

JUDICATURA E INSTITUCIONALIDAD EN CHILE (1776-1876): DEL ABSOLUTISMO ILUSTRADO AL LIBERALISMO PARLAMENTARIO* (1)

BERNARDINO BRAVO LIRA
Universidad de Chile (Santiago)

1. INTRODUCCIÓN

En 1976 se cumplen dos centenarios de significación dentro de la historia institucional de Chile. Los dos se refieren directamente a la Judicatura, pero en rigor reflejan transformaciones de mayor alcance institucional. Se trata del primer centenario de la *Ley orgánica de tribunales* que entró en vigor el 1º de marzo de 1876 y del segundo centenario de la *Instrucción de regentes* de 20 de junio de 1776, que rigió hasta la vigencia de la ley antes nombrada.

Estos dos centenarios invitan a considerar la trayectoria de la Judicatura chilena durante el lapso intermedio. Entre 1776 y 1876 transcurre un siglo denso en transformaciones institucionales para todos los países de derecho castellano o portugués. El período se abre en el último tercio del siglo XVIII con el apogeo de las reformas de signo ilustrado, promovidas desde arriba, enérgica pero paternalmente por gobernantes que rigen por la gracia de Dios y se cierra en el último tercio del siglo XIX con el apogeo de las reformas de signo liberal, impuestas asimismo, desde arriba combativa pero soberanamente por mayorías parlamentarias que representan los ideales dominantes entre las oligarquías partidistas. Si la *Instrucción de regentes* de 1776 fue un exponente de las primeras, la *Ley*

*ABREVIATURAS: AAS. = Colección de documentos históricos recopilados del Arzobispado de Santiago, 4 vols. (Santiago 1919-21); BACH. = *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, 86 vols. (Santiago 1937-72); BL. = Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno, desde el 12 de febrero de 1823. Libros 1 a 62 (Santiago 1823-1893). Hay dos reimpressiones: libros 1 a 8 (Santiago 1838-1841), libros 1 a 19 (Valparaíso 1846-65); CM. 2 = Archivo de la Contaduría Mayor, 2ª serie. Archivo Nacional (Chile); SCL. = LETELIER, Valentín, Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile de 1811 a 1845. Recopiladas según las instrucciones de la Comisión Política de la Cámara de Diputados, 37 vols. (Santiago 1887-1908).

orgánica de tribunales, vigente desde 1876, lo fue de las segundas.

2. OBJETO, MÉTODO Y LÍMITES DEL PRESENTE ESTUDIO

Es fácil comprender que la Judicatura no puede ser aislada de su trasfondo histórico. Es imposible estudiarla fuera del contexto institucional al que históricamente pertenece. Su trayectoria va íntimamente unida al modo de entender y plantear la acción de los poderes establecidos y sus relaciones con el derecho, imperante en las sucesivas épocas de una sociedad. Concretamente, en el caso de la Judicatura chilena entre 1776 y 1876 es forzoso considerar por lo menos las siguientes transformaciones: las que caracterizan la última fase del Estado absoluto en Chile, las que determinan la implantación del Estado constitucional y las que marcan el tránsito del régimen portaliano al régimen liberal parlamentario. Tal será el esquema de la presente exposición.

Nos ocuparemos sucesivamente de la Judicatura chilena en las tres etapas enunciadas: absolutismo ilustrado, establecimiento del Estado constitucional y deslizamiento del mismo hacia formas liberal-parlamentarias.

Los estudios disponibles sobre la materia han concedido escasa o ninguna atención a la Judicatura. Como hemos mostrado en otro trabajo, en ellos, a lo más se la menciona de pasada¹. Por otra parte, el enfoque prevaleciente entre los autores es en cierto modo unilateral y, por tanto, incompleto. Su preocupación dominante ha sido hasta ahora contraponer las constituciones escritas a las instituciones chilenas anteriores a ellas. En general, no se va más allá de señalar la novedad que representó en Chile el pensamiento de los clásicos del constitucionalismo —Montesquieu, Rousseau y demás— y de reseñar los avances de los constituyentes chilenos en su recepción mediante un examen de los sucesivos textos constitucionales. Por eso, uno de los temas más descuidados hasta el presente es precisamente el que plantea la Judicatura: la supervivencia de antiguas instituciones chilenas durante la época de las constituciones escritas.

Este tema constituye el complemento obligado de los estudios

¹BRAVO LIRA, Bernardino, *La Corte Suprema y la tradición jurídica de Chile*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales de la Universidad de Chile* (1974, en prensa).

existentes. Su investigación requiere un método algo diferente del habitual entre los autores de Derecho constitucional y de Historia constitucional de Chile. Unos y otros prestan de ordinario mayor atención a los textos reguladores de las instituciones que a ellas mismas, como si pensarán explicar las instituciones a partir de los textos que las regulan. Por eso reparan con detalle en las variaciones de esos textos y pasan por alto la persistencia de las instituciones. En el presente trabajo la materia se aborda de acuerdo a un método histórico-jurídico. Es decir, se considera a las instituciones en su dimensión histórica, enmarcadas dentro del medio y de la época en que tienen vigencia. En cuanto a los textos reguladores de las mismas, por lo demás a menudo posteriores a esas instituciones, se los examina en función de ellas, lo cual supone referirlos también al medio y a la época en que se elaboran y aplican. Por este camino la presente investigación intenta mostrar que la Judicatura se destaca dentro de la institucionalidad chilena como un elemento con significación propia: no sólo anterior a las constituciones escritas, sino también, superior a ellas por su estabilidad y solidez.

Este estudio debería completarse con investigaciones semejantes sobre el Ejército chileno², la Hacienda³, las Intendencias y el gobierno interior⁴, la Iglesia y el régimen diocesano⁵, sin olvidar las instituciones de derecho de familia y de sucesiones, las de derecho económico y minero, las de derecho patrimonial y el régimen de negocios jurídicos⁶.

²OÑAT, Roberto y ROA, Carlos, *Régimen Legal del ejército en el reino de Chile. Notas para su estudio* (Santiago 1953).

³CRUCHAGA (MONTT), Miguel, *Estudio sobre la organización económica y la hacienda pública en Chile*, 3 vols. (Santiago 1878-80, 2ª ed., 3 vols., Madrid 1929); MOLINA, Evaristo, *Bosquejo de la Hacienda Pública de Chile desde la independencia hasta la fecha* (Santiago 1898); MARTNER, Daniel, *Estudio de Política comercial e Historia económica nacional* 2 vols. (Santiago 1923); *Historia de Chile. Historia Económica* 2 vols. (Santiago 1929); HUMUD TLEEL, Carlos, *El sector público chileno entre 1830 y 1930* (Santiago 1969).

⁴No conozco estudios especializados sobre las intendencias en Chile. Para Chiloé: OLGUÍN BAHAMONDE, Carlos, *Instituciones políticas y administrativas de Chiloé en el siglo XVIII* (Santiago 1970).

⁵Vid. especialmente SILVA COTAPOS, Carlos, *Don José Santiago Rodríguez Zorrilla obispo de Santiago de Chile* (Santiago 1915); *Historia eclesíastica de Chile* (Santiago 1925); GONZÁLEZ ESPEJO, Fernando, *Cuatro decenios de Historia Eclesíastica de Chile. Crónica de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, 1831-71* (Santiago 1948); MERINO ESPINEIRA, Andrés, *Crónica de las relaciones del Estado y la Iglesia en Chile durante la anarquía (1823-30)* (a multicopista, Santiago 1962).

⁶SALERNO, Marcelo Urbano, *Consideraciones sobre una historia del derecho privado*, en *El Derecho*, 61 (1975), p. 3767.

3. EL ESTADO ABSOLUTO BAJO LA ILUSTRACIÓN

En términos muy generales puede decirse que el Estado alcanzó en Chile su forma contemporánea a través de dos grandes etapas, las mismas, por lo demás, que en los restantes países de derecho castellano o portugués. Esas etapas fueron: primero, la separación institucional entre Administración y Judicatura y luego, la adopción de las instituciones parlamentarias como reguladoras de la gestión gubernamental.

La primera de ellas corresponde básicamente a la época de la Ilustración en la segunda mitad del siglo XVIII⁷. Su expresión más clara está en la formación de una Administración montada sobre moldes diferentes de aquellos sobre los cuales reposaban en el Estado de los siglos XVI y XVII los ramos fundamentales de la gobernación temporal. Estos eran, según es sabido, cuatro: Justicia, Gobierno, Guerra y Hacienda⁸. Si la institución básica en cada uno de ellos era el *o f i c i o*, en la Administración lo será, en cambio la *o f i c i n a*. Mientras los oficios eran ejercidos bajo su propia responsabilidad por los respectivos oficiales o ministros, la gestión de las oficinas estará a cargo de empleados de planta, quienes actúan bajo

⁷Sobre la Ilustración en el mundo de habla castellana y portuguesa vid. esp. PALACIO ATARD, Vicente, *El despotismo ilustrado español*, en *Arbor* 22 (1947); RICARD, Robert, *Verney et l'esprit réformateur dans Portugal au XVIIIème siècle*, en *Revue de la Méditerranée* (1946); CABRAL DE MONCADA, Luiz, *O "século XVIII" na legislação de Pombal*, en *Estudos de História de Direito* 1 (1948); *Um iluminista português de século XVIII: Luiz Antonio Verney*, ibid. 3 (1950); SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Introducción al pensamiento político del despotismo ilustrado español* (Madrid 1953); PENALVER SIMO, Patricio, *Modernidad tradicional en el pensamiento de Jovellanos* (1953); SARRAILH, Jean, *L'Espagne éclairée à la seconde moitié du XVIIIème siècle* (Paris 1954; traducción castellana, México 1957); RODRIGUEZ CASADO, Vicente, *El Intento español de "Ilustración Cristiana"*, en *Estudios Americanos* 42 (1955); GÓNGORA (DEL CAMPO) Mario, *Estudios sobre el Galicianismo y la "Ilustración Católica" en América española*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125 (1957); *Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y la vida eclesíástica chilena 1770-1814*, en *Historia* 8 (1969); KREBS (WILCKENS) Ricardo, *La renovación de España en el pensamiento de los economistas españoles del siglo XVIII*, en *Historia* 1 (1962-63); HEER, Richard, *España y la revolución del siglo XVIII* (Madrid 1964); PALACIO ATARD, Vicente, *Los españoles de la Ilustración* (Madrid 1964); BRAVO LIRA, Bernardino, *La Universidad española e hispanoamericana de la Ilustración al Liberalismo*, en *Historia* 2 (1972-73).

⁸GÓNGORA (DEL CAMPO) Mario, *El estado en el derecho indiano. Época de fundación 1492-1570* (Santiago 1951); 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), reproducido en *Estudios de Historia del Derecho Indiano* (Madrid 1972).

inmediata dirección y corrección de un superior jerárquico, el cual, en último término, depende de los secretarios del despacho o ministros, responsables, a su vez, ante el monarca⁹.

Esta es una de las grandes realizaciones del absolutismo ilustrado. A ella está estrechamente ligada la tendencia a afirmar una supremacía radical del poder estatal sobre los demás poderes establecidos que se traduce en una contraposición cada vez más neta entre gobernantes y gobernados.

Pero el Estado absoluto del siglo XVIII no es absorbente como el Estado totalitario del siglo XX. Ni tampoco centralista a la manera del Estado liberal del siglo XIX. Reivindica para sí, como atributos propios del poder estatal, ciertas reglas frente a los otros poderes establecidos¹⁰. Está lejos de aspirar a suplantarse a esos otros poderes ni menos a absorberlos, como, en nuestro siglo, los Estados socialistas en sus distintas versiones. Por eso, sin suprimir las formas

⁹Falta un estudio de conjunto. Vid. ESCUDERO, José Antonio, *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, 4 vols. (Madrid 1969); MARTÍNEZ CARDOS, José: *Estudio preliminar*, en FERNÁNDEZ ESPESO, Carlos y MARTÍNEZ CARDOS, José: *Primera Secretaría de Estado. Ministerio del Estado. Disposiciones orgánicas (1705-1936)* vol. 1, (Madrid 1972). Un anticipo, GARCÍA GALLO, *Cuestiones y problemas de la Historia de la administración española*, p. 48: "Sólo... ya en el siglo XIX se produce la plena integración de los órganos de gobierno en la Administración, a la vez que ésta amplía su actuación". Asimismo apunta las singularidades del estado indiano: "El Estado en el siglo XVI en Indias y en el XVII y sobre todo en el XVIII en España se ocupa ya del Gobierno y Policía. El mismo: "La división de competencias administrativas en la Edad Moderna", p. 295-6. Sobre la separación entre Administración y Jurisdicción, señala: "...La doble tarea que en lo administrativo llevan a cabo los Borbones en España" "...suprimiendo y desplazando los órganos que se ocupaban indistintamente del gobierno y de la justicia, para deslindar una cosa de otra y reuniendo lo que afecta a uno y otra en toda la Monarquía bajo un solo órgano y dirección", *ibid.*, p. 304. Por lo que toca a la Administración y a la Judicatura particular de los distintos reinos americanos, esta separación se opera en la segunda mitad del siglo XVIII, como se afirma en el texto. Un avance: MARILUZ URQUIJO, José María: *Orígenes de la burocracia rioplatense. La Secretaría del Virreinato* (Buenos Aires 1974). No he podido consultar LALINDE ABADIA, Jesús, *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española* (Madrid 1970).

¹⁰Vid. HARTUNG, Fritz: *Der Aufgeklärte Absolutismus*, en *Historische Zeitschrift* 180 (1955); MAIER, Haas, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizwissenschaft)*, (Neuwied a. R. y Berlin 1966). Hartung insiste en rechazar la expresión "despotismo ilustrado", por no haber razón para abandonar el antiguo y difundido "uso de diferenciar claramente al absolutismo, entendido como forma de gobierno liberada de instituciones parlamentarias de tipo estamental, pero que se sujeta voluntariamente a leyes y que reconoce derechos de los súbditos, del despotismo como ilimitada arbitrariedad", p. 15. Sin embargo, en la bibliografía española, incluso reciente, se mantiene el empleo de la expresión "despotismo ilustrado". Cfr. COMELLAS, José Luis, *Historia de España Moderna y contemporánea (1474-1965)*, 1ª ed. 1 vol. (Madrid 1967), ahora 4ª ed., 2 vols. (Madrid 1974); GARCÍA GALLO, Alfonso: *Manual de Historia del Derecho Español*, 2 vols. 1ª ed. (Madrid 1959), ahora 3ª ed. (Madrid 1971), vol. 1: *El origen y la evolución del derecho*, p. 786, cfr. p. 702.

de tipo estamental o gremial, el absolutismo ilustrado se propone relegar en general a la esfera privada las diferencias existentes dentro de la población. Cobra así nuevo sentido la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Por entonces empieza a entenderse en los términos en que todavía subsiste hasta el presente: como dos áreas excluyentes entre sí: una que mira a la acción de los gobernantes y otra, a la de los gobernados. Esta contraposición no es sino el reflejo de otra: la que lleva a plantear la distinción entre materias de gobierno y materias de justicia en términos también excluyentes¹¹.

4. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN

Bajo el nombre de materias de gobierno se agrupa en general todo lo que constituye la gestión del Estado: básicamente los antiguos ramos de Gobierno y de Hacienda, como también, en cierto modo, el de Guerra; esto último, eso sí, sin perjuicio de la autonomía institucional de la fuerza armada que, por el contrario, cobra nuevas dimensiones. Debe advertirse que se trata de algo más complejo que una especie de refundición de estos ramos en uno solo. En realidad estamos ante una significativa ampliación de los fines del Estado más allá de lo que hasta entonces se había entendido como deberes del monarca.

La Ilustración atribuye al poder estatal una misión transformadora de la comunidad. Lo que, por cierto, no carecía de antecedentes en América española, donde el poder real jugó desde el primer momento un papel configurador. Esta singularidad del Estado indiano frente al Estado castellano de su mismo tiempo, no escapó a la penetración de un jurista de comienzos del siglo xvii como Rodrigo de Aguiar. En el prólogo a los *Sumarios de la Recopilación de las leyes Indias*, observó que en ellas "casi todo es político y de gobierno", mientras que las leyes de Castilla contienen casi únicamente "disposiciones judiciales"¹².

Pero ahora se trata de algo diferente. Gobernar no se entiende

¹¹BRUNNER, Otto: *Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte*, versión revisada (1955), en el mismo, *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Weimar 1964), esp. p. 11.

¹²AGUIAR Y ACUÑA, Rodrigo de, *Sumarios de la Recopilación de las Leyes, Ordenanzas, Provisiones, Cédulas, Instrucciones y Cartas acordadas...* (Madrid 1628, reimpreso en México 1677); cfr. GARCÍA GALLO, Alfonso, *La división...* (n. 9).

ya únicamente como regir, en el sentido medieval y moderno de la expresión: mantener a los vasallos en paz y en justicia; ampararlos en la paz y en la guerra; proteger a la Iglesia y, en los reinos americanos, apoyar su labor evangelizadora. Además de todo esto, gobernar es ahora crear y promover las condiciones de la felicidad pública. Esta dilatación del ámbito de la acción estatal se refleja, entre otras cosas, en el nuevo concepto de (alta) P o l i c í a dentro del cual se engloba el antiguo ramo de Gobierno con la nueva preocupación por el bien y la felicidad pública. En este sentido, puede decirse que la Justicia no es ya la suprema razón de ser del gobierno, suma y compendio de los fines del poder real. La función judicial pierde su antigua primacía para convertirse en una más entre las múltiples tareas que se entiende corresponder al Estado. Paralelamente la imagen del rey-juez, cabeza de la comunidad, cede paso a la del rey-gobernante, cabeza del Estado: primer servidor de un Estado concebido como entidad abstracta, impersonal y permanente, distinta de los sucesivos titulares del poder, y por ende de la persona del monarca mismo.

Este es, en síntesis, el marco dentro del cual se constituye una Administración cada vez más separada institucionalmente de la Judicatura y, por lo mismo, cada vez más sustraída a la tuición judicial, salvo en lo que toca a su proteger los derechos de los gobernados frente a sus agentes o de ella frente a estos últimos.

5. NACIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN

En función de la gestión estatal así concebida, se estructura paso a paso un complejo de oficinas dependientes de un núcleo central constituido por las secretarías del despacho o ministerios, cuyos titulares impulsan y dirigen su gestión desde arriba y son responsables, ante el monarca, de cada uno de los asuntos a su cargo. Se ponen así los cimientos de la Administración contemporánea, cuyo elemento primario no son los oficios sino estas oficinas con una planta permanente de empleados, internamente jerarquizada.

La competencia se radica de manera estable en la oficina como tal, independientemente de la persona de su jefe, en lugar de conferirse, como antes, al titular de cada oficio por el tiempo de su desempeño. Desaparecen así, poco a poco, los antiguos oficiales o ministros, investidos personalmente de la competencia propia de su oficio y responsables también directamente ante los tribunales de

justicia por los abusos que cometieren en el ejercicio del mismo. En su lugar, aparecen los empleados o agentes de cada oficina, con sus atribuciones y facultades cada vez más definidas, según el puesto que tengan en la jerarquía interna, las cuales ejercen bajo inmediata dirección y corrección disciplinaria del correspondiente superior jerárquico.

Dentro de los cuadros de la administración se perfila un nuevo tipo humano, llamado a recibir en el futuro el nombre de funcionario. Este es cada vez más distinto de los antiguos jefes y oficiales de Gobierno, de los antiguos jefes y oficiales militares y de los antiguos oficiales y ministros de la Hacienda, para no hablar de los ministros y oficiales de la Justicia. Este nuevo personaje se desdobra en dos variantes, según su posición dentro de la jerarquía interna: como superior o subordinado. El primero tiene su mejor representante en el jefe de oficina y el segundo, en el simple escribiente o empleado de pluma. Exponentes típicos del superior administrativo son, en esa época, los secretarios del despacho o ministros, en el gobierno central de la monarquía¹³ y en los distintos reinos americanos como Chile: los secretarios de gobierno desde 1776 y sobre todo a partir de la organización estable de la oficina conforme a la real orden de 4 de junio de 1784¹⁴; los contadores mayores de cuentas, desde la creación de la oficina respectiva conforme a la real cédula de 19 de abril de 1768¹⁵; los administradores generales de la Aduana; los directores de las rentas del tabaco, establecida en 1753¹⁶; o de correos, incorporada a la corona en 1773¹⁷; los superintendentes de la Casa de Moneda, incorporada asimismo a la corona en 1772¹⁸.

Entre estos altos empleados administrativos relativamente emprendedores y eficientes, se cuentan un Judas Tadeo Reyes (1756-1827), secretario de la gobernación desde 1780 hasta 1810 y luego en 1816-17, quien pudo llamarse "eje y principal sostén" del régi-

¹³Sobre el tema es fundamental ESCUDERO (n. 9).

¹⁴Un modelo de investigación sobre el proceso de institucionalización MARILUZ URQUIJO (n. 9).

¹⁵SILVA VARGAS, Fernando, *La Contaduría Mayor de Cuentas del Reino de Chile*, en *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales* 2 (Santiago 1967).

¹⁶STAPFF, Agnes, *La Renta del Tabaco en Chile*, en *Anuario de Estudios Americanos* 18 (1961).

¹⁷Autos sobre su incorporación a la Corona, C. M. 2 vols. 1318, fs. 25 ss.

¹⁸Autos sobre su incorporación a la Corona. C. M. 2 vols. 1346, fs. 33 s.

men¹⁹; Silvestre García (1769-1774)²⁰, Juan Tomás Echeverz (1776-1788)²¹ y Juan de Oyarzábal (1789-18?)²² en la Contaduría Mayor un Ramón Antonio del Pedregal (1773-1793)²³ y un Manuel Manso y Santa Cruz (1795-1814)²⁴ en la Administración general de Aduanas; un Carlos Vigil (1778-1784)²⁵, Bernardino Altolaguirre (1786-1798)²⁶ y un José Santiago Portales (1788-1814)²⁷ en la Superintendencia de la Casa de Moneda; un Marcos Alonso Gamero (1786-1798)²⁸ en la Renta del Tabaco o un Fernando Urizar (1772-1809)²⁹, en la de Correos.

6. ADMINISTRACIÓN Y JUDICATURA

A esta ampliación de las materias de gobierno corresponde una simultánea restricción de las materias de justicia, esto es, de los asuntos sujetos a juicio, vale decir, a decisión autoritativa pronunciada de ordinario con audiencia de parte o del afectado. Por tales se entienden ahora primordialmente los asuntos civiles o criminales, así como aquellos en que están en juego derechos de los gobernados frente a la administración o de ésta frente a sus agentes. En otros términos, la jurisdicción contenciosa y no contenciosa respecto a los gobernados y la jurisdicción de hacienda, militar, así como la que puede calificarse de contencioso-administrativa, respecto a la administración. Así pues, la Judicatura pierde su anterior preeminencia

¹⁹MEDINA, José Toribio, *Diccionario biográfico colonial de Chile* (Santiago 1906), p. 738; REYES R., Rafael, *La familia Reyes de Santiago*, en *Revista de estudios históricos* 14 (1966-67), pp. 3 ss., esp. pp. 9 ss.

²⁰MEDINA (n. 19), p. 326; SILVA VARGAS (n. 15).

²¹MEDINA (n. 19), p. 247; SILVA VARGAS (n. 15); ESPEJO, Juan Luis, *Nobiliario de la antigua Capitanía General de Chile*, (Santiago 1917), p. 99.

²²MEDINA (n. 19), p. 635; SILVA VARGAS, Fernando, *Perú y Chile. Notas sobre sus vinculaciones administrativas y fiscales (1785-1800)*, en *Historia* 7, esp. pp. 179 ss. Hay *separatum*.

²³MEDINA (n. 19), p. 658; *Biblioteca Hispano-chilena 1523-1817* (Santiago 1899) 3, p. 25 y 116; SILVA VARGAS, Fernando, *La visita de Areche en Chile y la subdelegación del regente Alvarez de Acevedo*, en *Historia* 6 (1967), esp. pp. 180 ss., 195 ss. Hay *separatum*.

²⁴MEDINA (n. 19), p. 496; (n. 23), p. 91; SILVA VARGAS (n. 25), pp. 196 ss.

²⁵MEDINA (n. 19), p. 948; (n. 23), p. 91; EYZAGUIRRE, Jaime, *El Conde de la Conquista* (Santiago 1951), pp. 139 ss.

²⁶MEDINA (n. 19), p. 58; ESPEJO, Juan Luis, *Nobiliario de la antigua Capitanía General de Chile* (segunda parte, Santiago 1921), p. 206.

²⁷MEDINA (n. 19), p. 697; LARRAÍN ECHEVERRÍA, Fernando, *Los antepasados de don Diego Palazuelos*, en *BACH*. (1937), pp. 162 ss.

²⁸MEDINA (n. 19), p. 323; EYZAGUIRRE (n. 25), pp. 154 ss.

²⁹FIGUEROA, Pedro Pablo, *Diccionario biográfico de Chile* (Santiago 1897-1901) 3, p. 341; FERNÁNDEZ PRADEL, Pedro Xavier, *Linajes vascos y montañeses en Chile* (Santiago 1930), p. 444.

como guardadora del orden jurídico frente a gobernantes y gobernados para quedar reducida al amparo por la vía civil de los derechos de unos gobernados frente a otros (derecho privado) o por la vía judicial-gubernativa de los mismos gobernados frente a la administración y de ésta frente a sus propios agentes (derecho público) y, en fin, de unos y otros derechos por la vía represiva (derecho criminal).

En relación a la Administración, la Judicatura se limita a resguardar la legalidad de las actuaciones de sus agentes, sin entrar a examinar su gestión misma, lo que se reserva paulatinamente a los superiores jerárquicos respectivos. En este sentido, no queda excluida de toda ingerencia en materias de gobierno. Antes bien, su intervención en tales asuntos tiende en cierto modo a ampliarse, sea por la vía consultiva sea por la vía de la apelación. En particular se realirma la obligación de los jefes políticos, como el gobernador o el intendente, de proceder con dictamen de la Real Audiencia o del asesor letrado en asuntos importantes de gobierno y el derecho de los afectados por providencias de gobierno a apelar de ellas ante la misma Audiencia.

Esta separación entre Administración y Judicatura se opèra en forma descendente, a partir de la cúspide de una y otra. Por eso tarda en manifestarse en los estratos inferiores. Allí persistirá por más tiempo la acumulación regular de funciones judiciales y funciones de gobierno en una misma persona, a la que se confieren simultáneamente oficios de una y otra naturaleza. Tal es, concretamente, el caso de los corregidores, convertidos en Chile en subdelegados conforme a la ordenanza de intendentes (1786), quienes continúan como justicias mayores de su partido o subdelegación.

Según es de suponer, la contraposición entre la Administración y la Judicatura no se impuso sin conflictos y tensiones entre los representantes superiores de una y otra. Durante largo tiempo hubo disensiones casi permanentes de la Real Audiencia con los encargados de llevar a efecto las reformas y, en general, con los altos mandos de la Administración.

7. MAGISTRADOS JUDICIALES Y EMPLEADOS ADMINISTRATIVOS

La contraposición entre Administración y Judicatura se hace más notoria porque la estructura fundamental de esta última no se altera. En contraste con la Administración, la Judicatura continúa articulada sobre la base de los antiguos oficios, cada uno con una esfera de competencia propia, a cargo de un titular que actúa por sí

mismo y bajo su personal responsabilidad por los abusos que cometa en ejercicio de él. A los jueces de superior jerarquía corresponde revisar las sentencias de sus inferiores, pero sin interferir el ejercicio de la competencia propia del oficio de éstos. Lo cual, en líneas generales, ha resistido hasta hoy en Chile sin mayores dificultades y con clara ventaja para la actuación jurisdiccional, en especial, como garantía institucional de la independencia del juez. Por eso, sin ir más lejos, anotémoslo de paso, hay actualmente tanta distancia entre un juzgado y una oficina administrativa; entre un juez y un jefe de oficina o entre los ministros de una Corte de Justicia y los miembros del consejo directivo de una institución administrativa, y, en general, entre la Judicatura como un todo y cualquier servicio administrativo.

Dentro de la Judicatura, la jerarquía de sus ministros y oficiales continúa determinada por los respectivos oficios. Los más elevados, todos ellos letrados, son los que pertenecen a la Real Audiencia: oidores y fiscal. A ellos se añade ahora el regente. La Audiencia, como se sabe, es cabeza de la judicatura ordinaria y máximo tribunal de justicia en su distrito. Este último coincide en Chile desde 1609, fecha de erección definitiva de la audiencia, con el territorio del reino³⁰. La figura de estos altos ministros de la Justicia en esta época está representada en Chile por fiscales como Lorenzo Blanco Cicerón (1777-87)³¹; Ambrosio Zerdán y Pontero (1777-79)³² o Joaquín Pérez de Uriondo (1780-94)³³; y oidores como José de Rezábal y Ugarte (1778-1790), luego regente (1795-1800)³⁴; Juan Rodríguez Ballesteros (1787-1806), asimismo después regente (1806-11)³⁵; Francisco Tadeo Díez de Medina (1783-1803)³⁶; José de Santiago Concha

³⁰Sobre la Real Audiencia: RUIZ GUIÑAZÚ, Enrique, *La magistratura indiana* (Buenos Aires 1916); ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico* (Buenos Aires 1952). En Chile: MUÑOZ FELIÚ, Raúl, *La Real Audiencia de Chile* (Santiago 1937); ZORRILLA CONCHA, Enrique, *Esquema de la justicia en Chile colonial* (Santiago 1942); MADRID REBOLLEDO, Elena, *El Ministerio público en el derecho indiano* (Santiago 1950); CORVALÁN MENÉNDEZ, Jorge y CASTILLO FERNÁNDEZ, Vicente, *Derecho procesal indiano* (Santiago 1951); SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *Las funciones de gobierno de la audiencia en el reino de Chile*, en *III Congreso del Instituto Internacional de historia del derecho indiano. Actas y Estudios* (Madrid 1973).

³¹MEDINA (n. 19), p. 134; MUJICA, Juan, *Nobleza colonial de Chile* (Santiago 1927); MADRID (n. 30), p. 55.

³²MEDINA (n. 19), p. 998; MADRID (n. 30), p. 55. LIRA MONTT, Luis, *Las órdenes y corporaciones nobiliarias en Chile*, en *Revista de Estudios históricos* 11 (1963), p. 197. Hay *separatum*.

³³MEDINA (n. 19), p. 181; MADRID (n. 30), p. 56; LIRA MONTT (n. 32), p. 199.

³⁴MEDINA (n. 19), p. 40; (n. 23) 3, pp. 408 ss.; LIRA MONTT (n. 32), p. 199.

³⁵MEDINA (n. 19), p. 753.

³⁶MEDINA (n. 19), p. 242; LIRA MONTT (n. 32), p. 197.

(1795-1811 y 1815-1817)³⁷ o José Santiago Martínez de Aldunate (1797-1811 y 1815-1817)³⁸.

8. ESTADO Y JUDICATURA EN CHILE BAJO LA ILUSTRACIÓN

La última fase de la Judicatura indiana está caracterizada por esta progresiva separación institucional entre ella y la Administración. Esta tendencia encuentra un sugestivo exponente en la *Real instrucción de regentes* de 1776. Pero ella no es ni el primer ni el más decisivo paso en esta dirección. Lo que le confiere singular relieve es que se trata de una reforma que afecta directamente a la Judicatura.

La plaza de regente fue creada en las audiencias americanas por real decreto de 11 de marzo de 1776³⁹ y sus funciones reguladas por la *instrucción* citada de 20 de junio siguiente⁴⁰. Ese mismo año se nombró regente de la Audiencia de Chile al entonces fiscal del crimen de la Audiencia de Lima, Tomás Álvarez de Acevedo⁴¹. Este tomó posesión el 22 de diciembre de 1777⁴².

La introducción de este nuevo magistrado en el seno de la audiencia mira primordialmente a permitirle una mejor atención de los asuntos judiciales de su competencia. En particular, le permite ocuparse de ellos con mayor independencia de su presidente. Este cargo correspondía normalmente al titular del mando político y militar superior, que en Chile era el gobernador y capitán general⁴³.

³⁷MEDINA (n. 19), p. 811; MUJICA (n. 31); p. 223; SALVAT MONGULLOT, Manuel, *El delito de infidelidad a la Patria. Un caso chileno. Discurso de incorporación a la Academia Chilena de la Historia* (en prensa). Debo a la amabilidad del autor haber podido disponer del manuscrito.

³⁸MEDINA (n. 19), p. 49; FIGUEROA (n. 29, 3ª ed., Santiago 1896) 1, 46.

³⁹rc. 11 marzo 1776: crea la plaza de regente en las audiencias de América, inserta en rc. 6 abril 1776: se haga notoria en los reinos de América la nueva planta de las Audiencias.

⁴⁰Instrucción de lo que deben observar los regentes de las reales audiencias de América: sus funciones, regalías, como se han de ver con los virreyes y presidentes y éstos con aquéllos. Madrid 1776 (editada por SALVAT MONGULLOT, Manuel, *La instrucción de regentes*, en *Revista chilena de historia del derecho* 3 (1964), pp. 57 ss., el texto, en pp. 59 ss.

⁴¹SILVA VARGAS (n. 23), p. 156.

⁴²CARVALLO y GOYENECHE, VICENTE, *Descripción histórico-geográfica del reino de Chile*, en MEDINA, José Toribio, *Colección de historiadores de Chile y documentos relativos a la Historia nacional* (Santiago 1865-1948), vol. 9 y 10 (Santiago 1875-6) 9, p. 420.

⁴³rc. Madrid 17 febrero 1609: ordenanzas de la audiencia de Santiago de Chile, cap. 3 a 5, en AAS. 2, pp. 216 ss.

Conforme a la *instrucción* corresponde al regente: "la dirección de las Audiencias en lo contencioso y económico, con independencia de los Virreyes y Presidentes, no hallándose éstos en las salas; pero si estuviesen presentes, darán por sí las providencias que ocurran con acuerdo del Regente"⁴⁴. Además, el regente sucede en sus facultades al oidor decano, las que quedan refundidas con las suyas⁴⁵. "Uno de los principales cuidados de los Regentes (será) —según la misma *instrucción*— el informarse con frecuencia del estado que tienen los Pleytos en las Audiencias, para evitar que se impida su curso y determinación por medios ilegítimos y dará las órdenes correspondientes a fin de que la Justicia tenga debido y pronto cumplimiento"⁴⁶. En estos aspectos el regente es el antecesor inmediato de los actuales presidentes de las Cortes de Apelaciones, quienes, por lo demás, se llamaron regentes hasta 1876, y el antecesor indirecto del actual presidente de la Corte Suprema, que aparece en 1823, pero cuyas funciones en lo referente a la marcha interna del tribunal se modelaron a su vez sobre las del regente del Tribunal de Apelación.

Pero, además, entre las diversas funciones del regente, hay otra de singular relieve: "uno de los más principales cuidados" suyos debía ser velar por la exacta observancia "de las leyes de Indias que permiten la apelación de todas las determinaciones del Gobierno para las Reales Audiencias"⁴⁷. Es decir, hacer más efectivo el amparo judicial de los derechos de los gobernados frente al gobierno contemplado en las leyes.

No obstante estas reformas, la *instrucción* mantuvo al regente en el mismo primer lugar en el orden de subrogación del gobernador que antes tenía el oidor decano⁴⁸. De hecho, al propio Alvarez de Acevedo le correspondió dos veces asumir interinamente el gobierno de Chile, en 1780 y en 1787. Por su parte el regente Rezábal y Ugarte desempeñó también interinamente el mando en 1796⁴⁹.

9. JUDICATURA Y ADMINISTRACIÓN EN LA FASE FINAL DEL ESTADO INDIANO

Los más decisivos avances en las dos direcciones examinadas se producen después de la *instrucción de regentes*. En especial

⁴⁴ri. (n. 40) 35.

⁴⁵id., 61.

⁴⁶id., 29.

⁴⁷id., 41.

⁴⁸id., 66.

⁴⁹Vid. n. 34

debe considerarse en este punto la ordenanza de intendentes, cuya vigencia se extendió a Chile en 1786⁵⁰. Con ella se produce un desplazamiento de la fiscalización de carácter más bien judicial que hasta entonces competía a la audiencia sobre los encargados de oficios no judiciales en favor de otra, de carácter marcadamente administrativo, ejercida en cada caso por el respectivo superior jerárquico y en particular por el intendente⁵¹. A la inversa, la jurisdicción del intendente sobre causas judiciales se confía a su teniente y asesor letrado, bajo inmediata dependencia de la audiencia. Lo cual fue un primer paso hacia el establecimiento de jueces letrados en la capital de cada intendencia y su territorio⁵². En cambio en el resto de la provincia los corregidores fueron substituidos por subdelegados que retuvieron las funciones judiciales de aquellos⁵³. Finalmente, se exigió a los intendentes actuar en determinados asuntos con dictamen del mencionado asesor letrado y se hizo extensiva a sus providencias en materias de gobierno y (alta) Policía el derecho de los afectados a apelar a la audiencia⁵⁴.

Este encadenamiento entre la *instrucción de regentes* y la *ordenanza de intendentes*, tan notorio si se atiende al contenido de una y otra, se halla, además, subrayado en Chile por una circunstancia particular: la de haber sido el mismo Alvarez de Acevedo, recién designado regente de la Audiencia de Chile, encargado de realizar la visita general del reino⁵⁵, cuyo objetivo final no era otro que el establecimiento de las intendencias⁵⁶.

En lo sucesivo, las apelaciones de las resoluciones gubernativas

⁵⁰Real ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de exercito y provincia en el virreinato de Buenos Aires, Madrid 1782, cuya vigencia se extendió a Chile por el virrey Teodoro de Croix, según orden Lima 14 enero 1786, aprobada por ro. 6 febrero 1787. Vid. COMADRÁN, Jorge, *La Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, en *Anuario de Estudios Americanos* 11 (Sevilla 1954); LYNCH, John, *Spanish colonial Administration 1782-1810. The Intendant System in the Viceroyalty of the Río de la Plata* (Londres 1958); SANZ, Luis, Santiago. *El proyecto de extinción del régimen de las intendencias de América y la ordenanza general de 1803*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 5 (Buenos Aires 1953); ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, *La organización política argentina en el periodo hispánico* (1ª ed. 1959, 3ª 1967), pp. 242 ss. con bibliografía, MORAZZANI DE PÉREZ, ENCISO, Gisela, *La Intendencia en España y en América* (Caracas 1966); *Observaciones sobre las Ordenanzas de intendentes de Indias de 1782 y 1786*, en *III Congreso del Instituto de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios* (Madrid 1972).

⁵¹id., 3; 17; 21; 84; 217.

⁵²id., 12; 14.

⁵³MUÑOZ (n. 30), p. 113.

⁵⁴Real ordenanza (n. 50), 12, 52.

⁵⁵SILVA VARGAS (n. 23), p. 155.

⁵⁶Así lo dice el visitador general Escobedo a Alvarez de Acevedo en carta de 10 septiembre 1785, cit. por SILVA VARGAS (n. 23), p. 189 n. 111.

fueron objeto todavía de una nutrida regulación. No es del caso ocuparnos de ella⁵⁷. El tema fue tratado en su tiempo, entre otros, por el regente de la Audiencia chilena José de Rezabal y Ugarte en su *Política de Regentes*⁵⁸. Sobre el sentido dominante de esta legislación es suficientemente ilustrativa la real cédula circular de 29 de agosto de 1806, derogatoria de toda disposición en contrario. Por ella se determina que pertenecerá en adelante al gobernador declarar si un asunto es de gobierno o de justicia. En el primer caso, no se admitirá apelación de los afectados hasta que recaiga providencia definitiva o con fuerza de tal. Contra esta última procederá el recurso a la audiencia sin que el gobernador pueda impedirlo⁵⁹.

Por real orden de 28 de octubre de ese mismo año se modificó el orden de subrogación del gobernador. Allí se dispuso que en ningún caso la Audiencia asumiera el mando por fallecimiento o ausencia del gobernador. Este debía ser reemplazado por quien estuviere designado al efecto en pliego especial, en su defecto por el oficial de ejército de mayor graduación residente en el reino, desde coronel efectivo y sólo en tercer lugar, a falta de éste, por el regente o en su defecto el oidor decano, quienes debían abstenerse de dar parte en el ejercicio del mando a la audiencia⁶⁰.

II

10. EL CONSTITUCIONALISMO EN LOS PAÍSES DE DERECHO CASTELLANO Y PORTUGUÉS

La segunda etapa en la formación del Estado contemporáneo en Chile corresponde al constitucionalismo del siglo XIX y tiene su expresión más clara en la institucionalización de la legalidad a través de una asamblea legislativa o parlamento.

Esta es una de las aspiraciones primarias del constitucionalismo. En el Estado constitucional no se reconoce otra ley que la ley parlamentaria, es decir, la ley dictada con intervención de una asamblea legislativa. Esta participación en la formación de las leyes es el cometido por excelencia del parlamento. Como complemento de él, se le atribuye, además, la fiscalización de la gestión gubernamen-

⁵⁷MUÑOZ (n. 30), esp. pp. 106 ss.

⁵⁸REZABAL Y UGARTE, José de, *Política de regentes de las Reales Audiencias de ambas américas e islas Filipinas, su creación, honores, preeminencias y facultades que les competen por su instrucción y posteriores reales resoluciones*. Vid. MEDINA (n. 34), donde reproduce la tabla de contenido.

⁵⁹MUÑOZ (n. 30), p. 107.

⁶⁰Id. p. 99.

tal, a fin de que no sobrepase los términos de la legalidad. Surge así la dualidad jefe de Gobierno-Parlamento, característica del Estado contemporáneo. Con ello se elimina la intervención de la Judicatura en materias de gobierno. Los tribunales de justicia quedan relegados a las materias de justicia.

Ahora bien, en los países de derecho castellano y portugués las instituciones parlamentarias datan apenas del siglo pasado. Como es sabido, aparecen recién con las primeras constituciones escritas. Su inserción dentro del esquema estatal hispanoamericano o peninsular coincide con la crisis política provocada por la invasión francesa de España y Portugal en 1808. Es decir, no viene exigida por la expansión de la propia institucionalidad, sino impuesta bajo el influjo del constitucionalismo europeo y estadounidense. En particular, por la doctrina de la separación de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que ha servido de punto de referencia para la configuración del Estado constitucional.

Por eso no es extraño que en todos estos países se tarde en conseguir que las instituciones parlamentarias marchen regularmente. Ni la dificultad para conciliar en ellos el funcionamiento de un parlamento con la eficacia de la gestión gubernativa. Ni, en fin, que en los mismos la relación jefe de Gobierno-Parlamento constituya hasta el presente la porción más endeble del edificio constitucional. Lo cual vale incluso para Brasil y Chile; los dos ejemplos más logrados de Estado constitucional en el mundo de habla castellana y portuguesa.

La dualidad gobierno-parlamento introducida en el siglo XIX supuso un reajuste completo en el estrato superior del esquema estatal, tal como se hallaba configurado desde hacía más de dos siglos en España, Portugal e Hispanoamérica. Dentro de ella la legislación era considerada como parte integrante y principal de la función gubernativa. Al paso que se atribuía a la Judicatura, según hemos recordado, el papel de guardadora del orden jurídico frente a gobernantes y gobernados o, cuando menos, como a partir del siglo XVIII, de protectora de los derechos de los gobernados entre sí y frente a la Administración.

Ahora bien, la implantación del Estado constitucional en estos países afectó de modo desigual a los distintos elementos de su institucionalidad. De ellos en América española, el más profundamente alterado fue, sin duda, el superior gobierno de cada reino, que con la independencia política pasó a ser supremo gobierno de un Estado plenamente autónomo. Esta transformación coincidió con la que se le impuso para encajarlo dentro del marco de los tres poderes clá-

sicos. Otros sectores de la institucionalidad padecieron menores quebrantos al ser también insertados en dicho esquema. Así sucedió en materia de Justicia, de Ejército, de Hacienda y también en materia de gobierno interior, con la organización provincial en los países que resistieron al federalismo. Está todavía por investigarse el papel que cumplieron, en general, las antiguas instituciones hispanoamericanas durante todo el período de ensayos constitucionales y su aporte al asentamiento del propio Estado constitucional.

II. LA JUDICATURA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En pocos países experimenta la Judicatura menores quebrantos que en Chile con la transición del Estado absoluto al Estado constitucional. La Judicatura chilena se inserta dentro del nuevo esquema estatal en cortos años y sin trastornos institucionales de relieve. Por eso la implantación del régimen constitucional en Chile no está marcada por una época de ensayos y vacilaciones en el orden judicial como la que en otras partes o aun en el mismo Chile, en el orden político principalmente, arrastra hacia una descomposición de las antiguas instituciones.

También por eso, entre otras razones, es también la Judicatura el elemento del Estado constitucional chileno cuya posición dentro del mismo más tempranamente se define y estabiliza. Lo cual ocurre ya desde 1824 en adelante. Es decir, más de un lustro antes de que se recupere en Chile la estabilidad política, lo que, como es sabido, se produce recién a partir de 1830, cuando por obra de Portales se consolidan las instituciones presidencial y parlamentaria.

En el caso de Chile el ingreso de la Judicatura en el Estado constitucional no le impuso alteraciones de consideración. Por lo que a ella se refiere, la transformación más decisiva fue un recorte de su órbita de acción, con el deterioro consiguiente de su importancia dentro del Estado. En lo demás, las instituciones judiciales, a diferencia de las instituciones políticas, permanecieron virtualmente intactas. Lo cual contribuyó a que dentro del Estado constitucional se produjera un distanciamiento cada vez más marcado entre Gobierno y Judicatura.

Lo anterior fue posible, en buena parte, debido a las reformas de fines del siglo XVIII que condujeron, según se vio, a establecer una relativa separación institucional entre Jurisdicción y Administración. Gracias a ella las instituciones judiciales pudieron permanecer hasta cierto punto al margen de la descomposición de las instituciones políticas del Estado absoluto y de su ulterior recomposición bajo

moldes constitucionales. Asimismo, gracias a esa separación, se reconoció dentro del nuevo Estado constitucional como privativo de la Judicatura buena parte de su antiguo radio de acción. Para adaptarla al molde de los tres poderes clásicos bastó con contraer su actuación a las materias de justicia, despojándola de toda ingerencia en materias de gobierno.

Esta reducción de la esfera jurisdiccional no representa, a fin de cuentas, sino un paso más en la separación entre Jurisdicción y Administración. Ella alcanza en el Estado constitucional su punto culminante al contraponerse absolutamente entre sí la esfera jurisdiccional, privativa de la Judicatura y la esfera gubernativa, privativa del Gobierno, constituido conjuntamente por el Jefe de Estado y el Parlamento. Conforme a la doctrina de la división de poderes, ni el Gobierno ha de mezclarse en lo judicial ni la Judicatura en lo gubernativo. Así, de un lado, se excluye todo recurso judicial con motivo de las actuaciones de los gobernantes, mientras del otro se excluye toda interferencia gubernativa en las actuaciones de los Tribunales de justicia.

En suma, dentro del Estado constitucional el papel de la Judicatura se reduce a amparar los derechos de los gobernados frente a los atentados que estos se infieren entre sí o los derechos del Gobierno frente a ellos. En cuanto a los derechos de los gobernados frente al Gobierno, se les supone suficientemente cautelados por la ley constitucional y ordinaria a que debe ceñirse la actuación de los gobernantes, por cuya observancia corresponde, además, velar al Parlamento. De esta suerte se cree haber establecido el imperio de la Ley en lugar del arbitrio de los hombres. De ahí que la misión de amparar a los gobernados frente a las extralimitaciones del poder se confunda con la vigilancia de la legalidad en el ejercicio del poder y se la haga residir primordialmente no en la Judicatura, sino en el Parlamento.

Con todo, la jurisdicción permanece intacta en su carácter de función privativa de la Judicatura, pese a haberse substraído a ella las materias de gobierno. Tal es la clave de la persistencia de la Judicatura como institución diferenciada del gobierno en el Estado constitucional. En la medida en que subsisten materias sobre las cuales únicamente ella tiene jurisdicción, sin que en esto tenga parte alguna el Gobierno, subsiste también la diferenciación institucional entre lo judicial y lo gubernativo.

12. GOBERNACIÓN Y JURISDICCIÓN

Así se explica el hecho, a primera vista, inesperado de que esta reduc-

ción del ámbito jurisdiccional a las materias de justicia conduzca, en el primitivo Estado constitucional, a extremar la diferenciación institucional entre Jurisdicción y Gobernación, en lugar de atenuarla y llevar, en definitiva, a una absorción de la Judicatura por la Administración. Este fenómeno se producirá efectivamente en algunos países, pero en una fase ulterior del Estado constitucional, que corresponde recién al siglo xx: el Estado totalitario. Para llegar a ello será necesario, en todo caso, que primero la jurisdicción deje de ser privativa de la Judicatura, sin lo cual no podría colocársela bajo una total dependencia del Gobierno. Sólo así se abre la puerta para convertir al juez en funcionario y a los Tribunales de Justicia en servicio público, sujeto a las directivas del Ministerio de Justicia y, a través de ellas, al partido gobernante, según se establece actualmente en Estados socialistas como la Unión Soviética o la República Democrática Alemana⁶¹.

Sin embargo, es menester reconocer que desde el momento en que las materias de gobierno se substraen al radio de acción de la Judicatura, se crean en el Estado constitucional los presupuestos necesarios para una expansión absorbente de la Administración. Frente a ella ni siquiera queda garantida la propia Judicatura, pese a permanecer todavía intacta. Esto es así porque desde que es eliminado todo recurso judicial contra las actuaciones gubernativas, ellas tienden a transformarse en una pura expresión de poder.

Es decir, la actuación gubernativa tiende a adquirir en forma cada vez más marcada el carácter de un acto meramente potestativo, fundado en última instancia en el poder. En cuanto tal, es impuesta a los gobernados por provenir de quien gobierna y manda, esto es, de alguien en quien radica la potestad pública correspondiente, sin que ellos, por su parte, puedan hacer valer en su contra reparo alguno fundado en su contenido. Así se advierte en sus expresiones más caracterizadas, que son en esta época la ley dictada con el concurso del parlamento o el acto administrativo, cuyo paradigma es el decreto supremo. Uno y otro no tardan en ser considerados como una declaración de voluntad soberana, impuesta según prudencia y buen sentido del gobernante a la generalidad de los gobernados⁶².

⁶¹WYSCHINSKI, Andrei J., *Cuestiones de la teoría del Estado y del Derecho* (en ruso) (Moscú 1949); LEISSNER, Gustav, *Verwaltung und öffentlichen Dienst in der sowjetischen Besatzungszone Deutschland* (Stuttgart-Colonia 1961) con bibliografía; ZELLWEGER, Edvard, *El principio de la legalidad socialista*, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* 5 (1964) 2.

⁶²Código civil de Chile (1855) art. 1: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite". Cfr. LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil y su época*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 2 (1955) 2, ahora,

Esta situación corresponde plenamente a la teoría del constitucionalismo en la que se presupone un poder ilimitado en su contenido al que, por lo mismo, es menester limitar en su ejercicio a través de la división de poderes y en particular de la dualidad Jefe de Estado-Parlamento en materia de gobierno.

En tales condiciones se torna en el hecho bastante precaria la independencia de la Judicatura frente al Gobierno, aun dentro del radio de acción privativo que ella conserva. Al igual que los gobernados respecto de sus derechos, la Judicatura también se halla destituida de medios institucionales para preservar su propia independencia en caso de que el Gobierno sobrepase su esfera propia por la vía legal o administrativa. Lo cual se manifiesta asimismo en la doctrina constitucional que en esta época exalta la independencia de los Tribunales como un imperativo, un ideal o una exigencia irrenunciable; en una palabra, como meta a alcanzar antes que como supuesto institucional asegurado.

13. ACTUACIÓN GUBERNATIVA Y ACTUACIÓN JURISDICCIONAL

A medida que la actuación gubernativa cobra ese carácter de acto meramente *potestativo*, se distancia también cada vez más de la actuación jurisdiccional, que, por su parte, mantiene intacto su carácter, perfectamente definido desde los siglos anteriores, de acto fundamentalmente *autoritativo*.

En cuanto autoritativa, la actuación jurisdiccional en esta época, no menos que en las precedentes, se funda en último término en el saber. Proviene, por tanto, en definitiva de quien sabe y entiende, es decir, de alguien constituido en autoridad pública. Así lo muestra su exponente más genuino que como en tiempos anteriores no es otro que la sentencia: declaración de derecho pronunciada según leal saber y entender del juzgador, impuesta sólo a las partes o al afectado para su ejecución y expuesta ante los entendidos en derecho para su estudio y crítica⁶³.

en *El Código Civil y su época* (Santiago 1956), esp. pp. 58 ss.; GONZÁLEZ ECHEÑIQUE, JAVIER, *Notas sobre algunas definiciones legales de ley*, en *Estudios en homenaje a Pedro Lira Urquieta* (Santiago 1970), pp. 59 ss.; BADURA, PETER, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat* (Tubinga 1966).

⁶³Cfr. BELLO, Andrés, *Independencia del poder judicial*, en *El Araucano* 334 (Santiago 27 de enero 1837), ahora, en *Obras completas* (Santiago 1885) 9, pp. 217 ss. Allí sostiene "La facultad de juzgar no es otra cosa que una emanación del poder ejecutivo", los jueces pueden calificarse de "delegados del poder ejecutivo" y "como tales se hallan en una especie de dependencia del supremo

En otras palabras, el acto jurisdiccional no pierde en absoluto su carácter autoritativo que lo mantiene encuadrado dentro del marco del derecho, entendido como saber jurídico. Un marco objetivo, demás está decirlo, pues se trata de un saber concreto, cultivado por muchos con independencia del juez y, por tanto, a la vez superior y anterior a él mismo. Es este saber el que en último término sirve de punto de referencia a toda la actuación jurisdiccional: el que a un tiempo habilita al juez para pronunciar una sentencia y a los entendidos en derecho para reconocer en ella un avance o un deterioro en el patrimonio jurídico colectivo y presentarla, en consecuencia, como tal ante la sociedad entera, a fin de que le sirva de orientación en el futuro.

Es fácil advertir por qué la separación institucional entre Gobernación y Jurisdicción alcanza su grado máximo con esta verdadera contraposición de las dos formas de actuar referidas: la una meramente potestativa y, en cuanto tal, desligada de toda contracción exterior o superior al que gobierna y manda; y la otra autoritativa y, por tanto, ligada a la autoridad del derecho de la cual participa el que juzga. Más lejos no cabe ir sin anular la separación entre Gobierno y Judicatura, porque desaparecida la zona intermedia toda ampliación de las materias de gobierno se hace a costa de las de justicia y viceversa. En este sentido, puede observarse que la trayectoria del Estado constitucional avanza desde una acentuación del contraste entre Gobernación y Jurisdicción que lleva a la más absoluta separación de una y otra en sus fases primitivas, para ir a parar en sus fases tardías al extremo opuesto: en esa absorción de la Judicatura por la Administración que remata en la más completa confusión de ambas.

Pero la suerte de la Judicatura en las distintas fases que ha recorrido el Estado constitucional en los países donde se ha establecido su forma totalitaria nada tiene de singular. Después de todo

magistrado (el presidente de la república) responsable de la observancia de las leyes y por consiguiente obligado a ejercer algún género de autoridad sobre los que las aplican". Y sin perjuicio de ello afirma "El poder de juzgar es independiente: es decir no hay autoridad que encadene la libertad del magistrado para conocer con arreglo a las leyes en el negocio que se somete a un examen ni para pronunciar la sentencia que fije los derechos controvertidos". "El juez tiene toda la independencia imaginable para examinar por sí los hechos... y para aplicarles la ley, sin atender más que a los preceptos de ella y a los dictados de la conciencia propia". Lo explica puntualizando que el poder ejecutivo no puede remediar los abusos cometidos en una sentencia sino tan sólo precaver para el futuro que no se violen las leyes y que la responsabilidad de un juez ha de ser declarada por otros jueces, nunca por el poder ejecutivo.

es la misma que corren también otras instituciones fundamentales, como las municipales, las universitarias o las gremiales. También estas corporaciones de vecinos, de estudiosos o de profesionales son afectadas primero por el centralismo administrativo del Estado constitucional en su fase liberal para desaparecer, luego, como tales, en su fase socialista, tragadas por el expansionismo absorbente de la Administración. Así terminan por ser transformadas en entidades administrativas, sin quedar rastro de su primitivo carácter de corporación.

14. JUECES Y FUNCIONARIOS

Este paralelo ilustra sobre la importancia que reviste la persistencia de los antiguos oficios en materia judicial. Ella está mucho más ligada de lo que a primera vista parece a los dos elementos que hemos considerado hasta ahora: jurisdicción como función privativa de la Judicatura y carácter autoritativo de la actuación jurisdiccional. Como ellos representa a la vez una condición y una prueba del grado de independencia que mantienen los Tribunales de justicia frente al Gobierno.

En el primitivo Estado constitucional ni siquiera se intenta alterar la armazón de la Judicatura como conjunto de oficios diferenciados entre sí por su jerarquía y competencia. Ella persiste de hecho, ignorada tanto de la doctrina como de la legislación. Así se aplica sin más a los jueces la denominación de funcionarios, sin asimilarlos por ello al régimen ni a la subordinación propia de los empleados de la Administración⁶⁴. Tan sólo por excepción se altera indirectamente su condición, como sucede cuando se restringe su inamovilidad o se sujeta su conducta ministerial a la vigilancia del Supremo Gobierno.

El juez sigue contanto, pues, con un efectivo resguardo institucional para el ejercicio independiente del propio oficio. Lo que permite mantener intacta en todos los tramos de la jerarquía judicial la plena autoridad de cada juez sobre los asuntos de su competencia.

⁶⁴Constitución política del Estado de Chile 1823, art. 18 n° 12 en relación a arts. 121, 150, 166. Constitución de la república de Chile 1833, art. 39 n° 2 en relación a arts. 110, 111 y 113. Los textos han sido muchas veces reimpresos: BRICEÑO, Ramón, *Memoria histórico-crítica del Derecho Público chileno desde 1810 hasta nuestros días* (Santiago 1849) 2ª parte; BAÑADOS ESPINOSA, Julio, *Constituciones de Chile, Francia, Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Bélgica, España y Suiza, concordadas por...* (Santiago 1889) 5ª parte. VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República. Textos constitucionales de Chile y Registro de los ciudadanos que han integrado los poderes ejecutivo y legislativo desde 1810* (Santiago 1951) 1.

En tales asuntos la competencia de los jueces superiores se refiere únicamente a subsanar deficiencias en los procedimientos o en los fallos de sus inferiores, sin que en ello se comprometa ni la responsabilidad ni la permanencia en el oficio de los mismos. Por eso los jueces son no menos inamovibles que antes, en términos que sólo pueden ser separados del oficio cuando se hace efectiva su responsabilidad ministerial ante otro tribunal.

Demás está señalar que semejante disociación entre el ejercicio de la competencia propia del oficio y la responsabilidad ministerial del titular del mismo es incompatible con la dependencia que, por su parte, exige de sus agentes la Administración en todos los escalones de su jerarquía. Allí, los inferiores son en último término ejecutores de las directivas emanadas de sus respectivos superiores, a cuya impulsión y corrección disciplinaria se sujeta toda su actuación funcionaria.

En resumen: durante el tránsito del Estado absoluto al Estado constitucional pudo llevarse a efecto la substracción de las materias de gobierno a la esfera jurisdiccional sin alterar mayormente las bases institucionales de la Judicatura. Así sucede de hecho en algunos países del área jurídica castellano-portuguesa como Chile. Pero, como también hemos tenido ocasión de verlo, no sucedió otro tanto con la situación de la Judicatura dentro del Estado, que, en cambio, experimentó un sensible deterioro.

15. JUDICATURA Y GOBIERNO

Al estrechamiento de su radio jurisdiccional correspondió, como no podía ser menos, una pérdida de la importancia de la Judicatura frente al Gobierno. Es decir, una alteración decisiva en su posición dentro del Estado.

La dualidad Justicia-Gobierno dentro de los fines del Estado de la época del absolutismo ilustrado se resuelve en la época constitucional en una clara preeminencia del Gobierno sobre la Justicia.

Esta preeminencia aparece con mayor nitidez en la república constitucional que en la monarquía constitucional. En esta última queda en cierta manera velada por el hecho de que el monarca retiene, al menos nominalmente, la suprema potestad gubernativa y la suprema autoridad jurisdiccional —aparte, naturalmente, del comando supremo de la fuerza armada y de la dirección suprema de las relaciones exteriores—, de suerte que tanto el gobierno como la justicia se hacen en su nombre. En la república constitucional, en cambio, Judicatura suprema y Supremo gobierno se disocian entre

sí y se une el Gobierno a la jefatura de Estado, que comprende, además, el supremo comando de la fuerza armada y la suprema dirección de las relaciones exteriores. Con ello adquiere el Gobierno una preeminencia indisputable en relación a la Judicatura, subrayada todavía por el hecho de hallarse ésta destituida de jurisdicción para amparar a los gobernados frente a las extralimitaciones del poder.

De ahí que invariablemente este Poder Judicial o tercer poder del Estado como se le denomina en la doctrina constitucional sea en realidad el último de los tres y esté de hecho muy por debajo de los otros dos. Así lo reconocen por lo demás los primitivos teóricos del constitucionalismo, quienes no hacen misterio de su desconfianza hacia la Judicatura.

Como se sabe, esta actitud está vinculada originalmente a una situación concreta que se dio en la Francia del siglo XVIII: a la posición que allí tuvieron frente a la monarquía los parlamentos judiciales, cuyos magistrados compraban su plaza y se sucedían en ella por generaciones. No menos sabido es que al buscar remediarla con la provisión de los magistrados por el Gobierno, se cayó en algo peor: la pérdida de su independencia por los Tribunales de Justicia.

Ese no era, desde luego, el caso de la Judicatura en los países de derecho castellano y portugués. En ellos la Corona, según es notorio, cuidó de reservarse la provisión de los altos oficios judiciales, de suerte que no hubo lugar a que éstos se transformaran en vendibles ni menos en hereditarios. Lo cual no impidió que al implantarse el Estado constitucional en estos países prendiera también en ellos el recelo frente a la propia Judicatura. No se vaciló, pues, en someterla a las restricciones imaginadas por los teóricos del constitucionalismo para contrarrestar una pretendida tendencia a la formación de una casta judicial. Se reaccionó así contra un mal del que la propia Judicatura no padecía, acudiendo a soluciones concebidas en función de problemas ajenos a ella y a medidas enderezadas a conjurar amenazas que le eran no menos extrañas. El resultado no fue otro que un retroceso en la importancia de la Judicatura frente al Gobierno.

Las restricciones impuestas a la Judicatura en los comienzos del Estado constitucional son múltiples. Por de pronto se entrega al Gobierno, a través del Jefe de Estado o incluso del Parlamento, el nombramiento de los jueces y en particular de los más altos magistrados judiciales⁶⁵. Luego se somete la conducta ministerial de los

⁶⁵Constitución provisoria para el Estado de Chile, 1818 tit. v, cap. II art. VII en relación al Cap. I, art. IV del mismo tit. Constitución Política del Estado de Chile, 1822, art. Pacto de unión de las tres provincias, 1823, art. 21. Constitución Política del Estado de Chile 1823, art. 149 nº 4. Constitución Política

jueces a la vigilancia del Supremo Gobierno⁶⁶, con facultad, a veces, hasta para suspenderlos en el ejercicio del oficio, sin aguardar pronunciamiento judicial alguno⁶⁷; se atribuye al Parlamento competencia para procesar y destituir altos magistrados judiciales⁶⁸; para no decir nada de la facultad genérica confiada al Jefe de Estado de velar por la cumplida administración de justicia⁶⁹. No faltan incluso casos de limitación de la inamovilidad de los jueces a cierto período, substituyendo los nombramientos con duración indefinida por otros meramente temporales⁷⁰.

16. ADMINISTRACIÓN Y JUDICATURA BAJO EL CONSTITUCIONALISMO

A primera vista puede parecer que como resultado de ello se coloca de hecho a la Judicatura bajo una dependencia del Ministerio de Justicia similar a la que tienen las instituciones armadas respecto al Ministerio de Guerra. Al igual que el Ejército o la Armada, los Tribunales de Justicia cumplen funciones específicas por su naturaleza —como son la defensa o la jurisdicción— que exigen una preparación también especializada —como es la de los hombres de armas o la de los hombres de derecho— y tienen, por tanto, un alto grado de diferenciación institucional, como resalta, en primer lugar, del hecho de que cuenten con una jerarquía interna que excluye una intervención foránea en materia disciplinaria. Pero, en realidad, la independencia

de la República de Chile, 1823, art. 149 n° 4. Constitución Política de la República de Chile, 1828, art. 46 n° 17 y 96 n° 11. Constitución de la República de Chile, 1833, art. 82 n° 7 en relación al art. 104 n° 2; Ediciones de los textos (n° 64).

⁶⁶Constitución 1823 (n. 64), art. 18 n° 12 y 17; Constitución 1828 (n. 65), art. 84 n° 5; Constitución 1833 (n. 64), art. 82 n° 3.

⁶⁷Constitución 1833 (n. 64), art. 82 n° 3 y L. 10 enero 1844: sobre régimen interior, art. 70, en B. L. IV, lib. 12. Vid. HUNEUS (ZEGERS), Jorge; La Constitución ante el Congreso, o sea, comentario positivo de la Constitución chilena, 2 vols. (Santiago 1879-80) 2, pp. 50 ss.

⁶⁸Constitución 1828 (n. 65) art. 47 n° 2, en relación al art. 48. Constitución 1833 (n. 64) art. 38 n° 2 en relación al art. 39 n° 2.

⁶⁹Constitución 1833 (n. 64) art. 82 n° 3. Sobre su alcance vid. BELLO (n. 63).

⁷⁰Vid. Oficio de los miembros del Tribunal de Apelaciones al Alto Congreso Nacional 30 septiembre 1811: "... los jueces de este Tr (ibun) al a más de ser interinos no serán jamás vitalicios según el orden y sistema adoptado...". Acta del mismo 11 agosto 1814, en atención a "un oficio del Exc(ellentísimo) Sr(uperior) Gov(ierno) en el que por estar cumplido el plazo de nuestra creación se nos manda separar... el servicio en este Tr (ibun) al y retirarnos a nuestras casas... y lo verificamos suspendiendo en el mismo acto todo despacho y lo firmamos para constancia, =Plata=Pérez=Villalón". Ambos en Libro de R(ea)l Acuerdo para este año de 1792, i siguientes, s/f. Se conserva en la Biblioteca de la Corte Suprema de Chile. Debo la noticia de su existencia a una gentileza del bibliotecario de la misma, señor Hugo Mac González.

de la Judicatura no se reduce a una especie de autonomía institucional.

Por grande que sea su dependencia del Ministerio de Justicia, como lo es en el hecho en el primitivo Estado constitucional, no es absorbida por la Administración mientras subsistan materias sobre las cuales exclusivamente ella tiene jurisdicción, en las que, por tanto, al Gobierno corresponde concurrir únicamente en calidad de parte y no de poder. Tal es, repitámoslo, la clave de la persistencia de la Judicatura como institución diferenciada frente al Gobierno. Así lo demuestra, por lo demás, el hecho de que al menos en algunos países como Chile se revierta en cierto modo la situación en la fase liberal-parlamentaria. Se atenúa entonces la dependencia de la Judicatura en relación al Ministerio de Justicia, lo que determina un afianzamiento de su posición frente al Gobierno.

Tal ha sido al menos el caso de Chile, donde la Judicatura, al contrario de lo que ocurre en los Estados totalitarios, parece tender a recobrar en forma lenta pero segura la posición que tuvo en el Estado antes de la implantación del constitucionalismo de procedencia europea y estadounidense. A ello ha contribuido en buena parte, sin duda, su estabilidad institucional, muy superior a la de las instituciones políticas. Ella ha permitido hasta hoy a la Judicatura sobrevivir a todos los regímenes y a todos los gobiernos, que unos en pos de otros se han sucedido desde la dictación de la primera constitución escrita a comienzos del siglo pasado.

A su vez, esa estabilidad debe relacionarse, entre otras cosas, con la firmeza que los magistrados han sabido demostrar frente al gobierno y con el respeto que por su parte los gobernantes han mostrado por el derecho. A ello no es ajena la formación jurídica que como los magistrados judiciales recibió también en las aulas de Derecho el grupo de los jefes de Estado, ministros, altos empleados de las oficinas públicas y parlamentarios, a quienes correspondió asumir la sucesión de los antiguos empleados superiores de la Administración real. Las aulas de Derecho se convirtieron así en escuela de gobernantes a quienes la práctica enseñó a sacudir la prevención doctrinaria contra la Judicatura.

A este respecto, la historia institucional de la Judicatura chilena presenta un innegable relieve. Muestra una alternativa distinta del desplazamiento del Estado constitucional hacia formas totalitarias en que han incurrido no pocos países de Europa siguiendo el modelo del nacional-socialismo alemán o del socialismo internacional ruso.

Sin ser una gran potencia, Chile ha sabido enfrentar por sí mismo y dar una solución que no tiene precedentes fuera del mundo de habla castellana o portuguesa al difícil problema institucional que plantea la subsistencia de una Judicatura independiente en un Estado constitucional.