ejercicio del poder por parte de los gobernantes, lo que en esta época es de mayor gravedad que en la indiana por el desarrollo de la administración y de la burocracia estatal, que antes no existía.

La desaparición de la apelación en materia gubernativa está estrechamente emparentada con el paulatino cambio que sufre el concepto de justicia y que origina una reducción progresiva de la competencia de los tribunales republicanos que sucedieron a la Real Audiencia.

Desde la Edad Media en Castilla se afirmaba como doctrina común, recogida de los escritos de San Isidoro de Sevilla, que los deberes del monarca eran: *mantener a su pueblo en justicia et en verdat*. Entendiéndose a la justicia como virtud volitiva que consistía en dar a cada uno lo suyo en todo orden de materias, de donde el monarca, para cumplir con su deber de mantener a su pueblo en justicia, no sólo debía garantizarle a sus vasallos que existiese en el reino una recta administración de justicia entre partes, sino que también debía asegurarles que las autoridades y oficiales reales no abusasen en el ejercicio de sus atribuciones, y que en consecuencia los súbditos recibiesen de los gobernantes lo que les correspondía, es decir, un buen gobierno dentro de la esfera propia de cada uno de ellos. Es por esto que la imagen medioeval del monarca sea la del rey justiciero, sentado en su trono con la espada en la mano para dar a cada uno lo suyo.

A este concepto amplio de justicia debe agregarse, que se reconocía por el *ius commune*, que en el monarca tenían su origen todos los oficios con jurisdicción, pues ellos debían cumplir el deber del rey de mantener a su pueblo en justicia y que éste estaba impedido de cumplir personalmente. Así, Castillo de Bovadilla escribía que: *Según Bartolo, Juan Platea y otros, todas las dignidades temporales proceden del Rey, como de fuente*⁴³ y Alfaro, que: *Princeps enim fons et origo est omnium dignitatum...et ita magistratus et iurisdictiones a Principe procedunt tamquam a fonte et ab eo deriventur*,⁴⁴ y en Chile, el oidor Francisco Ruiz de Berecedo señala que: *En los Príncipes y*

⁴³ CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de paz y de vasallos*, Madrid, 1587, T. II, lib. III, cap. 2 n. 1.

⁴⁴ ALFARO, Francisco de, *Tractatus officio fiscalis*, Valladolid, 1606, glos. 1 n. 2)

*Reyes absolutos reside la raíz de todo lo jurisdiccional.*⁴⁵ Similares ideas expresan en sus obras Pedro Gregorio,⁴⁶ Juan Bautista Valenzuela Velázquez,⁴⁷ García Mastrillo,⁴⁸ y Pedro Rebufe⁴⁹ entre otros.

Presupuesto lo anterior, el rey erige a las Reales Audiencias como tribunales reales, vicarios suyos, que deben cumplir su deber de mantener el pueblo en justicia, y por ello las Audiencias representan a la real persona y reciben en cuerpo el tratamiento de *Alteza*, como lo defiende Yáñez Parladorio en sus *Sesquicenturia*, donde escribe: *Ibi quasi sigillo regis personam representante...ibi atque ista usu videmus ut iusiurandum de quo Magistratus seu Regis Auditores Chancellarium en sus officii auspiciis rogantur, super hoc sigillo praestetur...ibi quamvis autem Regabilis Praetoriis seu Chancellariis ex auctoritate regi sigilli Rex ipse presens esse intellegatur, verum id perfectionem fit, at in regio consistorio rex ipse vera presto est.*⁵⁰

Así pues, las reales audiencias poseen una competencia propia del monarca, y en su ejercicio deben llevar a la práctica la justicia real a los habitantes de sus distritos, asegurando a cada vasallo lo que le deben los restantes a través de la administración de justicia entre partes, pero además les deben asegurar el buen gobierno, refrenando a las autoridades, en una competencia de carácter protector, principalmente mediante las apelaciones en materia gubernativa.

En suma, la audiencia en el período indiano posee una competencia, que se manifiesta como tribunal de justicia para resolver conflictos entre partes y como autoridad protectora de los vasallos frente a los gobernantes, amen de ser la custodia de los intereses del monarca.

Durante la república los tribunales que sucedieron a la Audiencia vieron progresivamente reducida su competencia hasta quedar estrechados en la sola resolución de conflictos entre partes. Esto se debió a la introducción del Constitucionalismo, al desarrollo del positivismo jurídico y su consecuencia de la Codificación y a la desaparición del monarca, que era la raíz y razón de ser de la judicatura indiana.

⁴⁵ RUIZ DE BERECEDO, Francisco, *Expediente donde evidencian los agravios que tiene recibido el carácter de oydor honorario de su plaza*, en ANRACH. vol. 2106, pza. 12, fs.1.

⁴⁶ GREGORIO, Petrus, *Tertia ac postrema sintagmatis iuris universa pars*, lib. 6, cap. 12, n. 5.

⁴⁷ VALENZUELA VELAZQUEZ, Juan Bautista, *Consiliorum sive responsorum iuris*, Madrid, 1635, cons. 82, n. 22.

⁴⁸ MASTRILLO, García, *De magistratibus, eorum imperio et iurisdictione tractatus*, Palermo, 1616, Lib. 1, Cap. 1, n. 7 y cap. 4, n. 29.

⁴⁹ REBUFFE, Pedro, *De verborum et rerum significationes, commentaria amplissima*, Lyon, 1581, *Ad Legem ut Alfenuis*, parr. de verb. signif.

⁵⁰ YAÑEZ PARLADORIO, José, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, Madrid, 1612, 1º, n. 12, 13, 20, 21.

1. *El Constitucionalismo y la judicatura indiana:*

El Constitucionalismo manifiesta cierto desprecio por la tarea de la Judicatura, a la que destierra a un lugar secundario como un desdibujado tercer poder del Estado, al considerar su actividad como un mero ejercicio mecánico. Así Montesquieu escribía que: *Los jueces de la nación no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden litigar la fuerza y el rigor de la Ley misma*,⁵¹ y en otra parte añadía, que: *De los tres poderes a que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo*.⁵² Menospreciada de este modo la actividad judicial, era natural que se redujera su competencia y que todo lo que ella perdiera lo ganara otro de los poderes estatales: el Legislador, que era precisamente el que entregaba la ley muda a estos seres inanimados, que formaban la Judicatura, para que ellos profirieran sus palabras el administrador justicia.

La importancia que otorgaba el Constitucionalismo al Legislador derivaba de ser él, quien como representante de la voluntad general podía dictar las leyes, que no eran más que la emanación de dicha voluntad, y es precisamente ésta la causa que explica la pérdida de una de las características básicas de la competencia de la Audiencia en el Constitucionalismo: arrebatarle su competencia protectora de las personas frente a los gobernantes y entregarle esta actividad al parlamento, puesto que se creía que los derechos de los gobernados estarían suficientemente cautelados por las garantías individuales consagradas en la Constitución y en las Leyes, a las que debía ceñirse la autoridad en su actuación, y por cuya estricta observancia debía velar el Parlamento.⁵³ Así por ejemplo, el artículo 38 de la Constitución de 1823 señalaba, que: *Son atribuciones del Senado: 5° Proteger y defender las garantías individuales con especial responsabilidad*.⁵⁴

2. *El Positivismo y el ideal Codificador y la Judicatura Indiana:*

Emparentado con el influjo restrictivo operado por el Constitucionalismo sobre la Judicatura, se encuentra el triunfo del ideal codificador y del positivismo legal en Chile.⁵⁵

El código pretende recoger las leyes anteriores, aclarar sus obscuridades, superar sus contradicciones, llenar sus vacíos y, en definitiva, unificar en un texto armónico, completo y sistemático la multitud de leyes existentes sobre

⁵¹ MONTESQUIEU, Carlos, *El espíritu de las leyes*, Santiago, 1988, p. 60.

⁵² *Ibidem*, p. 57.

⁵³ BRAVO LIRA, Bernardino, *Judicatura e institucionalidad en Chile. 1776-1876 del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario*, en REHJ, I, Valparaíso, 1976.

⁵⁴ En VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República*, Santiago, 1986, I, p. 110.

⁵⁵ GUZMAN BRITO, Alejandro *Andrés Bello codificador*, Santiago, 1982, vol. I.

una materia, y como el código es una obra, ante todo, de carácter legal, que recibe su valor del gobernante que promulga este trabajo del legislador, la judicatura queda ausente y sin intervención alguna en él. Así, pues, con la codificación por primera vez la legislación pasa a ser la fuente del derecho por excelencia, y el derecho codificado se convierte en un conjunto de normas, frente al cual al juez no le cabe más que aplicarlo casuísticamente en sus sentencias,⁵⁶ y por ello se constriñe a la judicatura a un simple papel de hacer cumplir las leyes, que se supone representan la justicia.

De esta manera se reduce el concepto de justicia por obra de la codificación, que la transforma de una virtud de dar a cada uno lo suyo según su estado y condición, en una cierta ciencia de las leyes que en forma general contienen lo que el legislador o la mayoría considera como justo, de suerte tal, que la judicatura, que hasta antes de la codificación ejercitaba un *ars boni et aequi* que superaba ampliamente el marco del derecho real legislado, ahora se limita a declarar la ley para cada caso particular, de donde el papel del juez ya no será el clásico *ius dicere*, sino que un simple *lex recitare*.

3. La desaparición del monarca y la Judicatura Indiana:

La desaparición del monarca con la independencia, que era el origen y fuente de la competencia jurisdiccional de la Audiencia y de todos los jueces reales, descabuló la organización y atribuciones de los tribunales superiores republicanos dejándolos vacíos y sin sentido, puesto que los ministros ya no recibían su competencia judicial del rey, ni le representaban, e incluso más ahora ya no representaban a nadie, a diferencia del ejecutivo y del legislativo que representaban directamente a la voluntad general que habían recibido del pueblo.

Lo anterior queda de manifiesto en la forma de designación de los ministros integrantes de los tribunales que reemplazan a la Real Audiencia, pues en la época indiana era natural que fueran nombrados por el monarca, que era el origen y fuente de la jurisdicción, y a pesar de que en la república se conserva su designación como atribución del gobernante, ello está privado de todo el sentido institucional que había tenido desde la Edad Media.

Así los miembros del Tribunal de Justicia y Apelaciones que substituyó a la Audiencia entre 1811 y 1814 eran nombrados por el Congreso representativo del Reino, el cual era depositario de la soberanía mientras durase la cautividad de Fernando VII, y al restablecerse este Tribunal luego de la Restauración en 1817, sus antiguos ministros fueron nuevamente llamados a servir sus oficios, y continuaron en ellos al crearse la Cámara Superior de Apelaciones en 1818, respecto de la cual la Constitución promulgada dicho año señalaba que sus ministros serían designados por el Director Supremo a propuesta de la propia Cámara. La Constitución de 1822 mantuvo el nom-

⁵⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *La Codificación en Chile (1810-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana*, en REHJ, XII, Valparaíso, 1987.

bramiento en manos del Director Supremo con acuerdo del Senado, previa presentación de una terna propuesta por el Supremo Tribunal Judicial. La Constitución de 1823 dispuso que los ministros de las Cortes de Apelaciones serían designados por las Asambleas electorales nacionales y la de 1828 que era facultad del Presidente de la República designar a los ministros a propuesta en terna de la Suprema Corte, sistema que mantuvo la Constitución de 1833, pero con la intervención del Consejo de Estado, que debería elaborar una terna, previo informe de la Corte Suprema. Finalmente la Constitución de 1925 y la de 1980 mantuvieron este principio de autogeneración.

En la práctica, la desaparición del monarca afectó a la judicatura chilena en cuanto al sistema de designación de sus miembros y también en lo relativo a su competencia. En esto último se volvía sin sentido la competencia protectora de los vasallos, para asegurarles el buen gobierno que tenían derecho a exigir del monarca, puesto que ahora la Judicatura no cumple un deber del rey, y además porque se cree que la Constitución, las Leyes y el Parlamento fiscalizador garantizarían suficientemente los derechos de los gobernados frente a los agentes del gobierno y por ello desde temprano desaparece la institución de los votos consultivos de los ministros para prevenir abusos gubernativos,⁵⁷ y se extingue la competencia protectora a través de la apelación en materia gubernativa.

V. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y APELACIONES (1811-1818)

La real audiencia de Santiago fue disuelta el 24 de abril de 1811, cuando la Junta Gubernativa del Reino desterró a sus últimos dos ministros, el regente Juan Rodríguez Ballesteros y el oidor decano José Santiago Concha y Jiménez de Lobatón, de tal manera que este tribunal indiano subsistió a la instalación de Junta en septiembre de 1810, sin embargo, como se negara a reconocer la autoridad de la Junta voluntariamente, fue forzado a hacerlo el 19 de septiembre, lo que ejecutó bajo protestas, pero además comunicó a la Junta que:

"Si V.S. depositario de la fuerza lo sostiene, tendrá que postrarse este Tribunal por medio de una diputación, haciendo a V.S. de nuevo responsable ante Dios y el Rey, en la inteligencia, que diputados por Su Majestad a sólo administrar justicia a los pueblos de este Reino, a fin de que no carezcan de este consuelo y de sus jueces naturales, se ceñirán a sólo este ramo, sin intervenir de modo alguno

⁵⁷ BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La función consultiva en el Derecho Indiano, en XX Jornadas Chilenas del Derecho Público* (2 vols.), Valparaíso, 1990, vol.2.

en materia gubernativa, en la que se les tendrá por inhibidos y excusados."⁵⁸

De esta manera, la Real Audiencia a partir del 19 de septiembre de 1810 dejó de conocer todo acto gubernativo, debido a problemas de carácter político por su oposición al establecimiento de Junta en el Reino.

Suprimida la Real Audiencia en 24 de abril de 1811, la Junta Gubernativa el 13 de mayo de ese mismo año decidió nombrar a los miembros del nuevo Tribunal de Apelaciones para la más pronta administración de justicia. Los elegidos fueron los licenciados Francisco Cisternas, Francisco Pérez y Salas, Lorenzo José de Villalón y Juan de Dios Gacitúa.⁵⁹ Fundamentalmente este Tribunal era la misma Real Audiencia, sólo que con otro nombre, y así cuando sus ministros consultaron a la Junta como deberían ejercer su ministerio, se les respondió con el siguiente decreto:

"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 deba ajustarse a lo dispuesto por las Leyes y a la práctica observada hasta aquí."⁶⁰

(Santiago, 19 de junio de 1811).

Pero en la materia que aquí nos ocupa, prontamente el Tribunal de Justicia y Apelaciones dejó de conocer de las apelaciones en materia de gobierno, pues en el Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria, promulgada el 14 de agosto de 1811 terminó con dicha institución al entregar al Congreso el conocimiento de los recursos intentados contra las providencias del ejecutivo, y con tal propósito el artículo 7 del precitado Reglamento prescribía lo siguiente:

"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 intentase con justicia."⁶¹

Se advierte así, que el Tribunal de Justicia y Apelación conserva la competencia propia de la Real Audiencia, pero que ella comenzó a sufrir algunas

⁵⁸ MARTINEZ, Melchor (fray), *Memoria histórica sobre la revolución de Chile desde el cautiverio de Fernando VII hasta 1814* (2 vols.), Santiago, 1964, I, pp. 201-204.

⁵⁹ BARRIENTOS GRANDON, Javier, *Las audiencias indianas. La audiencia de Chile*, Santiago, 1990 (Memoria inédita, Facultad Derecho Universidad de Chile). cap. V.

⁶⁰ ANRACH., vol. 3012, pza. 1.

⁶¹ *Ibidem*.

reducciones, derivadas de la adopción del Constitucionalismo, sobre todo porque el Reglamento del año 1811 le arrebató una de sus principales competencias protectoras de las personas a través de la apelación en materias gubernativas y que fue entregada al Congreso, que como legislador se suponía debía garantizar los derechos de los ciudadanos.

En esta misma línea, el *Reglamento Constitucional de 1812*, fue aun más severo con el Tribunal al inhibirlo del conocimiento de todo negocio relativo a la protección de las personas y de su libertad frente al gobierno, pues su artículo 15 señalaba que:

"El Gobierno podrá arrestar por crímenes contra el Estado; pero el reo podrá hacer su oculto al Senado, si dentro de los tres días no se le hiciere saber la causa de su prisión, para que este vea si la hay suficiente para continuarla."⁶²

Este Tribunal de Justicia y Apelaciones funcionó ininterrumpidamente hasta octubre de 1814, cuando los insurgentes debieron huir de Santiago luego de ser derrotados por los Ejércitos reales al mando del brigadier Mariano Osorio, quien en 1815 restableció a la real audiencia, que actuó hasta el 13 de febrero de 1817, día en que luego de conocida la derrota de las armas reales en Chacabuco, sus ministros huyeron a Valparaíso.

En los primeros días del gobierno de O'Higgins se restableció el Tribunal de Justicia y Apelaciones con sus antiguos ministros, sin que se entendiera que se había creado un nuevo Tribunal, sino que simplemente se trataba del que había existido entre 1811 y 1814. Así lo expresan sus ministros en diciembre de 1817 al reclamar del gobierno que se les pagasen sus salarios adeudados, y al efecto señalaban:

"Desde el 14 de abril que fue reestablecido este Tribunal de Justicia, se ha servido la Judicatura de Alzadas por el Ministro llamado por la ley y en los ocho meses corridos hasta igual día al presente se adeudan a razón de trescientos pesos al año, doscientos pesos, los mismo se servirá mandar V.S. se nos entreguen por Tesorería. Dios guarde a Usía muchos años, Santiago y diciembre, 14 de 1817, Pérez.- Godoy.- Villalón."⁶³

Este Tribunal de Justicia y Apelaciones, perdió su nombre en 1818 bajo el gobierno de O'Higgins, quien en la Constitución de aquel año le dio la denominación de Cámara de Apelaciones, que básicamente continuó siendo el mismo Tribunal, que a su vez no era más que la antigua Audiencia.

⁶² En VALENCIA AVARIA, Luis, (n. 54), p. 48.

⁶³ ANFV., vol. 331, fs. 177. Oficio del Tribunal al Gobierno, Santiago, 14-XII-1817.

VI. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO Y LA CAMARA DE APELACIONES (1818-1823)

La Constitución Provisoria para el Estado de Chile promulgada en 1818 fue la primera en tratar de manera orgánica a la Judicatura y respecto de ella establecía un sistema judicial de doble instancia en cuya base se encontraban los juzgados subalternos y en el grado de alzada la Cámara de Apelaciones, pero además disponía la creación de un Supremo Tribunal Judiciario, que conocería de los recursos de segunda suplicación, injusticia notoria y otros extraordinarios, de los que antiguamente se dirigían al Consejo de Indias.

El Supremo Tribunal Judiciario no se instaló nunca, de tal manera que la Cámara de Apelaciones pasó a ser el tribunal superior del país. La Cámara se componía de cuatro ministros, uno de los cuales la presidiría con el nombre de regente y además la integrarían dos fiscales. Esta composición era en todo semejante a la que había tenido la antigua Real Audiencia y sólo varió al dictarse la Constitución de 1822 que elevó sus ministros a cinco, es decir, que con ello su planta era idéntica a la de la audiencia en tiempos de Carlos III.

La competencia de la Cámara se extendía a todo el país y le tocaba conocer según la Constitución de 1818, de: *todo juicio contencioso entre partes, aunque sea gubernativo, siempre que se haga contencioso, arreglándose en todo lo dispuesto por el derecho común y leyes que actualmente rigen, Interin se establece un nuevo código.*⁶⁴ Además se agregaba, que: *Conocerá en los recursos de fuerza como lo hacen las Audiencias, y despachará los votos consultivos del Gobierno.*⁶⁵ Así pues, la Cámara de Apelaciones, en la práctica poseía las mismas atribuciones, integración y autoridad que la Real Audiencia, y por ello sus ministros en 1820 le señalaban al Gobierno, que:

"La Cámara, subrogando al antiguo Tribunal de Audiencia, no ha hecho más que variar de nominación, sin perder alguno de sus privilegios y prerrogativas, que como uno de los Tribunales Superiores ha gozado de tiempo inmemorial."⁶⁶

Con el establecimiento de la Cámara de Apelaciones, recuperó la Judicatura chilena su antigua competencia protectora de los vasallos, a través de la apelación en materia de gobierno, pues el artículo 15 de la Constitución de 1818 prescribía que: *La Cámara conocerá, como hasta aquí de todo juicio entre partes, aunque sea gubernativo, siempre que se haga contencioso, es decir, nuevamente podía fiscalizarse jurisdiccionalmente la actuación de los gobernantes. Las palabras que emplea este artículo encierran la misma idea*

⁶⁴ En VALENCIA AVARIA, Luis, (n. 54), p. 63, cap. III, art. 15.

⁶⁵ *Ibidem*, art. 16.

⁶⁶ Archivo Nacional Ministerio Interior, vol. 14, pza. 39, fs. 121-12.

de las Leyes de Indias que franqueaban la apelación en materia gubernativa, pues la frase: *aunque sea gubernativo siempre que se haga contencioso*, es prácticamente igual a la de la *Recopilación de Indias*, que decía que: *en las materias de gobierno que se reducen a justicia...han de admitirse las apelaciones a sus audiencias.*⁶⁷ Esta competencia de la Cámara se mantuvo en la Constitución de 1822, la que en su artículo 176 disponía que: *Las atribuciones de la Cámara son conocer en las Alzadas de las causas de los juzgados inferiores y de los negocios gubernativos, siempre que se hagan contenciosos.*⁶⁸

A pesar de haber mantenido el texto de 1822 la competencia protectora de la Cámara a través de la apelación en materia gubernativa, acorde a los postulados del constitucionalismo también se entregaba al Congreso la facultad de proteger a los ciudadanos en sus garantías frente a los gobernantes, y al efecto el art. 47 de dicha Constitución, señalaba lo siguiente:

"Corresponde al congreso:

Nº 23. Proteger la libertad de imprenta.

Nº 27. Amparar la libertad civil y de las propiedades."⁶⁹

La Cámara de Apelaciones, permaneció en funciones hasta el 31 de diciembre de 1823, fecha en la cual se procedió a nombrar por el Congreso a los miembros de la Corte de Apelaciones, que se había creado por la Constitución de 1823, como el tribunal que habría de sustituirla.

VII. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO Y LA CONSTITUCION DE 1823

La Constitución de 1823 y el Reglamento para la administración de justicia del año siguiente, dictado en conformidad a la misma Constitución, fueron los textos legales que organizaron a la Judicatura chilena en los términos que hoy conocemos. En efecto, en 1823 se estructuró al Poder Judicial con una Suprema Corte de Justicia, como tribunal superior del país; las Cortes de Apelaciones, como tribunales de segunda instancia y los jueces de letras para la primera.

La Suprema Corte de Justicia se componía de cuatro ministros, un presidente, y un procurador nacional y la Corte de Apelaciones de Santiago, de cuatro ministros y un regente, señalándose que: *Progresando la población y recursos se establecerán Cortes de Apelaciones en los puntos convenientes a la cómoda administración de justicia.*⁷⁰

⁶⁷ R.I. 2.15.34.

⁶⁸ En VALENCIA AVARIA, Luis, (n. 54), p. 89.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 77.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 123.

La Constitución de 1823, entregó a la Suprema Corte la competencia protectora de las garantías individuales de los ciudadanos, y al efecto, en su artículo 116 señalaba que: *El Poder Judicial protege los derechos individuales conforme a los principios siguientes*, y en su artículo 146 disponía que era atribución de la suprema Corte: *proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales* y en su artículo 151 encomendaba al Procurador general de la Corte: *Defender las garantías constitucionales violadas por las primeras magistraturas del Estado* y además señalaba que era parte en la reclamación sobre los abusos respecto de los pueblos y personas.

Estas atribuciones protectoras de la Corte Suprema, eran sin perjuicio de las que se otorgaban al Senado, al que se encomendaba en el art. 38 n.5: *Proteger y defender las garantías individuales con especial responsabilidad*. A este cuerpo además se le concedía la importante facultad de: *Suspender momentáneamente los actos ejecutivos del Directorio en que se reconozca una grave y peligrosa resulta, o violación de las leyes*.⁷¹

Nada decía la Constitución de 1823 respecto al conocimiento jurisdiccional de los negocios gubernativos; sin embargo el Reglamento para la administración de justicia de 1824, entregaba esta facultad a la Corte de Apelaciones, prácticamente en los mismos términos que en la época indiana, pues su artículo 55 prescribía lo siguiente:

"No podrá la Corte tomar conocimiento alguno sobre los asuntos gubernativos, o económicos, salvo que se hicieren contenciosos, y vinieren en apelación de los juzgados de primera instancia."⁷²

Es decir, podía la Corte de Apelaciones conocer por vía de alzada de los negocios gubernativos siempre que se hubieren hecho contenciosos, pero con una importante restricción: debía el juicio provenir de un juzgado de primera instancia, con lo cual se volvía casi inoperante esta disposición.

La Constitución de 1828, no alteró mayormente a la Judicatura y sólo en esta materia agregó como atribución de la Corte Suprema la facultad para: *conocer de los juicios que resulten de contratos celebrados por el Gobierno, o por los agentes de este en su nombre*.⁷³ Además establecía que se debería dictar un nuevo Reglamento de administración de justicia el que jamás llegó a dictarse, por lo que continuó en vigencia el de 1824.

⁷¹ Ibidem, p. 110.

⁷² En *Boletín de las Leyes y de las Ordenes y Decretos del Gobierno*, Santiago, 1939.

⁷³ En VALENCIA AVARIA, Luis (n. 54), p. 153, art. 96.

VIII. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO Y LA CONSTITUCION DE 1833

La Constitución de 1833 mantuvo la estructura de la Judicatura chilena y sólo le dedicó 8 artículos, uno de los cuales establecía que: *Una ley especial determinará la organización y atribuciones de todos los tribunales y juzgados que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.*⁷⁴ Esta Ley sólo vino a dictarse en 1875, por lo que hasta dicha época se entendió vigente el Reglamento de 1824.

Sin embargo, la Constitución de 1833, significó reducir la competencia protectora de la Judicatura con la creación del Consejo de Estado, al que atribuyó la facultad de: *resolver las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo y sus agentes,*⁷⁵ y al señalar como deber de la Comisión Conservadora: *Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes. Dirigir al Presidente de la República las representaciones convenientes a este efecto; y no bastando las primeras, las reiterará segunda vez, de cuya omisión se hará responsable al Congreso.*⁷⁶

Así pues, con la consolidación del Estado Constitucional en Chile desde la Constitución de 1833, la antigua competencia protectora de los Tribunales de Justicia queda grandemente menguada, pues dichas facultades se le atribuyen o al Consejo de Estado o a la Comisión Conservadora.

IX. LA APELACION EN MATERIA DE GOBIERNO Y LA LEY DE ORGANIZACION Y ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE 1875

La dictación de la Ley de 1875, en conformidad a la Constitución de 1833 significó la pérdida de las escasas competencias protectoras de la judicatura respecto de los actos gubernativos; pues a partir de ella se la restringió a la simple administración de justicia entre partes. El artículo de dicha ley que significó esta reducción fue el número 4, que rezaba lo siguiente:

"Es prohibido al poder judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes."⁷⁷

⁷⁴ Ibidem, p. 177-178.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ *Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales*, 1875, en BALLESTEROS, Manuel Egidio, *La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago, 1890, T. 1, p. 19.

En el Proyecto original del señor Vargas Fontecilla, se mantenía algo de la antigua competencia gubernativa contenciosa de la Judicatura, pues en su artículo 3 se establecía que:

"El poder judicial no podrá mezclarse en materias gubernativas, ni entorpecer de ningún modo las operaciones de funcionarios de esta clase.

Se entienden por materias gubernativas, todas aquellas sobre las cuales se ejercen las atribuciones que, según la Constitución y las Leyes del Estado, corresponden al Supremo Gobierno y sus agentes. Con todo, estarán sujetas al conocimiento de los tribunales de justicia las contiendas en que figuran como parte el fisco, las municipalidades o cualesquiera otras corporaciones o fundaciones de derecho público, siempre que en dichas contiendas sólo se trate de obtener la declaración de un derecho o la aplicación de las leyes a hechos determinados."⁷⁸

La Comisión revisora en sesión del 30 de julio de 1869 se ocupó de este artículo y lo desechó y finalmente en la sesión del 19 de agosto de 1870 fue aprobado en su redacción definitiva a propuesta del señor Hunneus. Sin embargo en la Cámara de Diputados fue objeto de una interesante discusión.

En efecto, los diputados Fabres, Letelier y Santa María calificaron este artículo como pernicioso y peligroso, pues dejaba sin amparo los derechos de los ciudadanos, si se le daba en la práctica toda la amplitud a que por sus términos se prestaba, ya que parecía que por él se prohibía hasta reclamar contra la usurpación que otros poderes hicieran al judicial y además era contrario al art. 116 de la Constitución de 1823 que señalaba que el poder judicial protegería los derechos individuales. Por ello el diputado Domingo Santa María pronunció el siguiente discurso en la Cámara el 3 de septiembre de 1874:

"Esa Constitución (la del 23), al encargar al poder judicial la protección de los derechos individuales, consignaba una disposición indispensable, desde que es menester que los ciudadanos cuenten con una verdadera garantía para el caso de ser atropelladas por las autoridades a pretexto de medidas administrativas. El celo indiscreto o la ojeriza disimulada, no sólo de un intendente o de un gobernador, sino de un subdelegado, puede poner en conflicto la propiedad particular y producir un verdadero despojo.

La apertura de un camino, la construcción de una escuela y otras medidas de esta especie que entran en la esfera administrativa, pueden causar un vejamen y un atropello, y no ser muchas veces más que un escudo para cometerlos. Para tales situaciones, que no son

⁷⁸ Ibidem, p. 21.

raras, sino frecuentes, el proyecto no sólo no franquea ningún arbitrio, sino que lejos de eso, consigna el art. 4, que servirá para inhabilitar la acción de la justicia y para negarle su competencia aun en los casos de despojo violento."⁷⁹

Los temores de estos tres diputados se concretaron, pues la interpretación de dicho artículo dada por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en forma casi unánime y por mucho tiempo, significó inhibir a la Judicatura de todo conocimiento de lo llamado "contencioso-administrativo."

Así un juicio seguido en La Serena por un vecino, que pretendía derecho para entrar en la casa contigua a la suya a fin de inspeccionar y hacer la limpia de acequia que atravesaba ambos predios, la Corte de Apelaciones declaró en 1881 nula la resolución judicial que daba lugar a estas peticiones, fundándose: *1. en que se trataba de la limpia de una acequia de la ciudad, lo cual era materia de policía administrativa: 3. en que según el art. 4 de la ley de 15 de octubre de 1875, es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos.*⁸⁰

⁷⁹ Ibidem, p. 22-23.

⁸⁰ Ibidem, p. 40-41.