

DEROGACIÓN Y CONTINUIDAD: DOS PROBLEMAS DE TEORÍA JURÍDICA RESUELTOS EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1818

Felipe Westermeyer Hernández

Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile

Contacto: westermeyer.felipe@gmail.com

Recibido: 13 de noviembre de 2021

Aprobado: 30 de diciembre de 2021

Para citar este artículo:

Westermeyer Hernández, F. (2022). “Derogación y continuidad: dos problemas de teoría jurídica resueltos en la constitución chilena de 1818”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 205-230

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.205-230>

Resumen: Este artículo indaga acerca de la manera en que la constitución chilena de 1818 reguló los conflictos entre las normas dictadas al alero de la constitución y el ordenamiento jurídico hasta ese momento vigente, mediante el uso de las figuras de la derogación y la continuidad jurídica. Esta carta fundamental reguló ambas figuras por medio de cláusulas de continuidad del Derecho vigente: el indiano, cuya aplicación por parte de los órganos legislativos se analiza en este artículo. De manera previa, se explica el carácter transaccional de esta norma fundamental, en el marco de la relación entre Derecho y revolución que marcará el siglo XIX.

Palabras clave: Derogación, Continuidad, Derecho y revolución, Transacción constitucional, Historia constitucional chilena.

Derogation and continuity: two problems of legal theory resolved in the chilean constitution of 1818

Abstract: This paper investigates how the Chilean Constitution of 1818 dealt with conflicts between the provisions of the Constitution and the legal system in force at that time, through the use of the concepts of repeal and legal continuity. This fundamental charter regulated both categories by means of clauses of continuity of existing law: colonial law, the application of which by these legislative bodies is analysed in this article. Beforehand, it explains the transactional nature of this fundamental rule, within the framework of the relationship between Law and Revolution that will mark the 19th century.

Keywords: *Repeal, Continuity, Law and Revolution, Constitutional Transaction, Chilean Constitutional History.*

Abrogazione e continuità: due problema di teoria giuridica risolti nella costituzione cilena del 1818

Sommario: Questo articolo indaga su come la costituzione cilena del 1818 abbia regolato i conflitti tra le regole dettate al gallo della costituzione e l'ordinamento giuridico fino a quel momento vigente, utilizzando le figure dell'abrogazione e della continuità giuridica. Questa carta fondamentale ha disciplinato entrambe le figure mediante clausole di continuità del diritto vigente: quello indiano, la cui applicazione da parte degli organi legislativi è esaminata in questo articolo. Precedentemente, si spiega il carattere transazionale di questa norma fondamentale, nel quadro del rapporto tra Diritto e Rivoluzione che segnerà il XIX secolo.

Parole chiave: Abrogazione, Continuità, Diritto e rivoluzione, Transazione costituzionale, Storia costituzionale cilena.

I. Introducción*

La historia constitucional ha sido un área descuidada por las ciencias jurídicas chilenas, con el consiguiente desconocimiento de una serie de figuras que no por antiguas dejan de ser útiles y relevantes. Una de ellas es la regulación de la derogación y la continuidad, en el caso de dictarse una constitución que se superpone a un ordenamiento jurídico ya existente¹. Ambas figuras están intrínsecamente vinculadas con la función estabilizadora de las constituciones, en su dimensión política y jurídica.

Esta última es la que nos interesa para esta investigación, pues implica o la abolición del Derecho vigente, o su adaptación a los nuevos principios, mediante la dictación de nuevas normas o por el establecimiento de organismos competentes para interpretar la normativa existente de forma vinculante para el resto del ordenamiento jurídico. Asimismo, tales figuras llevan implícita la idea de una constitución vinculante para el poder político, y no pocas veces, la convivencia de proyectos políticos y jurídicos distintos, que se desprenden de la explícita transacción celebrada entre grupos políticos o del tenor literal del texto, vía interpretación. En ese marco, con notable sentido de la realidad y pragmatismo, el constituyente chileno de 1818 avizoró una serie de colisiones entre el ordenamiento jurídico vigente, el indiano, y la nueva carta que –pese a las muchas críticas de las que fue objeto– consagraba una serie de principios incompatibles con el Derecho

* El autor agradece las valiosas observaciones y recomendaciones entregadas por el profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. José Sánchez-Arcilla Bernal, y del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, Cristian Román Cordero. Permítaseme una mención especial al Dr. Antonio Dougnac Rodríguez, por sus innumerables consejos y sugerencias, sin las cuales nunca habría llegado a este tema. Todos los errores son única y exclusiva responsabilidad del autor.

1 Ambas figuras han sido abordadas en Chile desde la perspectiva histórico-jurídica, preferentemente desde la pervivencia de un sistema jurídico en otro; no desde los textos constitucionales. Un influjo importante en todos esos estudios corresponde a don Alfonso García-Gallo, entre cuyos acentos a la hora de estudiar el fenómeno histórico-jurídico estaba la delimitación del origen de las distintas instituciones jurídicas. García-Gallo partía de la base de que no existen sistemas jurídicos puros, lo que explicaría la pervivencia de las instituciones. En Chile, destacan los innumerables trabajos de Antonio Dougnac, en los que rescata la pervivencia del Derecho indiano en el Derecho patrio chileno, sobre todo en Derecho de Familia, Procesal, Minero y Eclesiástico. En materia de Derecho Público, su artículo (2001). “El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 22, 225-266, sobre la recepción que hizo el primer constitucionalismo chileno del Derecho indiano durante la patria vieja constituye un hito en materia de continuidad jurídica. En historia del Estado, de la monarquía y de la judicatura, relevante es la obra del profesor Bernardino Bravo, mientras en Derecho Canónico, de gran importancia son los trabajos del profesor Carlos Salinas. En Derecho Privado y codificación, la obra de Alejandro Guzmán Brito es insoslayable.

vigente, el indiano. El objetivo de este artículo es indagar en los métodos y procedimientos que contempló la mentada constitución para resolver esas colisiones. De buenas a primeras, esta carta logró sus objetivos, pues pese a su carácter transitorio² tuvo una vigencia relativamente larga³, hubo un significativo trabajo legislativo a su alero⁴ y logró dar estabilidad a una sociedad asolada por casi una década de conflictos⁵.

II. Estado de la cuestión⁶

Resulta imposible entrar en un punto tan específico sin referirse previamente al *status cuestionis* de la constitución de 1818. Como se verá más adelante, esta carta buscó regularizar las relaciones entre el Director Supremo, Bernardo O'Higgins y la logia lautarina, por una parte, y la sociedad santiaguina, por otra, limitando el poder del Ejecutivo y sus cercanos, estableciendo un marco jurídico claro y poniendo algún coto a la discrecionalidad de la autoridad, propia de una época de guerra.

La valoración que ha hecho la historiografía jurídica, si bien ha mejorado con el tiempo, hasta hoy está al debe en un análisis propiamente jurídico de su normativa. Destacando su rol estabilizador y el apoyo que concitó en un comienzo, Ramón Briseño valoró su función pacificadora⁷, describiendo su contenido, criticando algunas normas por considerarlas peligrosas,

2 Esta carta fundamental se concibió así misma como transitoria, ya que regiría hasta la elección de un congreso.

3 Cinco años no deja de ser un plazo considerable si se la compara con la constitución de 1822, que tuvo un período de vigencia de tres meses; la de 1823, con un año de vigencia, y la de 1828, con cinco años de vigencia, pero con una interrupción ocasionada por una guerra civil entre medio.

4 Zuñiga, A. (1978). "Reseña legislativa del gobierno de O'Higgins (1817-1822)". *Revista de Derecho Público* N° 23, 141-147.

5 Si bien las constituciones no están hechas para darle estabilidad *per se* a las sociedades, muchas veces su promulgación es requisito *sine qua non* para que éstas puedan superar las crisis en las que se encuentran. La sociedad chilena de 1818 estaba en una crisis política y social, tras la ruptura con la monarquía. Existían diversos grupos sociales y todos clamaban por reglas que les permitiesen vivir con algún grado de paz, mientras tanto había, en el bando patriota, al menos dos grupos con proyectos muy distintos: el de O'Higgins y San Martín, que aspiraba a la emancipación de los otros reinos del continente, y otro sector, más cercano a los Carrera, que se limitaba a luchar por la independencia del valle central de Chile.

6 El período más estudiado de la historia de Chile es la independencia. Lo que se ha escrito sobre O'Higgins y su gobierno es mucho. Para esta investigación nos centraremos en las obras de *Historia Constitucional* e *Historia del Derecho*.

7 Briseño, R. (1849). *Memoria histórico-crítica del Derecho Público chileno desde 1840 hasta nuestros días*. Santiago. Imprenta de Belin, 93.

como el procedimiento para abrir correspondencia. Además, este autor fue el primero en poner de manifiesto el paulatino avance del gobierno hacia “una especie de dictadura”⁸.

En torno a esa última observación se estructuraría el juicio predominante sobre esta constitución en el siglo XIX. La historiografía decimonónica le achacó haber sido redactada por un grupo cercano y obsecuente a O’Higgins, que su método de aprobación no distó en nada de los empleados por Napoleón Bonaparte, que carecía de medios para hacer efectivas las garantías individuales que reconocía y la falta de una norma que regulase cuánto duraba en el cargo el Director Supremo⁹. Gran parte de las críticas fueron políticas, no jurídicas¹⁰. Atendidas las facultades de este cargo, Amunátegui afirma que en el titular del Ejecutivo había una concentración de poder mayor a la que detentaba el presidente-gobernador de la colonia¹¹, tildándola de dictadura legal¹².

El historiador liberal Barros Arana, si bien la consideraba mejor que los textos de la patria vieja, estimaba que no cumplía con los estándares deseables para una constitución, pues entregaba demasiadas facultades al Director Supremo¹³, concentrando en ese cargo el manejo militar y fiscal del país, sin estar sujeto a la obligación correlativa de rendir cuentas por su gestión¹⁴. Asimismo, Barros criticaba la configuración del Senado y que esa constitución dejaba “subsistente, con mui pequeñas modificaciones, la organización administrativa, judicial i municipal de la colonia”¹⁵. En materia

8 Ibídem, 85-99.

9 Amunátegui, M. (1914). *La dictadura de O’Higgins*. Memoria presentada a la Universidad de Chile en sesión solemne el 11 de diciembre de 1853. Santiago. Imprenta Barcelona, 252-254.

10 Curioso resulta que uno de los más furibundos detractores de la herencia indiana, el ideólogo del liberalismo, José Victorino Lastarria, no haya criticado el contenido jurídico de esta constitución, ni menos aún su herencia indiana. Algo similar ocurre con Benjamín Vicuña Mackenna, quien tampoco realiza reparos al contenido propiamente jurídico de la carta de 1818. Lastarria, J. (1853). *Historia constitucional de medio siglo*. Santiago. Imprenta El Mercurio, 251-256. Vicuña, B. (1860). *El ostracismo del Jeneral D. Bernardo O’Higgins escrito sobre documentos inéditos y noticias auténticas*. Valparaíso. Imprenta El Mercurio, 365-388.

11 Amunátegui, M. Ob. cit., 256.

12 Fundamenta su juicio, entre otros, en la conspiración de los hermanos Prieto, que intentaron derrocar al gobierno para contar con mayores libertades. Amunátegui, M. Ob. cit., 257 y 259-262.

13 De ahora en adelante solo Director.

14 Importante es señalar que esta crítica apunta, sin proponérselo explícitamente, a la continuidad existente entre el Presidente-gobernador del reino de Chile durante la época indiana y el titular del Ejecutivo en este período. Estimamos que esta crítica es injusta, pues la misma observación cabe para casi todas las constituciones posteriores.

15 Barros, D. (1890). *Historia Jeneral de Chile*. Tomo XI. Santiago. Imprenta Cervantes, 564-565.

de garantías y derechos individuales, Barros observa en el reconocimiento de la libertad y la igualdad civil y en las garantías procesales un progreso, que se desdibujaba por la enorme concentración de poder en la figura del Director¹⁶. Si bien Barros y Amunátegui repararon en la impronta indiana, su crítica fue política, no jurídica. Pese al fino sentido de observación de ambos historiadores ninguno de ellos reparó en la transición jurídica que contemplaba dicha constitución.

Tal omisión tampoco fue subsanada por la historiografía jurídica del siglo XX. Antonio Huneeus se enfocó en la preponderancia del Ejecutivo y en la fórmula de designación de los miembros del senado, criticándole la ausencia de mecanismos democráticos para elegir a los titulares del Ejecutivo y del senado¹⁷. Galdames consideró esta carta como un avance en el Derecho Público chileno, pues abarcaba casi todas las materias del Derecho Constitucional, faltando solo la forma de gobierno, la nacionalidad y la ciudadanía. Galdames destacó la pervivencia de algunas instituciones indianas, hecho que atribuyó a la influencia de Juan Egaña¹⁸. Campos rescató las disposiciones de carácter social, que estimó muy avanzadas para la época, valorando también el influjo del reglamento constitucional de 1812 y de las ideas constitucionales de Juan Egaña. Este autor añade que este texto confirmaba el sistema existente, sin profundizar en ese punto¹⁹. También estudiaron esta carta, pero sin entrar mayormente en el aspecto de la transformación jurídica, Luis Valencia²⁰ y Jaime Eyzaguirre²¹.

Como se verá más adelante, la comisión redactora de esta constitución le asignó un papel fundamental al senado en este proceso de adaptación y cambio del ordenamiento jurídico existente a las nuevas ideas y principios incorporados en el texto fundamental. Hasta el día de hoy, la existencia de ese senado es el principal argumento de quienes rechazan que el período

16 *Ibidem*, 566-567.

17 Huneeus, A. (1933). *La Constitución de 1833. Ensayo sobre nuestra historia constitucional de un siglo*. Santiago. Editorial Splendid, 20.

18 Galdames, L. (1925). *La evolución constitucional de Chile*. Santiago. Imprenta Balcells, 490-504

19 Campos, F. (1951). *Historia Constitucional de Chile*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 434-437.

20 Valencia Avaria explica las falencias de la constitución de 1818 en un acuerdo entre los vecinos de Santiago y el director supremo, a fin de no quebrar los frágiles equilibrios políticos alcanzados en el marco de la guerra contra los realistas y el virreinato del Perú. Valencia, L. (1978). "Orígenes político-sociales de las constituciones de O'Higgins". *Revista de Derecho Público* N° 23, 30.

21 Eyzaguirre se ocupó antes que nada de rebatir la tesis que interpreta el gobierno de O'Higgins como una dictadura.

1818-1822 haya sido una dictadura, porque éste, pese a su integración²², se opuso en varias ocasiones a las medidas del gobierno²³.

Entre los autores contemporáneos, destaca Sergio Carrasco por resumir las diferentes posturas historiográficas sobre esta carta, mencionando tangencialmente el carácter menor de las reformas que el texto consagró, considerándola un aporte al desarrollo del Derecho Constitucional, desestimando las críticas del liberalismo decimonónico, y resaltando los aspectos más relevantes de su contenido, sin indagar en un eventual influjo indiano²⁴.

Por último, Eric Palma analizó recientemente su articulado, comparándolo con el reglamento constitucional de 1812 y con la constitución de 1822, sin entrar en el proceso de transformación jurídica desde el Derecho indiano a un Derecho propiamente decimonónico, mencionando la relación entre constitución y derogación, entendida como aquella en que los textos constitucionales sustituidos vuelven a ser invocados después de haber sido formalmente derogados²⁵. En resumidas cuentas, la derogación y la continuidad en la constitución de 1818 han sido preteridas por los estudios jurídicos en Chile.

III. La constitución de 1818: transacción entre el constitucionalismo y el Derecho indiano

Derrotadas las tropas realistas en Chacabuco, el caos se apoderó de Santiago, siendo saqueado incluso el palacio de los presidentes-gobernadores. El temor al caos hizo que un grupo de vecinos solicitase a Francisco Ruiz-Tagle que asumiese el mando de la ciudad hasta la entrada del

22 Era integrado por cinco miembros, designados por el Director Supremo (art. 3, 2, 1).

23 Más como relato político abiertamente comprometido con uno de los bandos en pugna que como análisis jurídico, Roldán, A. *Los desacuerdos entre O'Higgins y el Senado conservador*. Anales de la Universidad de Chile. Tomo 82. Serie 1, 177-203. De la opinión contraria es Eugenio Orrego, quien destaca que, en muchas de las divergencias entre el senado y el Director supremo, el último respetó el criterio y las sugerencias del órgano colegiado, y que estas fueron muchas más de las que se habrían esperado. Orrego, E. (1924). *El espíritu constitucional de la administración O'Higgins*. Santiago de Chile. Imprenta Cervantes, 60-61. Un buen análisis desde la historiografía jurídica, Aránguiz, H. (1966). "La aplicación de la constitución de 1818", en J. Eyzaguirre, F. Silva, C. Ugarte (Ed.). *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*. Santiago.

24 Carrasco, S. (2002). *Génesis y vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 43-52.

25 Palma, E. (2019). "La Constitución chilena de 1818 (a 200 años de su promulgación)". *Revista Electrónica de Historia Constitucional* N° 20, 943.

ejército libertador. A su alero, el cabildo de Santiago nombró al argentino José de San Martín Director Supremo, quien dos veces rechazó la investidura²⁶, surgiendo en reemplazo el nombre de Bernardo O'Higgins²⁷. Éste asumió el cargo de "Director Supremo interino del Estado con facultades omnímodas"²⁸, título que se correspondía con un estado de guerra. O'Higgins se propuso asegurar la independencia y no dar espacio a disidencias en el territorio controlado por los patriotas. Por ende, organizó una fiera persecución contra los patriotas simpatizantes de la familia Carrera y los adherentes a la causa realista.

Los últimos, independientemente de si fueren peninsulares o americanos, no solo fueron excluidos del juego político sino que padecieron las juntas de calificación, los destierros, la obligación de entregar a las nuevas autoridades los documentos emitidos por los tribunales de infidencia de Osorio²⁹ y la confiscación de sus derechos y bienes³⁰. Paralelamente, la necesidad de afianzar la independencia y continuar la guerra en Concepción obligó al gobierno patriota a decretar levadas e imponer exacciones³¹. Para ello, O'Higgins se apoyó en la logia lautarina³², integrada, en parte importante, por rioplatenses, cuyos miembros fueron designados en distintos cargos de responsabilidad, dando pábulo a la idea de estar ante una autoridad subyugada a otra "extraña y superior"³³, generándose un clima de recelo y desconfianza.

Esos sentimientos se volvieron insoportables con la designación del argentino Hilarión de la Quintana como Director delegado, pues O'Higgins

26 Ruiz-Tagle convocó a los vecinos a un cabildo abierto para que designasen tres electores, uno por cada provincia del reino, para que designasen a la persona que llevaría la conducción política de Chile. Esa propuesta fue desestimada de inmediato por el cabildo abierto. Amunátegui, M. Ob. cit., 134-135.

27 Muchísimo se ha escrito sobre su persona. Por razones de espacio se omitirá una referencia a su vida y obra.

28 Amunátegui, M. Ob. cit., 135.

29 Gobernador durante la primera parte del período de la reconquista (1814-1816).

30 Con el mero fin de aterrorizar a los realistas, se ahorcó sin fundamentos jurídicos ni pruebas al comerciante peninsular residente en Santiago Manuel Imas. Amunátegui, M. Ob. cit., 141-147.

31 Amunátegui, M. Ob. cit., 142.

32 Fraternidad en la que se encontraban los principales líderes del ejército libertador, entre los que destacaban San Martín, O'Higgins y Pueyrredón. Se caracterizó por su hermetismo, el sigilo y extrema lealtad que sus miembros se guardaban entre sí. Las decisiones que tomaban como grupo obligaban al gobierno. Por eso, se les endosó la designación de rioplatenses en cargos de la administración. Llegó a Chile en 1817 y en Argentina tenía a lo menos 5 años de existencia. Galdames, L. Ob. cit., 469-470.

33 *Ibidem*, 469.

debió trasladarse al sur a monitorear la guerra³⁴. El primero, con el fin de financiar el largo conflicto, impuso a las familias más adineradas de Santiago nuevas contribuciones y ordenó la detención de figuras de alta estimación como Manuel Rodríguez³⁵ y Manuel Gandarillas. La efervescencia provocada por esas decisiones obligó a O'Higgins y San Martín a liberar a los últimos y a reemplazar a Quintana por una junta compuesta por Francisco Antonio Pérez, Luis de la Cruz y José Manuel Astorga, quienes en conjunto ejercerían la dirección suprema delegada³⁶. Ellos mismos no lo aceptaron. Al final, la dirección suprema provisoria tuvo un carácter unipersonal, al recaer en Luis de la Cruz³⁷. Solo la conflagración bélica explica la tolerancia de la sociedad santiaguina, acostumbrada a gobernarse en el cabildo, a un sistema de gobierno tan ajeno a su idiosincrasia.

Pero esa paciencia se agotó con la victoria en la batalla de Maipú³⁸ y la noticia del fusilamiento de los hermanos Carrera³⁹. Doce días después de recibida esta última noticia, un cabildo abierto elevó a O'Higgins un pliego de peticiones, entre las que destacaba una constitución que pusiese fin al poder omnímodo de este último⁴⁰. Tales peticiones no encontraron acogida. O'Higgins seguiría gobernando como lo había hecho y convocaría a una comisión para redactar una constitución provisoria, que estaría vigente hasta

34 Amunátegui, M. Ob. cit., 148-150.

35 Abogado de profesión, perteneciente a una familia de empleados de la administración indiana, durante la guerra por la emancipación política devino en líder del movimiento emancipador, responsable de organizar una guerrilla popular durante el período de la reconquista, conocido por sus habilidades como espía.

36 *Ibidem*, 152.

37 *Ibidem*, 153.

38 Tal enfrentamiento entre realistas, apoyados por fuerzas militares provenientes de Chiloé y el Perú, y patriotas, se produjo *ad portas* de Santiago, e implicó un enfrentamiento entre dos ejércitos preparados y bien equipados, por lo que tal victoria implicó afirmar la emancipación de Santiago, Valparaíso y gran parte de la zona adyacente y de paso, por el avance del movimiento emancipatorio en otras regiones del continente, alejaba el fantasma de la reconquista.

39 Los Carrera, como familia, representaban a parte importante de la elite santiaguina, también conocida por la historiografía chilena como "aristocracia castellano-vasca". Su proyecto político apuntaba a una emancipación de carácter mucho más local, del valle central de Chile. Tal enfoque, unido a su carácter impetuoso y avasallador, y los recursos económicos de los que disponían, los llevó a chocar contra la logia lautarina y su ideal americanista.

40 Además de solicitar una nueva constitución, el cabildo exigió la facultad de conocer y decidir asuntos de gobierno, designar ministros de Estado, mientras no hubiese otro órgano representativo; la vigencia de la ley de imprenta de 1813, la promulgación de una ley de amnistía; la formación de una comisión de residencia y el establecimiento de una junta directorial. El cabildo en la práctica quería un cogobierno. Amunátegui, M. Ob. cit., 251; Barros, D. Ob. cit., 522 y Carrasco, S. Ob. cit., 45-46.

la reunión del congreso, ante el cual depondría su mandato⁴¹. Justificó su decisión en la necesidad de proseguir con la lucha independentista⁴², pero convocó a un grupo de destacados juristas de formación indiana⁴³, con fecha 18 de mayo de 1818, para redactar una nueva carta⁴⁴. Por ende, era esperable que la constitución estuviese impregnada por ese Derecho y que se optase por continuar con las reformas emprendidas en la época borbónica. La comisión trabajó de forma rápida e ingeniosa: la carta fue promulgada y jurada el 23 de octubre de ese año.

La celeridad no fue solo por formación académica y profesional, sino por cálculo político. La experiencia latinoamericana había demostrado que las constituciones que introducían muchas innovaciones podían romper los frágiles equilibrios políticos de los nacientes Estados⁴⁵. Ese temor llevó a O'Higgins y a la comisión a descartar a nivel constitucional reformas como la libertad de culto y el régimen federal, sugeridas por diplomáticos estadounidenses⁴⁶. Probablemente, ese mismo temor explica también por qué reformas que lesionaron intereses creados se discutieron en sede legal⁴⁷. Ese mismo temor explica el carácter transaccional de esta carta, que se manifestará en una distribución del poder estatal entre la elite santiaguina y la logia lautarina. La primera logró el reconocimiento constitucional de varias instituciones de origen indiano en las que estaba representada y que en parte ya había cooptado en el período indiano⁴⁸, dejándole a O'Higgins y a la logia lautarina la titularidad del Poder Ejecutivo –como ya se vio, dotado de un sinnúmero de facultades– y en la obligación constitucional, estableci-

41 Carrasco, S. Ob. cit., 46.

42 Barros, D. Ob. cit., 526.

43 Eran ellos Manuel de Salas, Francisco Antonio Pérez, Joaquín Gandarillas, José María Villarreal y Lorenzo José de Villalón. Aparte de ello, integró la comisión el presbítero Ignacio Cienfuegos. Para ver la trayectoria profesional y jurídica de cada uno de los convocados, véase Bravo, B. (2011). *Anales de la Judicatura Chilena*. Santiago. Poder Judicial.

44 Parte de la historiografía es de la opinión de que el Director Supremo cedió solo para acallar rumores y críticas. Amunátegui, M. Ob. cit., 153.

45 O'Higgins y la comisión tuvieron en cuenta la experiencia de los congresos de Carriaco y el Anáhuac. Valencia, L. Ob. cit., 29-30.

46 Valencia, L. Ob. cit., 29-30. Una relación de los intentos de representantes diplomáticos estadounidenses por influir en el trabajo de la comisión en Ossa, J. (2016). "El gobierno de Bernardo O'Higgins visto a través de cinco agentes estadounidenses, 1817-1823". *Revista Coherencia*. Vol. 13, Nº 25, 139-166.

47 Iniciativas como la abolición de los títulos de nobleza y los mayorazgos, junto con la prohibición de venta de los cargos públicos fueron ataques directos a un grupo reducido, pero de mucho peso social.

48 Tal fue el caso del cabildo, de la judicatura, de las mismas intendencias y de todo el aparato judicial.

da en el artículo 4, 1, 8, de “mantener una estrecha alianza con el gobierno supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata”.

Pero la comisión redactora introdujo innovaciones: sistematizó los derechos fundamentales⁴⁹, estableció una serie de garantías de carácter penal, consagró la idea de los deberes del hombre en sociedad, estableció principios del Estado social, reconoció la teoría de la soberanía nacional y de un régimen de gobierno representativo. La constitución de 1818 es la primera en consagrar el principio de separación de los tres Poderes del Estado. El Ejecutivo recaía en un órgano unipersonal, el Director, quien era secundado por tres ministros de Estado, y representado a nivel territorial por los tenientes-gobernadores, especie de órganos desconcentrados. El reconocimiento del principio de separación de los poderes del Estado no significó, empero, que el constituyente contemplase un sistema de generación autónomo e independiente de cada poder. El Director, titular del Ejecutivo, tenía un alto grado de injerencia en el senado y la judicatura. La innovación respecto de esta última fue antes que nada orgánica. El constituyente “nacionalizó” la judicatura, creando dos tribunales letrados colegiados que aplicarían a nivel nacional la legislación indiana: el tribunal supremo judicial y la cámara de apelaciones. Las normas sustantivas y las normas procesales indianas siguieron vigentes pero ya no había tribunales competentes fuera del territorio nacional. En cuanto al Poder Legislativo, este recayó de manera transitoria en el senado, mientras se esperaba la elección de una cámara de diputados. Aspectos tradicionales los hubo y varios, partiendo por el lenguaje jurídico empleado y el reconocimiento de una serie de instituciones, entre las que se pueden mencionar, sólo a modo de ejemplo, la apelación de los actos de gobierno, la residencia, el tribunal de cuentas, el real patronato, la confesionalidad del Estado, las oficinas, la residencia y el cabildo, entre otros.

Destacable es que regule la organización del Poder Ejecutivo en secretarías o departamentos y que mencione a los gobernadores como su representación territorial, pues de esa manera se reconocía una vez más la institucionalidad indiana, ocupada en parte por criollos. Pero más allá de todo lo anterior, hay un aspecto que no debe perderse de vista: la constitución de 1818 tenía un carácter vinculante y obligatorio. Por ende, esta carta contenía en sí el dilema de cómo armonizar dos sistemas jurídicos distintos: el Derecho indiano y el constitucional. Ambos tenían diferencias en cuanto a los principios que les servían de base, pero sobre todo, en cuanto al siste-

49 Decimos sistematiza pues el Derecho indiano contemplaba la existencia de derechos fundamentales, y a fines del siglo XVIII ya se encuentran una serie de casos de creación jurisprudencial de ellos.

ma político al que servían de sustento: el Derecho indiano estaba pensado para una monarquía, en el marco de una corona; mientras que la aludida constitución estaba concebida para un Estado independiente que rechazaba la monarquía, aunque aún no definía claramente la forma de gobierno. Lo llamativo es que la comisión redactora previó no solamente estas contradicciones a nivel teórico, sino en la cotidianeidad. Es en este último nivel donde la carta y el nuevo orden político encontrarían o no legitimidad social.

Por eso, el texto de la constitución contempló criterios de validez e interpretación del Derecho existente, a fin de darle continuidad y vigencia, pero acorde a la nueva realidad política. Empero, antes de entrar a analizar esas cláusulas, es necesario tener presente que la existencia de esas normas no significaba inamovilidad ni tampoco la renuncia a nuevas reformas. Esas normas no tenían el carácter de pétreas e inmodificables. Prueba de ello es la declaración formulada por O'Higgins el 23 de julio de 1822, en la que manifiesta su intención de adoptar los cinco códigos franceses⁵⁰.

IV. Cláusulas de validez del Derecho indiano en la constitución

Las cláusulas de validez obligaban a todos los poderes del Estado y estaban consagradas expresamente en cada capítulo referido a los poderes del Estado. En otras palabras, el Derecho indiano debía ser aplicado o reformulado por cada poder del Estado. En el caso del senado, el artículo 2, 3, 6 dispuso la abolición de “leyes incompatibles con la independencia”. Dable es cuestionarse a qué se refiere esa expresión. Claramente no se aludió a discusiones y reformas pendientes desde el período indiano, pues durante el período 1818-1822 se prosiguió con su ejecución⁵¹. Tampoco significa que

50 Guzmán Brito, A. (1979). *Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República (I): la época de la fijación del Derecho Civil y sus divisiones*. Historia N° 14. Instituto de Historia. Pontificia Universidad Católica de Chile, 320.

51 El mejor ejemplo de ello es que la primera gran discusión jurídica de ese período fue la nueva regulación de cementerios, que prohibía el entierro dentro del recinto eclesiástico. Dicha normativa, si bien fue temprana para el caso chileno, en términos comparados, se trata de la tardía implementación de una reforma borbónica. Baste apreciar el caso de Montevideo, cuyo cabildo, el año 1790, solicitó al virrey de Buenos Aires la creación de un cementerio extramuros. Véase Seaone, M. (1992). *Buenos Aires vista por sus procuradores (1580-1821)*. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 161-162. Para un estudio histórico-jurídico acerca de esa reforma cementerios en Chile, véase Westermeyer, F. (2010). “Pervivencia del Derecho indiano en la regulación de cementerios en el Chile del siglo XIX”, en A. Guzmán Brito (Editor académico). *El Derecho de las Indias occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América*. Tomo I. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 763-780.

la independencia buscaba el quiebre con la cultura jurídica previa, como lo demuestra la profusa obra legislativa del período 1818-1822⁵². Nos atrevemos a aventurar que esa frase es una “nacionalización” del Derecho indiano, cuya finalidad era la derogación tácita de aquellas normas que remitían a órganos con asiento fuera del nuevo Estado independiente o que aludían al sistema monárquico⁵³.

Enseguida, el artículo 2, 3, 7 establece la facultad del senado para, en casos particulares, aclarar las dudas acerca de la inteligencia de “lo ya establecido o que nuevamente se estableciese”. Esa disposición admite varias interpretaciones: puede referirse únicamente a las normas promulgadas por el senado, que en el caso concreto se consideren oscuras o también a aquellas normas oscuras del Derecho indiano, que el senado modificó o ratificó o a aquellos casos en que no pareciese clara la compatibilidad del Derecho indiano con las normas o principios del sistema liberal. El artículo 4, 1, 19 hace lo mismo con el Director, ofreciendo una doble vinculación con el Derecho indiano. Por una parte, reconoce que al Director posee la “superintendencia de todos los ramos y caudales del Estado” y, por otra, establece que el ejercicio de esa superintendencia “se arreglará a las disposiciones y ordenanzas actualmente vigentes”. Esa norma consagra el principio de la juridicidad, vigente en el Derecho indiano⁵⁴, y, a la vez, reconoce que el Director se sujeta en el ejercicio del poder a la normativa indiana.

En materia administrativa, con ocasión de los Gobernadores-Intendentes, el artículo 4, 4, 3 establece que estos y sus tenientes, en su calidad de jueces ordinarios, se deberían regir “por el código respectivo”.

La decisión del constituyente es reiterada para la judicatura. Según el artículo 5, 1, 2, “miembros del Poder Judicial juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido”. La opción de continuidad en este caso ofrece la singularidad de restringir mucho la capacidad de los tribunales como creadores de norma. Si bien el texto reconoce la voluntad política de sentar las bases de un sistema liberal, esa tarea quedaba radicada solo en el Legislativo.

52 Zuñiga, A. Ob. cit.

53 Prueba de ello es la regulación de la judicatura, en la que se crearon nuevos tribunales superiores que prácticamente tuvieron las mismas competencias que los tribunales superiores indianos, con la diferencia de que los nuevos tribunales tenían asiento en el territorio nacional. Emblemático es el caso del Supremo Tribunal Judiciario, que venía a reemplazar al Consejo de Indias, mientras la Cámara de Apelaciones ocupó el lugar de la Real Audiencia. El primero de los tribunales mencionados existió solo en el papel; sin embargo, muestra una determinada intención.

54 Rec. Ind. 2, 1, 9.

Los tribunales no tenían espacio para dejar en el desuso las normas indianas. Tal restricción puede entenderse como la recepción de ideas propias del constitucionalismo clásico o como una crítica a la excesiva discrecionalidad de la que gozaban los tribunales en Indias y en la práctica de éstos de legislar por medio de autoacordados que, generalmente, abordaban muchas materias que iban bastante más allá del Derecho Procesal. En resumidas cuentas, es dable afirmar que esta carta cumplió con los requisitos materiales del constitucionalismo: un catálogo de derechos individuales y la consagración del principio de división de los poderes del Estado. Lo que resulta interesante es que el constituyente contempló la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos, y la obligación de regirse por el Derecho vigente: compatibilizar el Derecho indiano con el constitucionalismo fue una opción política. Lo importante es ver cómo fue el proceso de implementación legislativo de esa constitución.

V. Labor legislativa

La constitución no pasa de ser una mera declaración si no es efectivamente observada por los órganos legislativos ni por la judicatura. Lo interesante en este caso es determinar si efectivamente los nuevos órganos constitucionales emplearon las facultades ofrecidas por el constituyente, no solo para legislar, sino para aprovechar esta “coexistencia de ordenamientos jurídicos”. Los márgenes de este trabajo no nos permiten hacer un análisis exhaustivo de la obra legislativa del período⁵⁵; por ende, nos remitiremos a algunas discusiones jurídicas concretas. No obstante, las normas legales promulgadas en el período en estudio se pueden reunir en tres distintos grupos, atendiendo su *ratio legis*: leyes que implementan políticas provenientes del Derecho indiano, leyes que adaptan el Derecho indiano a las nuevas circunstancias y leyes que representan una ruptura con el mundo indiano. Las dos primeras son casos de continuidad; mientras la tercera, de derogación.

A) Continuidad: entre las primeras medidas en esa dirección cuenta la creación de alcaldes de barrio, jueces típicos del Derecho indiano, inexistentes en el reino de Chile, en una clara muestra de implementación de políticas indianas⁵⁶. Un autoacordado de la Real Audiencia de Santiago de

⁵⁵ Zuñiga, A. Ob. cit.

⁵⁶ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Creación de alcaldes de barrio”.

1778 dividió la ciudad en cuatro carteles, entregando cada uno a un oidor del máximo tribunal del reino, debiendo residir en él y encargándose de administrar justicia en sus barrios algunos días de la semana, durante las tardes. Ante la inexistencia de la Real Audiencia –disuelta por primera vez en abril de 1811 y luego tras la batalla de Chacabuco–, se optó por estatuir los alcaldes de barrio y cuartel, pues ya no se contaba con el aludido tribunal; pero sí con la división de la ciudad en cuarteles. A falta de Real Audiencia se recurrió a otro tribunal indiano. Pero a poco andar, al parecer la carga de trabajo de al menos uno de los alcaldes fue mucha, por lo que hubo que dictar otra ley, del 22 de junio de 1818, nombrando, para uno de los alcaldes, José María Guzmán, un asesor letrado⁵⁷. Los alcaldes de barrio eran competentes para conocer demandas verbales de hasta \$12 y estaban dotados de facultad de imperio, pudiendo solicitar para ello el auxilio de la tropa del cuartel del respectivo barrio⁵⁸.

También en materia procesal penal, el 10 de noviembre de 1818, se ratifica la institución de las visitas a la cárcel que semanalmente debían realizar los jueces de cada villa o ciudad⁵⁹. Las visitas tenían una larguísima rai-gambre indiana y en toda la América hispano-parlante, y constituían una de las mejores vías para materializar la concepción de cárcel del Derecho castellano y del indiano: un resguardo para el procesado; no un castigo⁶⁰. Tal obligación legal para las autoridades encargadas de la administración de justicia no es más que una concretización del Capítulo Primero del Título I de esta carta, que consagró una serie de garantías, varias de ellas de carácter penal. Esta norma constituye prueba fehaciente de que la constitución no solo es un texto vinculante, sino que también el legislador estaba obligado a legislar acorde con su contenido, especificando las obligaciones que del texto se desprendían.

En el mismo sentido, citando incluso el texto constitucional como fundamento de la norma (art. 3, 3, 9), se promulga la ley que determina la composición de la comisión de residencia, que se regiría en su actuar por las normas vigentes en ese momento y que estaría encargada de ese procedimiento respecto de todos los funcionarios públicos⁶¹.

57 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Nombramiento de un asesor para el despacho de las causas criminales”.

58 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Reglamento que deben observar los inspectores y alcaldes de barrio para la mejor administración de justicia”.

59 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Visitas de cárceles”.

60 Una buena explicación de esta institución en el Río de la Plata, extrapolable a todo el mundo indiano, en Martiré, E. (1987). “La visita de cárcel en Buenos Aires durante el virreinato”. *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 13, 39-59.

61 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Juicios de residencia”.

Pero no bastó con crear un nuevo órgano competente para conocer de ese procedimiento, sino que fue necesario introducir algunas modificaciones en el ordenamiento jurídico vigente. De ese modo, por medio de ley dictada el 18 de mayo de 1819, se acordó que la autoridad sucesora del empleado o autoridad sujeto a residencia debía dictar y mandar a publicar un edicto en los lugares en los que el residenciado prestó servicios, para que dentro del plazo de cuarenta días todos los agraviados pudiesen hacer ejercicio de sus derechos de queja contra la autoridad saliente, so pena de que expirado el plazo antes indicado las reclamaciones serían declaradas inadmisibles por extemporáneas. El texto de la ley fijó como fundamento de la norma el artículo 3, 3, 9 de la constitución⁶². De ese modo, no solo se daba protección a los gobernados frente a los gobernantes, sino que también se ponía coto a los extranjeros que ocupaban altas magistraturas, aplicando una norma constitucional que, a su vez, elevaba dicho rango a una institución indiana.

También en el marco de la aplicación del Derecho indiano, en la discusión legislativa de la antes mencionada ley que prohibía los entierros dentro de las Iglesias, en la sesión del 26 de agosto de 1819, se fundamentaba la necesidad de promulgar esa nueva ley en “el cumplimiento de la cédula del 15 de mayo de 1804”, que en aras de la salud pública mandaba a edificar nuevos cementerios⁶³.

Algo similar ocurrió con los intendentes, sujetos a las cláusulas de continuidad, y que en su calidad de jueces debían fallar por su “código respectivo”. Tal código era la ordenanza de intendentes, vigente en Chile desde 1786, modificado por un reglamento adicional de agosto de 1821, que rectifica la ordenanza acorde a la “constitución y los senadoconsultos”⁶⁴. Lo que hizo el nuevo reglamento fue adaptar ese cuerpo normativo materia de subrogación e integración a la nueva realidad política. Solo se contaba con los letrados y el personal que vivía en Chile, especialmente, en el territorio perteneciente a Santiago. Los principios e ideas fundamentales de esta institución permanecieron intactos.

En materia de relaciones internacionales y Derecho Tributario, a fines de abril de 1820 se promulgó una ley que ampliaba el plazo dado a los comerciantes bonaerenses para el pago de los derechos de aduana y almoja-

62 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Comisión de residencia”.

63 Letelier, V. (editor) (1902). *Sesiones de los cuerpos legislativos de la república de Chile. 1811-1843*. Recopilación según instrucciones de la Comisión de Policía de la Cámara de Diputados. Tomo III. Santiago. Imprenta Cervantes, 182 y sigs.

64 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Reglamento adicional a la ordenanza de intendentes”.

rifazgo⁶⁵ –típicos tributos indianos–, ratificando de este modo la validez del Derecho indiano en las relaciones con el Río de la Plata.

Hubo otras normas que demuestran una alta valoración por la institucionalidad indiana y prueban la intención de que esta última siga vigente, pero dadas las excepcionales circunstancias, ameritaban un régimen excepcional, como fue el caso del estanco del tabaco, varias veces suspendido⁶⁶. En materia administrativa hubo que hacer varias adaptaciones. Así, en el marco de los principios de probidad y transparencia, se dictó la prohibición para los empleados civiles de acumular dos o más sueldos, dándoseles la posibilidad de quedarse con el más ventajoso⁶⁷. El caos administrativo ocasionado por el conflicto bélico, la expulsión de peninsulares y la falta de gente con preparación en los organismos del Estado, unido a las dificultades del erario nacional y las penurias económicas de la guerra, hicieron lo suyo. El caos debe haber sido de tal nivel que pocas semanas después de la dictación de esa ley fue necesario dictar otra –datada el 3 de diciembre de 1818– que fijase expresamente quiénes eran los encargados de percibir y custodiar los fondos fiscales: los tenientes⁶⁸. Pero esta norma no bastó para asentar algún grado de orden administrativo relativamente aceptable. El 11 de enero de 1819 fue necesario dictar un bando, fundamentado en el artículo 4, 1, 19, a través del cual se establecía que la autoridad encargada de recibir las fianzas de todos aquellos que tenían a su cargo bienes públicos era el Contador mayor. La fianza debía otorgarse por escritura ante el escribano mayor del gobierno, depositando copia en el departamento de hacienda del ministerio homónimo. Esta obligación abarcaba a todos los empleados públicos que manejaban fondos fiscales, a los compradores de bienes que estaban bajo régimen de secuestro y a los que administraren cualquier propiedad perteneciente al fisco⁶⁹. Probablemente, todas esas medidas no lograron apaciguar los ánimos de los empleados públicos. Oportuno es recordar que la Administración Pública estaba desde fines del siglo XVIII cooptada por sectores de la elite santiaguina. Es plausible interpretar todas estas leyes administrativas como intentos de

65 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Ampliación del plazo para el pago de derechos por los comerciantes de Buenos Aires”.

66 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Suspensión temporal del estanco del tabaco”.

67 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Se prohíbe a los empleados civiles acumular dos o más sueldos”.

68 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Depositarios de fondos fiscales”. Claro está que la norma dictada por el legislador abrevió el nombre de la institución. Se trataba de los tenientes -gobernadores, regulados en el título del Poder Ejecutivo, como subalternos del intendente.

69 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Otorgamiento de fianzas por parte de los que administren bienes fiscales o tienen a su cargo fondos nacionales”.

aplacar las inquietudes de la elite o de sus subalternos frente a los intereses de la logia lautarina, más aún en un contexto en que la figura de O'Higgins no calzaba con la idiosincrasia de importantes sectores del país.

En esa dirección va la ley del 3 de abril de 1819, que establece un régimen de relativa estabilidad para los empleados, ya que podían ser destituidos por ineptitud o malversación, previa audiencia y causal debidamente acreditada⁷⁰. El régimen especial de protección de los empleados consistía en que, acorde con el artículo 4, 1, 14, estos procedimientos, aparte de ser conocidos por la junta integrada por el presidente del Tribunal de Apelaciones, el Contador mayor, el ministro más antiguo del erario y el fiscal, podían ser suplicados ante la misma junta y luego apelados en tercera instancia ante el “supremo poder judicial”⁷¹. Lo interesante es que el fundamento dado por el legislador para las dos instancias superiores –no contempladas en la constitución– era la protección del honor personal.

Sin embargo, no todas las adaptaciones administrativas eran tan etéreas. Era necesario reglar aspectos básicos como el funcionamiento de las nuevas oficinas gubernamentales. Dichos aspectos eran de naturaleza estrictamente reglamentaria, pero en el marco de un naciente Derecho nacional no podían obviarse. De esa manera, el Director dictó un reglamento con el título “Reglamento para el despacho de los negocios relativos al Supremo Gobierno”, que regía para las Secretarías de Estado, Escribanías, Tribunal de Cuentas y tesorería, fijando los horarios de trabajo, horarios de atención al público, recepción de partes y documentos, audiencias y horario de recepción por parte del Director⁷².

B) Adaptación a las circunstancias: un caso de adaptación muy cercano a la derogación es la normativa que regula las mandas forzosas y su aplicación⁷³, afectando los fondos obtenidos a un nuevo fin: el financiamiento del Instituto Nacional⁷⁴. La manda forzosa era una institución de muy larga

70 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Garantías para los empleados”.

71 Resulta llamativa esta denominación, dado que la carta en comento, en su artículo 5, 1, 1, habla de “Supremo Tribunal Judicial”.

72 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Reglamento para el despacho de los negocios relativos al supremo Gobierno”.

73 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Reglamento sobre mandas forzosas i su aplicación”.

74 Institución concebida al comienzo del proceso emancipatorio que agrupaba a todas las instituciones educativas existentes en Santiago hasta 1810. Buscaba ser un centro que, acorde con los ideales ilustrados, agrupara todas las áreas del saber, académico y técnico, a fin de que sus estudiantes se enriquecieran en todas las verdades, tratando además de que esta nueva institución tuviese una existencia menos azarosa que las instituciones indianas.

data en el Derecho castellano e indiano⁷⁵, arraigada en todo el mundo hispanoparlante e intrínsecamente ligada a la sucesión por causa de muerte y al sentimiento religioso. Esta donación siempre tuvo como fundamento los sentimientos píos y la necesidad de las almas de obtener la salvación. En base a esos sentimientos, el reglamento en análisis sostuvo expresamente en su numeral 15 que la afectación de los bienes al instituto nacional era una muestra más de religiosidad y gratitud cristiana. La legislación patria se hace cargo de esa realidad, invocando como fundamento de la reforma el desuso en el que habían caído las normas vigentes, pues los fondos obtenidos no se destinaban a los fines citados.

El reglamento en cuestión cita como fundamento de esa aseveración la Ley 5, 2, 5 N° 5 de Recopilación de Leyes de Castilla; una Real Cédula de fecha 22 de septiembre de 1793, sobre rescate de españoles cautivos entre indios, acordada en parlamentos y cédulas de mayo de 1543 y del 13 de julio de 1801 sobre cobro de sucesiones intestadas por parte de peninsulares residentes en España. El cambio consistió en una verdadera derogación de la institución originaria, manteniendo el nombre. La reforma se fundamentó en la existencia de un “deber natural” de que los bienes o el producto obtenido con éstos no deben salir del lugar donde el testador los adquirió. Para ello se fijó un cargo de \$6 por testamento dictado, aboliendo las mandas forzosas, los que serían destinados a la institución educativa aludida. La afectación de esos dineros a un fin distinto solo podría permitirse por autorización expresa de “los altos poderes del Estado”. A ello se agregó que, en caso de fallecer el sucesor intestado dejando herederos forzosos, el gravamen consistiría en el pago de \$12. El cobro de tales derechos se le entregaba al párroco, quien a su vez debía entregárselo al ecónomo de la catedral de la diócesis respectiva, quien actuaría como depositario hasta el paso del rector del instituto, a quien debían entregarle la suma final. En los hechos, el sentimiento religioso de la mayoría fue desplazado por los intereses de una minoría ilustrada.

C) Derogación: una medida que muestra la intención de independizarse, dando cuenta de la otra cara de este proceso, la derogación, es el bando del 9 de junio de 1817, que establece un nuevo sello para las monedas de plata que circulen en Chile: en el anverso, una estrella, y sobre ella la inscripción que diga libertad, y alrededor de esta otra que diga unión y fuerza⁷⁶.

⁷⁵ Esta ley no tiene ninguna relación con la reforma que impulsaron las Cortes de Cádiz como un impuesto para los testamentos y sucesiones intestadas para financiar las pensiones de los lisiados, viudas y huérfanos de la guerra contra Napoleón.

⁷⁶ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Sello de la moneda nacional”.

Pero más relevante que esa medida, al fin y al cabo de carácter obvio, fue la temprana abolición de los títulos de nobleza. Dicha medida evidenciaba la intención de romper con la herencia monárquica, sentar las bases de un nuevo sistema social y da muestras de que, tras ese espíritu de transacción política y continuidad, había espacio para que distintos grupos pugnasen por imponer su agenda en el espacio público. Constituyó en sí misma una fuerte señal de carácter legislativo, en el sentido de sentar las bases de una futura república, aspecto que en la carta de 1818 permaneció completamente indefinido. Dicha abolición fue de carácter general, recogiendo las distintas categorías nobiliarias propias del Derecho indiano, y el carácter comparativamente más difuso de la nobleza hispana e indiana. El texto de la norma habla por sí solo: “Todo título, dignidad o nobleza hereditaria queda enteramente abolida”⁷⁷.

También recogiendo ese espacio que queda a la entera discrecionalidad del legislador, o mejor dicho, entregado a los distintos proyectos políticos, merece un comentario la primera regulación de la nacionalidad. Dicha institución no fue ni siquiera mencionada en la carta de 1818⁷⁸. Probablemente, lo difuso de los límites y contornos, la necesidad de contar con un ejército libertador numeroso, primero en Concepción y luego en el Perú, y las rupturas que había provocado la guerra de la emancipación en muchas familias no hacían aconsejable entrar a regular ese tema en la carta magna. Fue el legislador el que se encargó de llenar ese vacío, aunque de manera indirecta, abrogando la categoría jurídica de indio, reconociendo la ciudadanía chilena a los indígenas del país⁷⁹. Lo interesante de este caso es que en el tenor literal de la norma no queda clara la diferencia entre igualdad y ciudadanía. La voz ciudadanía se emplea como un caballo de Troya para instaurar una mayor igualdad en el trato o igualdad ante la ley. Fiel reflejo del siglo que despunta, esta ley acaba con un estatuto especial. De un plumazo termina no solo con la categoría jurídica del indígena sino que también con las formas jurídicas de protección con las que contaba: el estatuto de menor de edad y el protector de naturales. Del mismo modo, la ley en comento asimila la ciudadanía con la plena capacidad en materia contractual, con la posibilidad de litigar y defenderse en tribunales por su cuenta, y con el derecho a contraer matrimonio, a celebrar actos de comercio, con la libertad para trabajar y elegir un oficio a ejercer y para acceder a empleos públi-

77 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Abolición de títulos de nobleza”.

78 Galdames, L. Ob. cit.

79 Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Ciudadanía chilena a favor de los naturales del país”.

cos, fuesen estos de carácter civil o militar⁸⁰. Interesante es que al final del texto en comento, la nacionalidad también se hace sinónimo de libertad, yendo esta y la igualdad aparejadas con la obligación de contribuir con las cargas públicas, siendo una de las principales el pago de las pensiones a todos los individuos que tenían merecimientos, especialmente a aquellos que eran acreedores de una pensión por servicios personalmente prestados en la guerra por la independencia, o por ser familiares directos de estos. En resumidas cuentas, esa norma fue más bien una homologación de derechos y obligaciones entre distintos grupos, en la que claramente al estado de Chile le interesaba contar con mayor cantidad de contribuyentes para sostener el pago de prestaciones de seguridad social.

Pero la derogación y la continuidad no dan plenamente cuenta acerca de la obligatoriedad de una carta fundamental, sino hasta el momento en que la nueva legislación también abarca otros órganos ajenos a los que tienen facultades legisladoras. Tal fue el caso del cabildo, regulado en la constitución sobre el modelo del cabildo de Santiago y entendido como baluarte de la elite santiaguina, opositora empedernida de la logia lautarina. A esa elite le interesaba resguardar y fortalecer las instituciones en las que estaba enseñoreada. De ahí que se dictaran normas que reconocieran y fortalecieran la autonomía económica del cabildo, de la administración de sus propios. En octubre de 1819 se reconoció por ley al cabildo de Santiago la facultad de reclamar los inmuebles que consideraba de su propiedad, exigiendo a sus detentadores dentro de un plazo perentorio la presentación de los papeles que los autorizaban a habitar en determinados sectores, como el barrio de Tajamar y ambas riberas del Mapocho⁸¹. En resumen, la actividad legislativa del período 1818-1822 favoreció a todos los grupos que participaron del pacto político que dio lugar a la constitución de 1818.

VI. Continuidad y jurisprudencia de los tribunales

La cláusula de continuidad de la judicatura requiere un párrafo aparte, pues si bien la constitución tuvo una vigencia transitoria, en este aspecto aludió a una práctica que se perpetuaría por largo tiempo. Los tribunales tuvieron espacio para la interpretación, pero este era menor que en el Derecho indiano. Por ende, fallarían de acuerdo con la legislación vigente, buscando establecer qué quedaba de las antiguas competencias de la Real

⁸⁰ Las aseveraciones efectuadas por el legislador en esa norma requieren una matización, que por razones de extensión y objeto de este trabajo no se pueden efectuar.

⁸¹ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Administración de los propios de la ciudad”.

Audiencia y del Consejo de Indias y los nuevos límites entre la judicatura, el legislativo y el ejecutivo, reconocidos a nivel constitucional; pero inexistentes en una legislación que no fue pensada en el esquema de la separación de los poderes del Estado⁸².

Tal tarea no se agotaría en el período de vigencia de la constitución de 1818, sino que duraría hasta el término de la codificación procesal⁸³. La labor de la jurisprudencia para delimitar caso a caso los nuevos límites, para sentar las bases de la judicatura y para armonizar la legislación indiana con la nueva legislación –que en el período estudiado fue muy profusa en materia de Derecho Procesal orgánico– realza el realismo con el que los redactores de la constitución de 1818 pensaron esa carta y el rol que se le asignaba a la judicatura en ese momento. El Derecho indiano se constituyó en base a la judicatura, y, pese a las restricciones que trae el constitucionalismo, en esta regulación también hay aspectos importantes de continuidad. Los tribunales ya eran objeto de destacadas reformas que apuntaban a una mayor profesionalización desde la segunda mitad del siglo XVIII. Se buscaba una mayor separación de las funciones estrictamente jurisdiccionales de las administrativas, a fin de garantizar una mejor administración de justicia. Esas políticas reflejaron un trabajo de la doctrina jurídica ilustrada, que tuvo eco en una de las primeras obras críticas del naciente Derecho patrio⁸⁴.

VII. Derogación y continuidad: relación entre el Derecho y los cambios políticos de comienzos del siglo XIX. El caso chileno

Acorde con los esquemas que ha propuesto la historiografía para entender los procesos políticos del siglo XIX y su dimensión jurídica, es importante tener presente que el concepto de revolución en la centuria indicada es radicalmente distinto al que surgirá con posterioridad a la revolución bolchevique. En el siglo XIX la revolución consistía en modificar la constitución escrita por fuera de las vías institucionales⁸⁵, acudiendo a la idea de justicia. La revolución pasa a ser entendida como un proceso para crear De-

82 Dougnac, A. (2003). “Del Derecho indiano al patrio: el tránsito del magistrado Juan de Dios Vial del Río (1776-1850)”. *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 19, 89.

83 Lo que recién ocurrió en 1906, con la promulgación del Código de procedimiento penal.

84 Nos referimos a uno de los juristas que vivió el proceso de emancipación política: Juan Egaña Risco (1820). *Cartas Pehuenches*. Varias ediciones. Uno de los temas que trata es el de la administración de justicia.

85 André-Vincent, P. (1982). *Revolución y Derecho*. Buenos Aires. Ediciones Gheris, 22.

recho desconociendo el Derecho Positivo⁸⁶, fundamentándose en el Derecho Natural iusracionalista⁸⁷. Por lo tanto, las revoluciones, vía reforma, legitiman el Derecho y, por lo general, le dan continuidad, aunque las formas que esta adquiere deben ser analizadas caso a caso.

Por este motivo, André-Vincent indica que la idea de Derecho, aun la más revolucionaria, llevaba implícito el respeto al orden jurídico existente. Lo que cambió a partir de las revoluciones de fines del siglo XVIII es la manera de relacionar el Derecho con los cambios políticos. Desde esa época se hará uso de la interpretación y de la argumentación jurídica para cambiar las leyes. La derogación perderá fuerza, o, mejor dicho, será reformulada. Por esta vía surgirán las revoluciones silenciosas⁸⁸.

Los pilares de esta concepción jurídica serán las declaraciones solemnes de derechos individuales como fundamento de todo el orden político, la sustitución del rey por la nación como titular del poder, la ley como expresión del gobierno de la nación –la que a su vez es la expresión de la voluntad general de los ciudadanos–, la articulación entre la ley y los derechos, mandato de legalidad y condena a la arbitrariedad como un atentado contra la legalidad⁸⁹. En la Francia revolucionaria, tales ideas significaron introducir una serie de reformas en el Derecho Procesal orgánico y funcional, fortaleciendo su carácter público; en el Derecho Tributario, por medio de una resignificación del aforismo jurídico *nullum tributum sine lege*, y en el Derecho Administrativo, en la idea de que el funcionario público es un mero agente de la ley⁹⁰.

Al llevar esta propuesta conceptual europea al caso de la América hispano parlante⁹¹, este fenómeno se manifestará en lo que la historiografía jurídica denomina “pervivencia del Derecho indiano”. Este fenómeno tuvo muchas formas, atendiendo regiones y tiempos. Pese a su carácter provisorio, la constitución en comento contenía un catálogo de derechos fundamentales, se orientaba por la idea de nación⁹² y, prosiguiendo con el sentido jurídico

86 *Ibidem*, 21.

87 *Ibidem*, 29.

88 *Ibidem*, 52.

89 Un interesante esquema conceptual para entender esta transformación en la letra de la ley, en García de Enterría, E. (1994). *La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*. Madrid. Alianza Editorial, 97-152.

90 *Ibidem*, 156-197.

91 Es importante destacar que el esquema conceptual de García de Enterría es elaborado para la realidad europea y con los parámetros de la realidad jurídica del Derecho europeo anterior a la Revolución francesa, que tenía importantes matices con el Derecho indiano, que al final hacen importantes diferencias. Se usa esta propuesta, pues a pesar de esos reparos, este esquema es más lo que ilumina el análisis que lo que distorsiona u oculta.

92 Decimos orientaba pues no hay una mención expresa a esta figura ni a la república;

indiano, se inclinaba por un marcado legalismo. Este último, manifestado en las cláusulas de continuidad, en la labor legislativa y en el trabajo que por décadas realizaría el Poder Judicial, se manifiesta con fuerza en el texto para el juramento de la constitución⁹³. Dicha declaración, concebida para producir efectos jurídicos, destaca el rol estabilizador de la constitución, pues “calma las inquietudes, fija las esperanzas públicas i restablece el imperio del orden i de la justicia”. Aparte de ello, es destacable que se refiera a los “derechos de la nación”, fijando como objetivos la realización de intereses públicos, la depuración de la Administración Pública y el fortalecimiento de la probidad.

Este texto era una declaración política que aludía a la realización de objetivos anhelados por un sector de la población, asume la ruptura con la Corona y la necesidad de reformas, pero no mucho más que eso. En consecuencia, resulta llamativo que esta carta y sus documentos anexos revelen la dinámica que subyace a la derogación y a la continuidad, en cuanto fenómenos jurídicos. Las cartas fundamentales normalmente omiten estas figuras jurídicas, por inevitable que sea su uso. La peculiaridad de la carta en cuestión se da por la coexistencia explícita y literal de distintos proyectos políticos y sistemas jurídicos. La constitución provisoria de 1818 admitió expresamente su carácter transaccional, algo que no volvió a ocurrir en la historia de Chile⁹⁴. Sin embargo, el hecho de que la mayoría de las constituciones no admitan ese carácter –como se mencionó más arriba– no significa que no lo posean. Las declaraciones políticas que acompañan a las constitu-

pero sí hubo una serie de políticas que iban en esa dirección, siendo la más importante el rechazo explícito de O’Higgins a cualquier intento de establecer una monarquía en estos territorios.

⁹³ Texto completo disponible en www.leychile.cl, con el título “Jura de la constitución provisoria”.

⁹⁴ Los textos de las constituciones de 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 no fueron redactadas con la idea de admitir expresamente que eran producto de una transacción política entre distintos grupos. Las cartas de 1828, 1833 y 1925 fueron redactadas sobre la estructura de la constitución de 1822. Todas las reformas e instituciones que se incorporan se agregan a la estructura que venía provenía de la constitución de 1822. Cada institución se agregó a la distribución de poder original contemplada en esa carta. Es así como se puede resumir la evolución constitucional como la recepción del texto gaditano en 1822, el fortalecimiento del liberalismo de fines del siglo XVIII y de algunas ideas ilustradas en la constitución de 1828, una nueva estructura de relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, basado en una enorme concentración de poder en el primero, con el contrapeso de la aprobación de leyes periódicas sin las cuales el Ejecutivo y la Administración Pública no podían funcionar y en la de 1925 se agregan las instituciones que caracterizarán al constitucionalismo social posterior a la Primera Guerra Mundial. Westermeyer, F. (2012). *Chile y la constitución de Cádiz. Un primer acercamiento a una relación preterida*. M. Mingarro. Cuando las Cortes de Cádiz. Panorama jurídico 1812. Jornada conmemorativa del bicentenario. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México, 121-157.

ciones tienden a realzar el rol de la derogación y a minusvalorar tanto el rol de la continuidad como el de la arriba mencionada “revolución silenciosa”, ambas labores propias de los juristas.

Paralelamente, no puede olvidarse que en un Derecho legal como el contemporáneo la derogación es un proceso de sustitución lento, que generalmente va a la zaga del tráfico jurídico y los cambios sociales, dejando lagunas legales. Los redactores de este texto previeron que el proceso codificador sería mucho más lento de lo que se esperaba a fines de la segunda década del siglo XIX⁹⁵. En resumen, la comisión redactora partió de la base de que la recepción de las ideas del constitucionalismo, especialmente del principio de separación de los poderes del Estado, no podía dar pie a ningún atisbo de una derogación orgánica.

VIII. Consideraciones finales

Lo llamativo de la constitución de 1818 es, primero, que reconociese expresamente su provisoriedad y, segundo, que regulase la relación entre el Derecho hasta ese momento vigente, y el Derecho que se pretendía introducir, inspirado en la codificación. Interesante resulta ver cómo la labor legislativa del período estudiado integró el articulado de la constitución, observando su espíritu e intenciones y, a la vez, aprovechando los márgenes de libertad que la carta fundamental daba a los órganos legislativos.

También es destacable el realismo con que los miembros de la comisión redactora previeron los conflictos entre la nueva carta y sus principios y una legislación pensada para otra realidad e inspirada en otras ideas. Resulta inconcuso que continuidad y derogación son dos aspectos del mismo fenómeno en un Derecho de corte legal, como el que se consolida a partir de la Revolución francesa.

No obstante lo anterior, la continuidad es la regla general, pues por diversas vías otorga al ordenamiento jurídico la flexibilidad para adaptarse a las nuevas realidades y requerimientos políticos y sociales. La derogación, contrario a lo que se cree, es la excepción. Dicha realidad es la contracara de las revoluciones políticas, que durante el siglo XIX fueron mucho más respetuosas del Derecho y la legalidad de lo que se quiere creer. El discurso político y la realidad jurídica no van de la mano. Las rupturas políticas no siempre traen los prometidos cambios jurídicos. En el caso de gran parte de la América hispanoparlante, la emancipación política significó, en la mayo-

⁹⁵ En Chile este proceso empezó con la promulgación del Código Civil en 1855 y terminó con la promulgación del Código de procedimiento penal en 1906.

ría de las disciplinas jurídicas, una nacionalización del Derecho indiano, y en el Derecho Público, y sobre todo en el constitucional, la proliferación de distintas formas de tránsito entre el Derecho vigente y otro que se apropiase de las ideas del constitucionalismo. La constitución provisoria de 1818 y la labor legislativa que marcó su, para esa época, largo período de vigencia, es solo una forma de tránsito más; pero una que tuvo varias particularidades que pueden resultar interesantes hasta el día de hoy.

Bibliografía

- Amunátegui, M. (1914). *La dictadura de O'Higgins*. Memoria presentada a la Universidad de Chile en sesión solemne el 11 de diciembre de 1853. Santiago de Chile. Imprenta Barcelona.
- Aránguiz, H. (1966). "La aplicación de la constitución de 1818", en Eyzaguirre, J. (Ed.). *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 27.
- Barros, D. (1890). *Historia Jeneral de Chile*. Tomo XI. Santiago. Rafael Jover, Editor.
- Bravo, B. (2011). *Anales de la Judicatura Chilena*. Tomo II. Santiago. Poder Judicial.
- Briseño, R. (1849). *Memoria histórico-crítica del Derecho Público chileno desde 1840 hasta nuestros días*. Santiago. Imprenta de Julio Belin.
- Campos, F. (1951). *Historia Constitucional de Chile*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Carrasco, S. (2002). *Génesis y vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Dougnac, A. (1998). *Manual de Historia del Derecho indiano*. Ciudad de México. McGraw Hill.
- Galdames, L. (1925). *La evolución constitucional de Chile*. Santiago. Imprenta Balcells.
- Huneeus, A. (1933). *La Constitución de 1833. Ensayo sobre nuestra historia constitucional de un siglo*. Santiago. Editorial Splendid.
- Lastarria, J. (1853). *Historia constitucional de medio siglo*. Santiago. Imprenta del Mercurio.
- Ossa, J. (2016). "El gobierno de Bernardo O'Higgins visto a través de cinco agentes estadounidenses, 1817-1823". *Revista Coherencia*. Vol. 13, N° 25, 139-166.
- Palma, E. (2019). "La Constitución chilena de 1818 (a 200 años de su promulgación)". *Revista Electrónica de Historia Constitucional* N° 20, 941-997.
- Roldán, A. (1892-1893). *Los desacuerdos entre O'Higgins y el Senado conservador*. Anales de la Universidad de Chile. Tomo 82. Serie 1, 177-203.
- Valencia, L. (1978). "Orígenes político-sociales de las constituciones de O'Higgins". *Revista de Derecho Público* N° 23, 25-35.
- Vicuña, B. (1860). *El ostracismo del Jeneral D. Bernardo O'Higgins escrito sobre documentos inéditos y noticias auténticas*. Valparaíso. Imprenta El Mercurio.