

## CHILE Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ: UN PRIMER ACERCAMIENTO A UNA RELACIÓN PRETERIDA\*

Felipe WESTERMEYER HERNÁNDEZ\*\*

SUMARIO: I. *Ideas preliminares.* II. *El constitucionalismo en Chile.*  
III. *Consideraciones finales.*

### I. IDEAS PRELIMINARES

Al cumplirse doscientos años desde la promulgación y publicación de la Constitución de Cádiz es necesario revisar, una vez más, el alcance e influencia de esta carta magna. Casi dos siglos de discusión y estudio sobre su contenido y fuentes de inspiración no terminan de agotar el debate. Lo que está claro es que, junto a Las Partidas, es el mejor texto jurídico que España le ha legado a la humanidad. Sus principios, contenido, forma de gestación y cortos e interrumpidos períodos de vigencia no dejan de otorgarle un marcado sentido épico y particular peculiaridad. La primera Constitución escrita del mundo hispano hablante marcó el hado de lo que serían muchas de las Constituciones en Iberoamérica. Bajo un pretendido sentido científico y racionalista, subyace en ella el sentido onírico del derecho propio de las discusiones constitucionales en el mundo hispanófilo. A las Constituciones se les pide todo. En consecuencia, las Constituciones escritas y la interpretación que de éstas hace la doctrina publicista han interpretado los sueños, anhelos y esperanzas

\* Agradezco las observaciones y ayuda que en este trabajo me proporcionaron los profesores y eminentes juristas Óscar Cruz Barney, Cristian Román Cordero, Antonio Dougnac Rodríguez, Bernardino Bravo Lira, Eduardo Andrade Rivas, Alejandro Mayagoitia y a la historiadora Rosa Martínez de Codes. Asimismo, al profesor Pablo Ruiz-Tagle Vial por sugerirme algunos puntos de vista y al profesor argentino Juan Carlos Cassagne, por ser mi contradictor y crítico. Sobre todo un especial agradecimiento al doctor Luis Martí Mingarro y a María Rozpide, que por medio de UIBA me indujeron a tomar esta línea de investigación. Todos los errores corren por cuenta del autor.

\*\* Universidad de Chile.

de los pueblos americanos. Por medio de su estudio no sólo se puede obtener información acerca de cuáles eran las problemáticas en un determinado momento, sino que doctrina, autores y principios jurídicos marcan cada época. En los últimos dos siglos, por medio del estudio del derecho constitucional y sus manifestaciones en el Poder Legislativo y el Judicial se puede saber qué sistema jurídico efectivamente rige en cada país. El derecho constitucional, como objeto de estudio histórico-jurídico, es mucho más que el texto de la carta fundamental.

Mayor es el interés que despierta la Constitución de Cádiz si se considera que las Constituciones escritas constituyen, junto a los códigos, las grandes innovaciones jurídicas de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Al ser una de las primeras, necesariamente, servirá de inspiración a muchas otras. La Constitución de 1812 será una fuente material de primera importancia durante el siglo XIX, en América y Europa.<sup>1</sup>

La expresión de esos sueños y deseos de la que hablábamos más arriba no quedó en el papel. El derecho constitucional será, a lo largo del siglo XIX, el derecho del cambio social y de la reforma jurídica. Será en su sede donde se debatirán asuntos tan disímiles como el derecho de propiedad, la educación, el pago de impuestos, la organización del Estado y la noción de bien común propia de cada país. El derecho constitucional fue la punta de lanza del largo proceso mediante el cual Europa configuró las bases de su moderno derecho y su nueva organización política y social. En América, además, será la primera expresión del derecho patrio. El derecho constitucional, por ende, será una disciplina jurídica bifronte. Por un lado, será universal en cuanto a principios y garantías constitucionales se refiere. Compartirá en Europa y América la devoción por los derechos fundamentales, la democracia y por la existencia de cartas fundamentales como una necesidad básica e insustituible. Por otro lado, constituirá la primera expresión de la nacionalización del derecho. Cada vez que una junta se formaba en América, una de sus primeras medidas era mandatar a una comisión de juristas y hombres de reconocida autoridad a que redactase una Constitución o un reglamento constitucional. En el derecho público nacieron los derechos patrios en Latinoamérica. Primero se dictaban las Constituciones, y años después los códigos. En consecuencia, el derecho constitucional es la primera manifestación de

<sup>1</sup> Sobre este punto véase la obra *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, dirigida por José Antonio Escudero, la que contiene más de cien artículos que analizan distintos aspectos de esa carta fundamental y su proyección en distintos países, como Argentina, Brasil, México, Venezuela, Perú, Chile, Cuba, Colombia, las Repúblicas centroamericanas, Francia, Italia y Escandinavia.

la sustitución del derecho indiano por los derechos patrios. El derecho constitucional coincide en América Latina con la formación del derecho patrio.

Este proceso de sustitución y reforma durará, a ambos lados del Atlántico, en promedio, cerca de un siglo. Las bases de tan alambicado, arduo y lento fenómeno las dieron unos pocos textos que sirvieron de inspiración a las grandes asambleas constituyentes.<sup>2</sup> Junto a la Constitución norteamericana y la francesa, la de Cádiz es uno de los cuatro pilares del constitucionalismo moderno.<sup>3</sup>

Por tal razón, la historia de esta carta fundamental es la de una tragedia con final feliz. Definimos de esta manera el rol que ha jugado en el constitucionalismo moderno esta notable pieza jurídica. La carta fundamental de Cádiz tiene una enorme riqueza en lo que a dogmática jurídica se refiere, sin la cual probablemente el derecho constitucional y los derechos patrios habrían tenido otro derrotero.

Fundamentamos lo anterior en las principales características y cualidades de la carta magna en estudio. En primer lugar cabe destacar que constituye en sí misma el hito que representa el paso desde la Constitución jurisdiccional a la Constitución moderna. Como indicábamos más arriba, aparte de ser una de las primeras Constituciones escritas que conoció el mundo moderno, es la primera que inicia la concentración de las distintas jurisdicciones existentes en una, a cargo del Estado. Se propone acabar con los señoríos jurisdiccionales y con toda la maraña de tribunales especiales existentes en el mundo urbano y el rural. La Constitución doceañista marca el comienzo del proceso unificador del derecho. Busca combatir la infinidad de fueros existentes en el siglo XVIII, legados desde tiempos inmemoriales, valiéndose para ello de la garantía constitucional propia de los últimos dos siglos: la igualdad.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Si bien la nueva sistematización que se da en el derecho a partir del siglo XVIII adquiere mayor relevancia en los códigos procesales, civiles, penales y mercantiles que en las Constituciones, en casi todas las asambleas constituyentes se tiene presente que una de las intenciones del poder constituyente es lograr, a mediano plazo, la codificación de todas las ramas del derecho.

<sup>3</sup> Decimos cuatro pilares, considerando que, pese a no contar con un texto, el parlamentarismo inglés fue un modelo a seguir por toda Europa y estuvo también omnipresente en los estudios de ideólogos como Gaspar Melchor de Jovellanos y gran parte de los constituyentes de las Cortes que confeccionaron la Constitución de Cádiz, en Chile y otras naciones latinoamericanas.

<sup>4</sup> Hacemos el énfasis de algunos aspectos, pues no se puede desconocer que el trato que recibían en ella los habitantes de los reinos de América era abiertamente discriminatorio, al igual que el estatuto que se daba al originario de África.

También posee el mérito de representar los ideales jurídicos del constitucionalismo hispano. En una época en que todavía la democracia no adquiría caracteres universales, a ambos lados del Atlántico se pensó que la mejor reforma al sistema político de la corona española era la monarquía constitucional. El trauma de la Revolución Francesa hacía impensable cualquier ruptura con lo establecido hasta ese momento. Por ende, la única posibilidad era seguir el ejemplo del parlamentarismo inglés.

En tercer lugar, la Constitución doceañista representa el triunfo de las ideas jurídicas ilustradas en el ideario jurídico iberoamericano. No fueron menores los cambios que esta carta y las Cortes introdujeron en el ordenamiento jurídico vigente: la abolición de la inquisición, la libertad de impresión y la abolición de la censura, la proscripción de la tortura como medio de prueba en juicio, la supresión de los títulos de nobleza y los señoríos jurisdiccionales, entre otros, marcarán gran parte de los procesos de reforma del siglo XIX.<sup>5</sup>

Posee además el mérito de ser el fruto de una asamblea en que participan representantes de todos los reinos que integraban la Corona. Constituye en sí misma una instancia de encuentro del mundo iberoamericano. Peninsulares y provincianos se sientan en la misma mesa y discuten el destino que seguirían sus pueblos, un destino que aún en 1811 se pensaba que podía ser común. En su seno tuvieron lugar las discusiones que servirán de abono para el posterior discurso jurídico y político que pavimenta la emancipación de los reinos latinoamericanos y su transformación en Repúblicas.

Huelga señalar que el constitucionalismo moderno implica un cambio en la sistematización jurídica. De un ordenamiento jurídico de carácter horizontal se da el paso a uno de carácter jerárquico y piramidal. De un derecho compuesto de un sistema complejo de fuentes, donde tienen fuerza vinculante la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia de los tribunales, los fueros, la ley, la moral y el derecho natural, se da paso a uno en que la ley

No obstante, la igualdad fue uno de los principios inspiradores de la administración de justicia. Ésta es garantizada por el legislador mediante la progresiva abolición de los fueros. Del mismo modo, constituye un paso importante en la igualdad entre las personas la abolición de los señoríos.

<sup>5</sup> Al menos en Chile, las memorias de los ministros de justicia del periodo que media entre 1839 y 1870 son enfáticas en señalar que una de sus prioridades es la regulación del procedimiento penal y el propender a dar forma a un régimen carcelario que respete la dignidad humana y que propenda a la reforma moral del individuo. También esas memorias se preocuparon de dar un contenido jurídico de derecho fundamental a la libertad de impresión, tratando a toda costa de delimitar claramente el ámbito en el cual el gobierno podía entrar a restringirla.

es sinónimo de derecho. De un sistema jurídico basado en la obra y la doctrina de los juristas se da paso a uno de corte legal; desde el derecho de los estatutos especiales y los fueros se pasó a un derecho único de carácter uniformador.

Bajo este prisma, la Constitución de Cádiz representa una adecuada ecuación entre la continuidad y la reforma, al rescatar el rol de la judicatura, tan importante para el mundo hispano. Las Cortes tuvieron el tino suficiente para que los cambios introducidos no violentasen las ideas y sentimientos arraigados en la masa. Se preocuparon que sólo se introdujesen aquellas reformas que estuvieran debidamente consensuadas y fueran aclamadas por la mayoría, tratando de engarzarlas con la tradición jurídica hispana y su constitución histórica. El esfuerzo interpretativo de los pensadores gaditanos es sin duda notable. El recurso a la tradición como el mejor medio para dar el salto desde la monarquía absoluta a la parlamentaria representa bien la moderación de aquellos que quieren cambios inclusivos. Las reformas siempre generan resistencias, sea por intereses creados que se ven amenazados o por la necesaria y sabia duda acerca de la efectiva conveniencia de los cambios. Los constituyentes de las Cortes en ese sentido tuvieron el tino y la sabiduría de la que han carecido en muchas ocasiones los constituyentes de América Latina a la hora de llevar adelante procesos de reforma, usando el aparato estatal. El proceso de reformas iniciado por los Borbones y frenado por gobernantes de esa misma dinastía no había logrado modificar algunas estructuras económicas y sociales que impedían el progreso de la Corona española. Sabiendo los constituyentes lo mucho que estaba en juego y la carencia de grupos sociales que efectivamente pudiesen respaldar el actuar de los liberales gaditanos, optan por la transacción y los préstamos ideológicos. Casi nadie se sintió del todo representado por esa carta fundamental: ni reformistas a ultranza ni tradicionalistas quedaron satisfechos con el producto emanado de las Cortes. Los constituyentes hicieron tan bien su tarea que la Constitución de Cádiz admite diferentes interpretaciones jurídicas e ideológicas, siendo un tema que la dogmática jurídica española aún no logra zanjar.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Al respecto existe un interesantísimo artículo que condensa esta discusión, del profesor Dionisio Perona Tomás, titulado “La influencia de la Constitución francesa de 1791 en la española de 1812”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz, 200 años*, Fundación Rafael del Pino, t. II, pp. 367-387. El autor cita, entre otros autores que han tomado partido en el debate sobre las influencias y por ende interpretaciones que admite la doceañista, a Martínez Marina, Luis Sánchez Agetsa, Alfonso García Gallo, Tomás Villarro-ya, Richard Herr, Carlos Marx, Federico Engels, Manuel Menéndez Pelayo, Andrés Sevilla, Miguel Artola, Ismael Sánchez Bella, Carlos Garriga y Marta Lorente.

Un buen ejemplo de ello lo constituye el trato que reciben los tribunales de justicia en la carta fundamental. Durante el siglo XVIII estadistas de la altura de Campomanes y el conde de Aranda instalan la necesidad de uniformar la jurisdicción, combatiendo los fueros especiales, y a la vez, creando nuevos tribunales cuyo origen radique en regalías mayestáticas.<sup>7</sup> Dicho proceso se dio tanto en la península como en el mundo indiano, aunque en éste no existía tamaña maraña jurisdiccional. Sobre esa base, la labor de los constitucionalistas gaditanos fue la de avanzar en el proceso ya iniciado de profesionalización de los tribunales, sobre la base del dogma constitucional de los poderes del Estado independientes entre sí.<sup>8</sup> Dicha idea, de origen francés, los gaditanos la asimilaron a la tradición jurídica peninsular mediante el empleo de un lenguaje distinto del usado por los franceses y recurriendo a la obra de tratadistas que habían instalado en la dogmática hispana, con anterioridad a la invasión napoleónica, la necesidad de contar con poderes independientes entre sí.<sup>9</sup> Asimismo, el rol de la judicatura en cuanto actor tradicional de equidad y justicia en el caso concreto, se ve reforzado por la agente de cambio, modernización y reforma que el constitucionalismo gaditano sabiamente reconoció en los jueces. El juez es muchísimo más que la boca de la ley. El juez no aplica derecho, sino que lo crea. Por medio de sus sentencias modificaría el ordenamiento jurídico, ajustándolo a lo prescrito en la Constitución.<sup>10</sup> Para lograr tal efecto, se dio muchísima importancia al estatuto de los jueces, en tanto responsables por la correcta aplicación de la ley vigente y la Constitución.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Alzaga Villaamil, Óscar, “Constitución de Cádiz y el Poder Judicial”, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, cit.*, t. III, pp. 137 y ss.

<sup>8</sup> Al menos en Chile este punto es de dudoso avance más allá de las declaraciones doctrinarias, toda vez que hasta muy entrada la década de 1840, sobre la atribución del presidente de la República de velar por la pronta y cumplida administración de justicia, de igual redacción que la de Cádiz, el Ejecutivo intervenía de manera descarada en asuntos de índole jurisdiccional.

<sup>9</sup> Alzaga Villaamil, Óscar, *op. cit.*, pp. 144 y 145.

<sup>10</sup> En este punto nos hacemos eco de la tesis de Marta Lorente y Carlos Garriga, quienes titulan a Cádiz como la Constitución jurisdiccional.

<sup>11</sup> Cabe señalar que en este aspecto no hay grandes diferencias entre lo que establece la doceañista y la realidad existente en el mundo indiano, en el que los tribunales superiores, como cuerpo colegiado, representaban al monarca y podían adoptar funciones de gobierno. La profesionalización del Poder Judicial en América es un proceso que hunde sus raíces en el siglo XVIII, destacando el arbitrio judicial para aplicar penas justas y moderar leyes cuyo contenido era anacrónico para la realidad de esa época. Por lo mismo, los tribunales tenían tendencia a aplicar la normativa más cercana en el tiempo. En tal sentido, si bien no existía una elaboración conceptual respecto al sistema de frenos y contrapesos entre los poderes del Estado, el mundo indiano, mediante la especialización y el sistema de ámbitos de competen-

La Constitución de Cádiz es una tragedia con final feliz, pues su periodo de vigencia fue muy corto, siendo en vano el trabajo de mucha gente. Los textos jurídicos están hechos para tener vigencia en una época y en un contexto determinado y éste no fue el caso. Las opciones políticas y jurídicas del monarca Fernando VII, unido al proceso de desintegración de la Corona española, impidieron que la Constitución cumpliese su principal objetivo: ser un texto vigente, aplicable y aplicado en la península y las indias.

No obstante, esta carta fundamental fue una fuente de inspiración y modelo que sirvió a muchas Constituciones americanas. Tuvo como antecedente y fuente material del derecho muchísima más relevancia que como fuente formal.

Tal situación se explica por la coincidencia del movimiento constitucional en comento con la emancipación política de Latinoamérica. La emancipación de los reinos significará que cada una de las nuevas repúblicas deberá darse un derecho nacional.

El proceso de superación de los textos jurídicos vigentes en la época india tardará en varios países cerca de un siglo.<sup>12</sup> El derecho patrio coincide en América Latina con el derecho moderno. El derecho patrio es sinónimo de la superación de las características de aquel ordenamiento jurídico propio del antiguo régimen. Los derechos patrios se formarán con instituciones del derecho indiano, las que serán concebidas acorde a las circunstancias particulares de cada país, redactadas en terminología liberal, a las que se añaden innovaciones jurídicas propias del siglo. La primera de ellas, como se indicó más arriba, son las Constituciones.

En consecuencia, el derecho patrio es una nacionalización del derecho indiano unido a las innovaciones jurídicas indicadas. De un solo derecho se pasó a más de diez ordenamientos distintos en el continente.

La proliferación de derechos patrios implicó, a su vez, el surgimiento de una nueva forma de relación entre los ordenamientos jurídicos. Se empieza a emplear el derecho comparado como forma de dar formulación científica al derecho patrio. La imposibilidad de llevar a cabo adecuadas redacciones de códigos en un breve plazo hace muchísimo más fácil la copia y recepción del derecho foráneo. El derecho extranjero sirve como fuente material del

cia, logró dar la seguridad suficiente para garantizar la adecuada protección de las personas. La mejor prueba de ello es que, al menos en Chile, sobre los tribunales cayó parte importante de la transición entre el derecho indiano y el patrio. Al respecto véase “Del derecho indiano al patrio: el tránsito del magistrado Víctor Vial del Río (1774-1850)”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 19, 2003-2004, pp. 63-133.

<sup>12</sup> En el caso de Chile, la Novísima Recopilación de Leyes de Indias fue citada en sentencias de las dos primeras décadas del siglo XX, en lo referido a la relación Iglesia-Estado.

derecho, como modelo a adecuar o como texto al que otorgarle vigencia. De esta forma se da paso a familias jurídicas particulares. No sólo habrá familias jurídicas cuando se habla de los grandes sistemas, como el anglosajón y el de derecho común, sino familias de códigos civiles, penales, mercantiles, procesales, etcétera. La relación entre los sistemas jurídicos se vuelve mucho más compleja. Ahora se hará necesario determinar cuáles son los modelos que convergen en cada código. Qué se rescata de cada uno y cuáles son los orígenes y similitudes entre los modelos empleados. Se empieza a estudiar el ADN de cada texto jurídico.

Lo mismo pasará a nivel constitucional. La imposibilidad de disponer de grandes modelos y la necesidad de contar con uno que se ajustase de la mejor manera a las costumbres y realidades de los nuevos países hizo de la Constitución de Cádiz una fuente material de primera importancia en el constitucionalismo latinoamericano. Por eso decimos que esta tragedia tuvo un final feliz. Gobernó los pueblos a los que estaba destinada de forma indirecta, por medio de Constituciones que se inspiraron en ella. El trabajo de los constituyentes, los principios por los cuales bregaron y las reformas que trataron de introducir por medio de esta carta magna fueron adecuadamente recepcionados en el mundo latinoamericano gracias a las técnicas de creación de la norma, propias del derecho comparado. Sus más importantes instituciones fueron recogidas de una u otra forma por muchas de las efímeras Constituciones americanas.

El caso chileno tampoco constituye la excepción. La Constitución de Cádiz tuvo una influencia muchísimo mayor que la que hasta el momento le reconoce la historia constitucional, como veremos más adelante.

Como último comentario, es importante tener en cuenta que el proceso de cambios que vivió el derecho en España e indias supera por mucho el constitucionalismo y la Constitución escrita. Muchas de las discusiones de relevancia constitucional tienen sólo rango de ley; pero tal categoría no les resta la importancia a la hora de estudiar los cambios vividos en el ordenamiento jurídico.

## II. EL CONSTITUCIONALISMO EN CHILE<sup>13</sup>

La historia constitucional de Chile no es ajena, en líneas generales, a lo que fue en el resto del continente. Hubo similitudes y diferencias respecto a lo acaecido en otras partes. Al igual que en toda la América de habla

<sup>13</sup> En este capítulo, los textos constitucionales mencionados han sido vistos en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional de Chile, en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

castellana, en Chile se instala en un cuarto de siglo la noción de soberanía nacional y una teoría del origen del poder desprovista de referencias a la divinidad;<sup>14</sup> la idea de la separación de los poderes del Estado; la necesidad de cuerpos legislativos de elección popular; un cuerpo colegiado permanente que actuaba como garante de la Constitución y los derechos fundamentales; la libertad de imprenta; un sistema nacional de educación; la necesidad de contar con códigos que condensaran todo el derecho vigente; una nueva normativa tributaria; una nueva organización de la judicatura; la consagración de los derechos del hombre, y un nuevo sistema de organización territorial que pudiese compatibilizar la debida autonomía de las comunidades locales con el poder del Estado central. En general, en toda América se terminó imponiendo un sistema de gobierno de corte republicano aristocrático.

Este proceso de instalación de las ideas significó que en materia legislativa se progresase sobre el sistema de ensayo y error, por lo que el periodo que media entre 1823 y 1830 ha sido conocido como el de la lucha por la organización, viendo muchos una relación de continuidad con los años de la independencia.<sup>15</sup> Es en este periodo de cerca de siete años donde se sientan las bases que permitirán la posterior construcción del Chile republicano. Una vez superada la guerra de la independencia, se procede a dar forma a la estructura sobre la que se levantará Chile. Para ello se ensayan Constituciones y leyes federales, se buscan acuerdos que permitan dar algún equilibrio a las regiones que componen el nuevo Estado<sup>16</sup> y se dan nuevas autoridades, delimitando las funciones que a cada una le corresponden.

La solución que se buscó, en la medida de lo posible, fue la de la tolerancia y el diálogo.<sup>17</sup> Probablemente esos años fueron los de mayor discusión jurídica y política que ha conocido Chile y también los de mayor libertad de expresión e imprenta. Fueron los años en que se intentaron distintos tipos de organización política y administrativa, se previeron todos los defectos

<sup>14</sup> Importa hacer este alcance, pues el fundamento del movimiento juntista en Chile fue el ideario de San Isidoro, que pervive en la Real Universidad de San Felipe y es planteado en diversos documentos y pasquines en 1810.

<sup>15</sup> Tradicionalmente se ha dicho que el periodo de emancipación termina en 1823; sin embargo, no será hasta principios de la década siguiente que en Chile se aquieten del todo las aguas, dado que el Archipiélago de Chiloé siguió en poder de los españoles hasta 1826 y la guerrilla de Benavides primero y los hermanos Pincheira después, será derrotada recién a comienzos del gobierno de Prieto.

<sup>16</sup> En particular, el acta de unión de las provincias, pacto político que busca evitar una confrontación entre Santiago y la provincia de Concepción.

<sup>17</sup> Indicativo de este espíritu fue que el principal protagonista, el general Freire, en más de una ocasión terminó entregando el poder a juntas de civiles, de manera incruenta.

que podría tener la democracia y se buscaron inclusive formas de desarrollar al país desde el Estado, propias del siglo XX.<sup>18</sup> En esos años conviven corrientes políticas y jurídicas de corte liberal, conservador y otra de menor eco de marcado énfasis en lo social.<sup>19</sup> Todas ellas comparten, sin embargo, un fuerte sentido de servicio público desde el Estado y un espíritu ilustrado con un fuerte énfasis en la educación, como forma de expandir la felicidad entre los gobernados. Este sentido común tendrá además la característica de ser marcadamente confesional. Todos quieren y deben tener buenas relaciones con la Iglesia, a la que se percibe como la principal coadyuvante en la civilización y progreso de las masas.

Es también el periodo en que se trata de concretar todas las reformas pendientes desde el periodo indiano, como la regulación de los cementerios y la obligación de enterrar a los muertos en ellos y no dentro de los templos,<sup>20</sup> y otras derivadas de problemas cuyo diagnóstico era ampliamente conocido en el mundo de habla hispana, como la desamortización de los bienes del clero regular y la abolición de los mayorazgos.

Ciertamente, las ideas y la voluntad sobraron, mas faltaba gente preparada para llevarlos a cabo y tampoco la economía del país era lo suficientemente grande como para adquirir esos bienes. Además, la natural oposición que muchas de esas reformas generaron entre quienes veían afectados sus intereses implicaron la postergación de éstas, que serían llevadas a cabo más adelante, con los mismos fundamentos.

En consecuencia, al referirnos a este periodo hablamos de un lapso de tiempo históricamente encapsulado y de gran virtualidad. Todos los problemas que más tarde aquejarían a Chile, en materia jurídica e institucional, al menos en este periodo se enunciaron. Tales discusiones se caracterizaron porque partieron desde el caso concreto. Desde la situación práctica a los grandes principios. Sin ir más lejos, el concepto de bien común se discutió a raíz de la higiene, la educación y el derecho de propiedad.

Desgraciadamente, este proceso no llegó a buen puerto. No se supieron canalizar adecuadamente las iniciativas de la época ni hacer del diálogo una

<sup>18</sup> La Constitución moralista de 1823 contemplaba la existencia de una corporación estatal que estuviese a cargo del fomento del desarrollo productivo del país, lo que le valió al autor de esa idea, Juan Egaña Risco, un sinfín de críticas por contradecir el espíritu del liberalismo decimonónico.

<sup>19</sup> Respecto a la última de esas tendencias véase Westermeyer Hernández, Felipe, “La desamortización de los bienes de regulares en Chile: la primera discusión jurídica del derecho patrio sobre la naturaleza y alcance del dominio”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 22, t. II, pp. 1103 y ss.

<sup>20</sup> Mientras en otras áreas del continente esta reforma se llevó a cabo en la década de 1780, en Chile recién se discutirá de manera seria durante el gobierno de O’Higgins.

costumbre. Este periodo terminó con una guerra civil. El sector pelucón, en alianza con el ejército de Concepción y los estanqueros, gana la conflagración, acabando con las prácticas democráticas hasta ese momento vigentes. Se inicia una época marcada por un fuerte autoritarismo presidencial, que es refrendado con la reforma de la Constitución de 1828, que deriva en la de 1833.

Tal quiebre tuvo un trasfondo más político contingente que ideológico. Cambiaron los rostros de los que detentaban las magistraturas gubernamentales, mas no las ideas. El Estado tardaría más en ocupar el espacio público antes manejado por la Iglesia, las reformas al sistema de propiedad se llevarían a cabo al momento de la dictación del Código Civil o mediante leyes relativamente coetáneas a él y al cabo de algunas décadas igual se impondría el Parlamento, como principal poder del Estado, ante el presidente de la República.

Como síntesis de este periodo, la historiografía jurídica ha destacado que en Chile se alcanzó una estabilidad política e institucional de manera rápida, lo que se refleja en la Constitución de 1833, cuya vigencia fue de nada menos que 92 años. Todo un récord para la realidad latinoamericana.<sup>21</sup>

Lo anterior en ningún caso quiere decir que en Chile la década de 1820 fue una década perdida o marcada por el desgobierno y la anarquía. Antes de 1833 hubo orden, aunque también mayor participación. Tal situación se explica por el surgimiento de un nuevo fenómeno político, propio de los siglos XIX y XX: el militarismo. El mundo indiano desconoció el militarismo, por lo que su advenimiento generó tensiones hasta ese momento desconocidas en estas tierras. Si bien Chile contó con un ejército profesional desde muy temprano, el advenimiento de la República le dará un nuevo rol.

Éste se potenció con un sistema político de partidos y facciones que buscaban la manera de acceder al poder. Ellos ven en los militares la desorientación propia del vacío de poder. Acostumbrados a que su director remoto era el rey, ahora se genera una relación mucho más directa entre la sociedad, las jefaturas políticas y la jerarquía militar, lo que —unido al natural sistema de obediencia de las fuerzas armadas— hizo de éstas o de sus generales y caudillos aliados apetecibles.

<sup>21</sup> La Constitución de 1833 fue en los hechos una gran reforma a la de 1828, que no permitía su modificación antes de ocho años. Por eso se habla de una nueva Constitución. A su vez, la Constitución de 1833 sufrió una cirugía mayor en 1925, actualizándola a los requerimientos del siglo XX. Para algunos hay una sola tradición constitucional, que parte en 1828 y termina en 1973. Es lo que se conoce como tradición constitucional republicana. Para mayores antecedentes véase la obra *La República en Chile*, de Pablo Ruiz-Tagle Vial y Renato Cristi.

Ello no quiere decir que estas rivalidades y diferencias no se manejaran dentro de lo razonable. Es inconscio que Chile no vivió un proceso de anarquía y destrucción del legado indiano como el padecido en otras partes del continente. Por el contrario, el gran acierto de la Constitución de 1833 es revestir al mundo y a la idiosincrasia india de apariencia y ritualidad republicana.

Es en este contexto en el que la Constitución de Cádiz efectivamente marcará, de manera soterrada y poco reconocida, el porvenir constitucional y jurídico de Chile. Cádiz dio las herramientas para aplicar el constitucionalismo en Chile. Era el texto constitucional mejor adaptado a la mentalidad imperante y su discurso de elaboración estuvo fuertemente marcado por el nexo con la Constitución histórica de España. De esta manera, se presentó a sí mismo como el puente entre el constitucionalismo y el tradicionalismo reinante en la península.

Decimos que este influjo es soterrado y poco reconocido por dos motivos principales. El primero —como se indicó en el apartado anterior— es que las Constituciones tienen una dimensión fundacional en el derecho patrio, que se veía violentada si se reconocía influencia del pensamiento hispano, es decir, de la nación con la que Chile acababa de romper sus relaciones y con los que había librado una guerra. La segunda es que se ha tejido una sinonimia entre la Constitución liberal de 1828, la Constitución de 1812 y el diputado liberal de las Cortes de Cádiz y redactor de la Constitución de 1828, don José Joaquín de Mora, que ha llevado a sostener que es imposible cualquier influencia de Cádiz en Chile, atendido que todas las innovaciones jurídicas traídas por Mora fueron abrogadas por la convención constituyente del periodo 1831-1833.

Consecuencia de esta amalgama de circunstancias y leyendas es la opinión arraigada de que Chile fue la excepción constitucional del continente. Ya en 1852, el argentino Juan Bautista Alberdi expresaba que la Constitución chilena de 1833 era superior a las del resto de Latinoamérica, engarzando al presidente de la República con las facultades que el ordenamiento jurídico indiano le confería al monarca. En el mismo sentido se pronunció Bolívar.<sup>22</sup>

Acorde con este planteamiento, el constitucionalismo chileno no habría contemplado la primacía del Legislativo, como fue propio del siglo XIX, ni tampoco habría sido tributario de influencias liberales, como la gaditana o la norteamericana.

<sup>22</sup> Congreso de Angostura del 15 de enero de 1819.

Todo lo anterior, unido al poco estudio estrictamente jurídico de la historia constitucional chilena,<sup>23</sup> ha llevado a crear la opinión de que la evolución constitucional chilena no tuvo nexos ni puntos de encuentro con la del resto del continente ni con España. Es así como el profesor Rogelio Pérez-Bustamante señala que: “la influencia gaditana en las Constituciones de estos países fue notable... pese a ello, también hubo excepciones, como fue el caso de la Constitución de Chile de 1833, la cual, al crear un régimen presidencialista fuertemente centralizado, fruto del denominado «Estado Portaliano», se alejaba del liberalismo que había impregnado la constitución doceañista, así como de otros textos americanos”.<sup>24</sup>

Efectivamente, la historia constitucional chilena del siglo XIX tuvo algunas peculiaridades, pero no por la inspiración de sus Constituciones, sino por la idiosincrasia que se acrisoló durante la época colonial. Un territorio pobre, escaso de recursos naturales, con poca tierra plana para la agricultura, en términos hídricos seco, sometido periódicamente a grandes movimientos telúricos —que dan la certeza de la destrucción cíclica del país— y una fuerte matriz militar derivada de la larga guerra de Arauco, hizo que el pueblo chileno fuese ordenado y disciplinado.

Si a ello se suma que no existía otro grupo social organizado de relevancia distinto de la élite precursora de la independencia y, además, que la clase dirigente estaba fuertemente ligada por lazos de parentesco, fue obvio que se combatiría a toda costa cualquier tipo de alteración o cambio que modificara los equilibrios propios de esa sociedad rural.

Sin embargo, lo anterior no es óbice a que el proceso independentista tuviese una marcada dimensión jurídica y que en ella la Constitución de Cádiz sí jugase un rol relevante.

### 1. *La patria vieja: el momento de la creación y la originalidad constitucional*

Durante el primer periodo constitucional, el de la patria vieja, hubo una coincidencia con lo que acontecía en España. La junta de gobierno encargó

<sup>23</sup> Las tres grandes excepciones a esa regla son Luis Galdames, con su libro *Historia constitucional de Chile* y Sergio Carrasco Delgado, con su libro *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*. También han hecho algunos aportes sobre la relación del derecho constitucional chileno con otros ordenamientos jurídicos el profesor Antonio Dougnac Rodríguez, “El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la patria vieja (1810-1814)”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, núm. 26, 2004.

<sup>24</sup> Pérez-Bustamante, Rogelio, “A propósito de la influencia de la Constitución de Cádiz en la independencia y en el constitucionalismo hispanoamericano”, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, cit., t. III, p. 554.

en 1811 a una comisión de hombres de derecho la redacción de un proyecto de Constitución, que sólo quedó en eso, y que fue precedido por la Declaración de los Derechos del Pueblo de Chile, ambos de 1811, y que dos años después serían publicados con algunas modificaciones menores. El proyecto de Constitución y la aludida Declaración estaban concebidos como un bloque constitucional, que fue redactado con anterioridad a la Constitución de Cádiz. Ambos muestran el interés de permanecer juntos, al contemplar la creación de una monarquía constitucional latinoamericana, y un Congreso que reúna a la nación en su conjunto, a la nación que vivía en los reinos que integraban la Corona española.

Indica también de la acogida que han tenido las ideas liberales y de la necesidad de fundar un nuevo sistema de gobierno, el que la citada Declaración haya dado como su principal mandato político institucional que “El gobierno interior de Chile se regirá siempre por principios liberales, justos y permanentes... retendría el derecho y el ejercicio de las relaciones exteriores hasta que se formase un Congreso general de toda la nación española, o parte de ella o las provincias de América”.

En el mismo sentido, otra parte de ese documento sostiene que “Fernando VII o la persona física o moral que señalase el Congreso, serán reconocidos en Chile como jefes constitucionales de toda la nación”.

Es decir, esta Declaración representa la aceptación de la teoría de la soberanía nacional, un fuerte sentido americanista y la consagración de una nueva forma de gobierno: la monarquía constitucional. Se vislumbra que el gran poder del Estado a la larga será el Legislativo. En este punto, la propuesta chilena no guarda mayores diferencias con las que se dieron en otros rincones del continente y además es coetánea con la Constitución española. Los grupos reformistas tenían una base común sobre la que trabajar.

En lo dogmático, este proyecto contiene una declaración de igualdad y libertad para todos los hombres y un reconocimiento a la teoría contraculturalista, mediante la cual todos ceden sólo parte de su libertad. Si bien no contempló una declaración explícita de los derechos del hombre, los primeros 32 artículos contienen una normativa encargada de recoger los derechos y la manera en que se manifiestan y especifican en el ordenamiento jurídico. De este modo, el primer proyecto constitucional, aún con marcada terminología india y no poca influencia de la filosofía clásica, consagra el deber de vivir, al no permitir al hombre que por su propia voluntad puede disponer el fin de su existencia; la presunción de inocencia; el principio de la inexistencia del delito sin que éste sea debidamente probado en tribunales y se haya acreditado fehacientemente la voluntad de cometer el ilícito; el principio de que toda pena debe buscar la enmienda del delincuente, no

aceptándose como justificativo de ella la mera venganza de la sociedad; el derecho del condenado a no padecer castigo que aumente su dolor físico; la irretroactividad de la ley, y el derecho a la libertad provisional.

En materia procesal se consagra de manera indirecta el principio de la imparcialidad del tribunal, al permitir en términos muy amplios la facultad de recusar al tribunal. A los tribunales se les atribuye un rol fundamental en materia de regulación del ejercicio de los derechos. Sólo mediante sentencia de un tribunal se puede autorizar la pena de muerte, cualquier medida restrictiva de la libertad o la pérdida de la nacionalidad.

También se protege a las personas mediante un sistema de prueba judicial basada principalmente en la inspección personal del tribunal y la prohibición absoluta de la tortura como medio de prueba.

Asimismo, se consagra la inviolabilidad de la correspondencia y la habitación del hombre; el derecho a defensa del reo, por medio de la prohibición de declarar contra sí mismo, y la posibilidad de defenderse personalmente o por medio de sus representantes.

En materia patrimonial, la propiedad es entendida como un derecho fundamental, permitiéndose el libre uso y disposición de los bienes, derechos y personas, con la restricción que este ejercicio no puede ocasionar daño a terceros. En materia patrimonial, se elevó al carácter constitucional la teoría del abuso del derecho.

Relacionado con ella, se autorizan los tributos en la medida que su establecimiento obedezca a los principios de proporcionalidad entre el monto cobrado a cada persona, acorde con el monto de su patrimonio y las necesidades del momento, y dichos tributos no pueden establecerse sino por los objetivos de utilidad pública.

Asimismo, se autoriza la expropiación solamente cuando se ha pagado una “justa y anterior indemnización”.

Como último aspecto a destacar, este proyecto constitucional, en materia de derecho privado, establece en su artículo 22 los atributos de la personalidad que cuarenta años más tarde incorporará el Código Civil de Bello. La persona no es enajenable y el hombre no puede venderse ni ser vendido y posee el derecho de desplazarse, cambiar su domicilio y su país. En otras palabras, acá se contempla una abolición tácita de la esclavitud. Este proyecto constitucional fue más allá de las leyes de la patria vieja, que se limitaron a consagrar la libertad de vientres.

Por último, la libertad es apellidada como civil y consiste en hacer todo lo que no está prohibido por la ley, siempre que no se haga daño a otros. La base, acorde con el mismo texto, es “el principio moral: No hagas a otros lo que no quieras que hagan contigo”.

Este documento es tal vez la mejor expresión del momento de creación y originalidad del constitucionalismo chileno. La Declaración de los Derechos del Pueblo de Chile y el proyecto constitucional de 1811, conocido como proyecto de Juan Egaña, están escritos en terminología india, no liberal ni constitucional, y recogen aspectos interesantes de las discusiones jurídicas que sacudían a América en ese momento. Los textos constitucionales posteriores, a excepción del de 1818,<sup>25</sup> no serán tan creativos, sino más bien recepciones de textos extranjeros.

La relación de la Constitución doceañista con el primer constitucionalismo chileno es casi inexistente, pero este proyecto de bloque constitucional nos permite observar cuán instalados estaban a ambos lados del continente los ideales de la Ilustración y el constitucionalismo. En Chile hubo gente que pensó por su cuenta, por lo que el terreno estaba fértil para adaptar nuevas Constituciones. Durante la patria vieja quedó establecido un mínimo de aspectos que debían ser regulados en ella.

La reconquista y los abusos padecidos por la élite que tomó la conducción política del país entre 1810 y 1814 hicieron desechar toda posibilidad de un entendimiento con España, y el deseado Fernando VII perdió el respeto de Chile.

Por otra parte, las pugnas que surgirán en la patria vieja dentro del bando patriota y que se arrastrarán hasta el término de la emancipación política, marcarán la relación existente entre Chile y las élites independentistas latinoamericanas. Las cabezas de esos bandos fueron Carrera y O'Higgins. Tal fue la animosidad que entre ambos grupos se incubó que en el momento más crítico de la patria vieja, en la antesala del desastre de Rancagua, llevaron a un enfrentamiento fraticida en la batalla de Tres Acequias. Tales recriminaciones se trasladaron al otro lado de la cordillera, generando diferencias que impedirán cualquier enfoque constitucional latinoamericano. Parte importante de la clase dirigente santiaguina sólo acepta a O'Higgins ante la negativa del general San Martín de aceptar la dirección suprema, ofrecida por el cabildo de Santiago después de la batalla de Chacabuco.

El sueño americanista de Juan Egaña y el resto de la comisión redactora de ese proyecto se veía muy bien reflejado en el proyecto político de O'Higgins y San Martín. Sin embargo, la errática política de gobierno del primero, el rechazo que provoca el trato a la familia Carrera, el asesinato de Manuel Rodríguez y las tensas relaciones con un sector del clero, unidos al esfuerzo financiero enorme que hay que hacer para financiar la escuadra libertadora del Perú, provocarán un fuerte rechazo que llevará a O'Higgins

<sup>25</sup> Esta Constitución transcribió una serie de prescripciones del proyecto en cuestión.

a su abdicación. Con ella, el proyecto americanista de la patria vieja pasó a la historia como el delirio febril de iluso.

## 2. *La Constitución de 1818: la amalgama entre las ideas constitucionales, el derecho indiano y el constitucionalismo de la patria vieja*

Este largo conflicto del director supremo con la oposición tendrá mucha relevancia constitucional, toda vez que durante su mandato se dictan dos Constituciones, la de 1818 y la de 1822. Las dos primeras Constituciones chilenas que reúnen todos los estándares del constitucionalismo moderno.

La primera de ellas representa todavía mucho de lo que fue el derecho indiano, y en aquello en lo que innova, recoge mucho de lo propuesto por el proyecto constitucional de 1811. Es la carta fundamental se transición entre el derecho constitucional y el indiano. Los principios que la informan son los del constitucionalismo y la Ilustración, pero su terminología es aún muy india. Ésta fue una carta otorgada de manera provisoria, a fin de afianzar rápidamente al nuevo gobierno, que se sabía aún débil después de una victoria todavía parcial sobre las fuerzas realistas.

En lo dogmático, este texto, como ya lo ha estudiado el profesor Javier Barrientos Grandón, casi no posee influencia de la doceañista.<sup>26</sup> A diferencia de ella, ya consagra una declaración de los derechos del hombre en sociedad, que se limita a repetir el texto de Juan Egaña elaborado en la patria vieja, elevando a la condición de derecho fundamental la seguridad individual, la honra, la hacienda, la igualdad y la libertad civil.

Sí hay coincidencia en el hecho de que el título segundo de la carta fundamental provisoria ya consagra el principio de la confesionalidad del Estado, aunque el texto difiere del contenido en la gaditana. “La religión católica, apostólica, romana es la única y exclusiva del Estado de Chile. Su protección, conservación, pureza e inviolabilidad será uno de los primeros deberes de los jefes de la sociedad, que no permitirán jamás otro culto público, ni doctrina contraria a la de Jesucristo”.

También hay una línea de coincidencia con la doceañista en la consagración del principio de la soberanía nacional, al disponer que “pertenece a la nación chilena reunida en sociedad, por un derecho natural e inamisible, la soberanía o facultad para instalar su gobierno o dictar las leyes...”.

En materia de atribuciones del Poder Ejecutivo, la Constitución de 1818 consagra el Poder Ejecutivo bajo la figura del director supremo, tampoco se

<sup>26</sup> Barrientos Grandón, Javier, “La Constitución de Cádiz en Chile”, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, cit.*, t. III, p. 691.

aprecia del tenor literal de los textos comparados grandes coincidencias en la redacción; pero sí hay algunas en las atribuciones del monarca *versus* las del director supremo: ambos poseen la facultad de mandar sobre los ejércitos y armadas; manejar las relaciones diplomáticas y nombrar embajadores y cónsules; el manejo de la hacienda pública e indultar a los delincuentes.<sup>27</sup>

Asimismo, este texto constitucional contempla un capítulo especial para establecer las restricciones a la autoridad del director supremo. La Constitución doceañista también consagró en su artículo 172 esas limitaciones; sin embargo, salvo la idea general, en este punto no hay coincidencias. La única es que ambos constituyentes contemplan el sistema de frenos y contrapesos por la vía de establecer prohibiciones al Ejecutivo, no por el desarrollo dogmático del Legislativo y de la judicatura. En lo sustancial, ambos textos separan aguas. Mientras el texto constitucional chileno se aboca en este punto preferentemente a consagrar el principio de la invocabilidad de las causas radicadas ante tribunales, en la regulación del patronato eclesiástico y en el fortalecimiento de los derechos de seguridad individual e inviolabilidad de la correspondencia, la Constitución de Cádiz se dedica en este punto a establecer las restricciones del monarca, se aboca preferentemente a dar consagración constitucional a las leyes fundamentales provenientes de la Constitución histórica de España: la imposibilidad del monarca de ausentarse del reino, la imposibilidad de ceder territorios, la prohibición de subsistir a otros reinos, etcétera.

Asimismo, ambas Constituciones le dan gran importancia al Poder Judicial, aunque la chilena contiene pocas disposiciones de carácter dogmático y muchas de naturaleza reglamentaria, como plantas, sueldos y número de vacantes a proveer en la planta de los dos tribunales que establece: el Supremo Tribunal Judicario y la Cámara de Apelaciones. No hay un gran desarrollo jurídico en lo que se refiere al Poder Judicial.

### *3. La Constitución de 1822. La aceptación sustancial del modelo gaditano y su negación política*

Esta Constitución provisoria duró nada menos que 5 años, y en 1822 se dictó otra que apenas tuvo una vigencia de tres meses. Fue el medio buscado para aquietar las aguas frente a la fuerte oposición que el director supremo

<sup>27</sup> Es necesario tener presente que la Constitución de 1818 obedece a una lógica constitucional que estaba recién formándose, por lo que no hay una especificación mayor de estas facultades.

generaba. Su periodo de vigencia fue de tres meses. Éste terminó con la abdicación de O'Higgins. En ésta, los parecidos y la influencia de Cádiz son mucho mayores. Así lo ha entendido desde muy atrás la doctrina constitucional chilena. En 1925, el presidente de la República de ese momento, Arturo Alessandri Palma, en la clase magistral dictada en la Universidad de Chile con ocasión de la promulgación de la Constitución de 1925, decía: "O'Higgins se vio obligado a dictar la Constitución de 1822, que fue, en gran parte, copia de la que confeccionaron las Cortes de Cádiz, el año 1812....".<sup>28</sup>

En esta Constitución la influencia de la Constitución de Cádiz es significativa. Su preámbulo es de gran riqueza dogmática y anuncia la completa asimilación de los principios del constitucionalismo a nivel local. Es enfática en señalar que la Constitución contiene dos partes claramente diferenciadas entre sí: una parte reglamentaria y otra que contiene los principios que alimentarán el ordenamiento jurídico. En la última campea la división e independencia de los poderes políticos, el sistema representativo, la elección del primer magistrado, la responsabilidad de los funcionarios y las garantías individuales.

Para la redacción de la Constitución, este mismo preámbulo reconoce haber tenido a la vista los mejores modelos existentes, especialmente el norteamericano, pero no lo copió. Las instituciones del modelo norteamericano debían adaptarse a las circunstancias que vivía el país. Se le reconoce una gran perfección, pero se desistió temporalmente de la asimilación del modelo norteamericano. "Los planes más perfectos de legislación no podían transplantarse, sin inconvenientes, a un país en que difieren tanto la población, la extensión, las opiniones, el clima, la cultura, las artes, el comercio, las hábitudes y el carácter... la felicidad general se cifra en la observancia de las leyes y éstas son vanas sin costumbres y espíritu público".<sup>29</sup>

En otras palabras, la convención optó por el discurso políticamente correcto. En ese momento no eran muchos los modelos constitucionales a seguir y no sería aceptable que se reconociese la inspiración en una nación a la que se miraba como enemiga y con la que no había interés en volver al pasado. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿con qué otro modelo constitu-

<sup>28</sup> *Actas oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisión encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1925, pp. 684 y 685. Versión oficial de la conferencia dictada por S. E. el presidente de la República, don Arturo Alessandri, en el salón de honor de la Universidad de Chile, el viernes 3 de julio de 1925.

<sup>29</sup> Parte del Preámbulo de la Constitución de 1822 se obtuvo del archivo digital del sitio web [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

cional habría similitud de costumbres y cultura?, ¿con el modelo francés o con el inglés?

Sin embargo, la comisión redactora niega que su fuente de inspiración sea la Constitución gaditana. El país había cambiado. En los hechos era una República aristocrática, por lo que muchas disposiciones relacionadas con la Corona, el monarca y la regencia no eran posibles de adaptarse a nuestra realidad.

En todo el resto, la influencia de la doceañista en esta Constitución fue muy significativa. Se copian artículos de manera casi textual y en otros se reprodujo la técnica legislativa.

El primer capítulo de esta esimera Constitución trata acerca de la nación, y en ella casi todos los artículos son similares. El artículo 1o. de la Constitución chilena repite el concepto de nación: “La nación chilena es la unión de todos los chilenos”, agregando después que en ella reside esencialmente la soberanía.

El artículo 2o. de la Constitución de 1822 también es idéntico en redacción y espíritu al de la doceañista. “La nación chilena es libre e independiente de la monarquía española y de cualquier potencia extranjera: pertenecerá sólo a sí misma y jamás a ninguna persona ni familia”. Ambos artículos se limitaron a adaptar el espíritu de Cádiz a la fértil provincia de Alonso de Ercilla y Zúñiga.

La cláusula territorial consagrada en el artículo 10 de la gaditana también tiene su eco en la Constitución de 1822 y por medio de ésta se reproducirá en todas las Constituciones que rigieron en Chile durante el siglo XIX.<sup>30</sup>

En materia de deberes, esta carta fundamental estableció ciertos parámetros de conducta: virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de familia,<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Es inconclusa la motivación del constituyente hispano al consagrar esta norma. Era una forma de garantizar que el proyecto efectivamente era inclusivo con todos los habitantes del imperio español, de garantizar ciertos equilibrios y dar universalidad a esta innovación jurídica. Sin embargo, al hacer un balance de la historia de Chile, sólo se puede mencionar que la adopción de esta cláusula ha generado malos entendidos diplomáticos y más de una leyenda, pues muchos le han dado un contenido que no es el que efectivamente estaba escrito en las Constituciones: “El territorio de Chile conoce por límites naturales: al sur, el cabo de hornos; al norte, el despoblado de Atacama; al oriente Los Andes, y al occidente el mar pacífico...”.

<sup>31</sup> De todos estos parámetros de conducta, el único que permaneció en el ordenamiento patrio fue el de buen padre de familia, concepto recogido por el derecho civil para evaluar la culpa de un sujeto en el caso concreto. Este concepto ha merecido una consistente elaboración doctrinaria y jurisprudencial. El resto de los estándares formulados han quedado en el campo de la moral y la ética.

buen soldado, buen hijo y buen amigo, sumiso a la Constitución y a la ley, y funcionario fiel y desinteresado. Si bien la Constitución de 1812 no fue tan preciosista en este punto, sí contempló el amor a la patria, la justicia, la bondad y la fidelidad a la Constitución y a las leyes. La carta de Cádiz agregaba además la obligación del respeto a las autoridades establecidas. Chile optó en ese punto por un criterio un poco más impersonal.

Haciéndose eco de lo dispuesto en la Constitución provisoria anterior, la nueva Constitución también consagró la confesionalidad del Estado, aunque en términos más respetuosos de la libertad de conciencia de cada ser humano. Es en esta carta fundamental donde se incorpora la expresión “con exclusión del ejercicio público de cualquier otra”.

En materia de ciudadanía, los artículos en que hubo recepción de lo dispuesto por la Constitución tienen una redacción casi igual. En ambos textos hay artículos cruzados con la regulación de la nacionalidad. La Constitución chilena, sin embargo, no hizo distingos de índole racial o territorial. El artículo 15, que establece las causales en virtud de las cuales se pierde la ciudadanía, es textual al artículo 24 de la Constitución española, y una de las pocas diferencias que hay en esta materia es que para adquirir la calidad de ciudadano se exige saber leer y escribir; pero mientras en la Constitución de 1812 ese requisito se haría efectivo recién en 1830, en Chile tal condición se aplicaría para los que quisieran obtener esa calidad en 1833. En ambos casos la intención del legislador fue hacer de la alfabetización parte de la calidad de ciudadano, pero no en el instante en que la Constitución entrase en vigencia.

Igual situación ocurre a raíz de la suspensión de la calidad de ciudadano. El artículo 16 de la Constitución efímera es igual al artículo 25 de la Constitución de Cádiz. La comisión redactora, para que esto no se notase tanto, dividió en dos la causal segunda de ese artículo. Por ende, la disposición segunda de la Constitución chilena en análisis contemplaba sólo la suspensión de la ciudadanía al deudor quebrado, y la causal tercera de ese artículo contemplaba como causal la condición de deudor a los caudales públicos. Asimismo, para que la causal primera no fuese leída como copia textual, se invirtió el orden de las incapacidades. Mientras España contemplaba la interdicción por incapacidad física o moral, la chilena estipulaba la incapacidad moral o física. A la comisión redactora, al parecer, le gustaba imprimir un toque de originalidad a la copia.

Otra materia en que se puede apreciar la influencia, indirecta, de la Constitución de Cádiz es en el tratamiento al Poder Ejecutivo, personalizado en la figura del director supremo. En este punto, la Constitución de Cá-

diz sirvió de modelo y arquetipo para dotar al país de un Ejecutivo fuerte, acorde con el estado de guerra que aún se vivía.<sup>32</sup>

Tal influencia se da en los artículos 80, 81 y 86 de ese texto.<sup>33</sup> El primero dispone que el Ejecutivo será de carácter unipersonal y será tratado como excelencia suprema; el artículo siguiente dispone que el cargo de director supremo será siempre electivo y jamás hereditario, y el artículo 86 dispone qué debe hacerse en caso de muerte del director supremo sin que esté reunido el Congreso. En ese caso se haría valer la figura del regente, quien detentaría el cargo hasta la próxima reunión del Congreso nacional. El nombre de ese regente se guardaría en una caja de tres llaves contenida en una habitación continua al despacho directorial.

Tales disposiciones hacen gala de una terminología similar a la empleada en Cádiz: regencia y trato de supremo. Hay en esas normas una fuerte inspiración monárquica, al igual que en la facultad de disponer quién será el regente en caso de muerte del director supremo.<sup>34</sup>

La influencia directa en esta institución se da en el artículo 123, que dispone la inviolabilidad de la persona del director supremo, guardando similitud con el artículo 168 del texto gaditano. Éste dispone que la persona del rey es sagrada e inviolable.

Otra influencia directa se aprecia en las facultades del director supremo en cuanto jefe de las fuerzas armadas, y en que los artículos 90, 91 y 92 contienen el mismo espíritu que el del artículo 171.8 de Cádiz. Monarca y

<sup>32</sup> Decimos esto porque en la patria vieja el Poder Ejecutivo recayó casi siempre en juntas de gobierno que se caracterizaron por su poca operancia en los momentos más difíciles. Añádase a lo anterior que la figura del director supremo estaba inspirada en la del dictador romano. La dirección suprema de O'Higgins también estaba inspirada en esa idea. La primera idea sería de revestirse de un Ejecutivo unipersonal de carácter estable —no sujeto a las emergencias— se dio en esta Constitución, lo que llevó a muchos a decir que esta nueva Constitución le daba a O'Higgins el carácter de dictador. La Constitución de 1822 aceleró la caída del padre de la patria.

<sup>33</sup> Hacemos hincapié en la expresión indirecta, pues lo que se regula es qué ocurre en caso de ausencia o impedimento del director supremo, mas estos artículos no tienen paragón con Cádiz; no obstante repetir ciertas expresiones y la intención de darle al Ejecutivo un carácter unipersonal más allá de la situación de emergencia. Además de reafirmar el naciente sistema de gobierno republicano. El artículo 81 es enfático en señalar que ese cargo es electivo y jamás hereditario.

<sup>34</sup> Sobre el particular véase el estudio del profesor Levaggi, Abelardo, “La Constitución chilena de 1833 como modelo del presidencialismo argentino”, *Libro de amigos dedicado al profesor emérito Italo Merello*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2011, pp. 185 y ss. El autor instala el debate acerca de la existencia de una terminología de corte monárquico en el constitucionalismo chileno del siglo XIX, y de la manera en que ésta fue recibida por la doctrina constitucional argentina.

director supremo tienen el mando de las fuerzas armadas y el ejército, y la facultad para nombrar a los generales.

Asimismo, ambos ejecutivos gozaban de la facultad de proveer todos los empleos civiles y militares dentro del aparato estatal.

También el director supremo compartía con el monarca hispano las atribuciones propias del patronato, en un caso estatal y en otro real. Ambos estaban autorizados para conceder o retener el pase de los decretos conciliares y bulas pontificias con consentimiento del Poder Legislativo en el caso de Chile y de las Cortes en el caso de España, y ambas Constituciones confieren también en este punto un rol deliberante a los tribunales supremos, si es que en ellas se contienen asuntos de índole contencioso o de justicia. La gran diferencia entre el artículo 98 de esa carta fundamental y el 171.15 de Cádiz es que mientras en una el Legislativo recibe el nombre de Corte, en otra queda como Poder Legislativo.

Otro aporte de relieve del texto hispano en la efímera carta fundamental de 1822 dice relación con la redacción del título VII referido al Poder Judicial. Al igual que la Constitución de Cádiz, el texto constitucional de 1822 regula las garantías a través del Poder Judicial. No hay declaración de derechos pero sí protección de éstos en el capítulo del Poder Judicial.

En igual sentido, hay una importante influencia en la redacción del artículo 158 de la efímera Constitución chilena. Este artículo es una mezcla de lo dispuesto en los artículos 242, 243 y 245 de la carta magna de Cádiz. Consagra la invocabilidad de los procesos judiciales por parte de los otros poderes del Estado y establece que las únicas funciones de los tribunales de justicia son las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Esta Constitución recogió la idea del constituyente gaditano de la diputación permanente de Cortes; es decir, una comisión compuesta por miembros de las Cortes que funcionase durante el receso de éstas y cuyo encargo principal es velar por la efectiva observancia de la Constitución y las leyes, y convocar a las Cortes extraordinarias. En la Constitución chilena se la denominó Cámara del Senado, y sus encargos, establecidos en el artículo 67, son cuidar el cumplimiento de la Constitución y las leyes y convocar al Congreso en casos extraordinarios.

En este punto, aparte del derecho de petición, el artículo 243, al igual que el 373 de Cádiz, consagra el derecho especial de solicitar la observancia de la Constitución.

Como último comentario, cabe señalar que esta Constitución no cumplió con su principal objetivo político. Se acusó a O'Higgins de que por medio de ella obtenía facultades propias de un dictador. En efecto, el artículo 84 de la aludida Constitución consagraba que se tendría por primera

elección de director supremo la que ha hecho del actual director la presente legislatura de 1822, por lo que, acorde con el artículo 82, duraba bajo el imperio de la nueva Constitución seis años en su cargo, con posibilidad de reelección inmediata por un periodo de cuatro años más. Un claro ejemplo de que en los hechos, la figura del director supremo tenía mucho de monárquica. Se permite la entronización en el poder de una sola persona y además se le faculta constitucionalmente para disponer, aunque por breve plazo y sólo en caso de verificarse la hipótesis indicada, de su sucesión.

#### *4. La Constitución moralista: la consagración del republicanismo y el rol del Estado y sus coincidencias con Cádiz en el amplio rol del Poder Judicial*

La carta fundamental siguiente, la de 1823, tampoco tuvo una vida muy larga y su principal aporte al derecho patrio estuvo precisamente en materia de tribunales y judicatura. Varias de sus disposiciones sobre el Poder Judicial han pasado de carta fundamental en carta fundamental hasta nuestros días. Egaña tenía una alta opinión del rol y de la función de los tribunales. En el siglo en que el Poder Principal era el Legislativo, para él, el poder del Estado más importante debía ser el Judicial.

Tal situación se manifiesta en que rompe con el orden clásico de redactarse primero las normas relativas al Poder Legislativo, luego al Ejecutivo y por último al Judicial. Es importante destacar que en esta carta, el organismo de representación popular, la cámara nacional, es definido en el mismo texto constitucional como una asamblea momentánea. Claramente, el espíritu de esta carta fundamental es muy contramayoritario. Contempló una serie de organismos de carácter consultivo, entre los que estaba el Consejo de Estado, pero éste no posee similitudes con el Consejo de Estado de la doceañista.

Sin embargo, Juan Egaña recogió la idea formulada por el constitucionalismo hispano de contar con un organismo cuya labor sea el control y el resguardo de la juridicidad. Tal labor recaerá en el Senado conservador y legislador. Se diferencia de la diputación permanente en el hecho de que sus miembros no tienen su origen en el Poder Legislativo sino en una “elección constitucional”. Tenía muchas más atribuciones que la diputación permanente y más bien se asemeja a un tribunal constitucional actual que a una cámara representante del Legislativo en tiempo se receso.

Desgraciadamente, esta Constitución, por falta de conocimientos jurídicos de muchos de sus críticos y el poco estudio que de la misma se ha hecho, al igual que su autor, ha sido consistentemente caricaturizada como la

Constitución moral. No compartimos este juicio; empero, por su extensión y complejidad, no nos detendremos aquí en su análisis. Es probablemente la que más se aleja de Cádiz y los planteamientos liberales decimonónicos y la que más cerca está de la filosofía republicana y el sentir ilustrado católico que alimentó a Chile durante la primera mitad del siglo XIX.<sup>35</sup>

Es menester recordar que esta Constitución tiene algunas similitudes con la Constitución de 1818 y muchas con el proyecto constitucional de 1811. Es importante recalcar que durante la patria vieja Juan Egaña fue un liberal, postura que abandona con posterioridad a la reconquista, producto de los tormentos que padeció durante su prisión en el archipiélago de Juan Fernández.

Sólo se percibe claramente una relación entre esta original carta fundamental y la de Cádiz en la importancia que se da a los tribunales. A través de ellos se protege a las personas. En este punto hay una similitud ideológica con Cádiz. Por ende, en ambas se contempla una profusa legislación sobre ellos y la forma en que deben ejercer su ministerio. Desgraciadamente, el poco material disponible sobre esta carta magna y su cortísimo periodo de vigencia no permiten determinar si admite una interpretación como Constitución jurisdiccional.<sup>36</sup>

##### 5. *La Constitución de 1828: la Constitución liberal convertida en sinónimo de la gaditana*

La siguiente Constitución, la de 1828, es atribuida al diputado liberal José Joaquín de Mora, quien participó de las Cortes. Esta Constitución tuvo un corto periodo de vigencia; no obstante, su trascendencia ha sido enorme al haber sido levantada sobre su texto, mediante reformas tan amplias, la Constitución de 1833, y sobre esta última, la de 1925.

Esta Constitución recoge e institucionaliza como ninguna antes ni después los ideales de participación democrática y sometimiento del Ejecutivo al Legislativo en materia de políticas públicas y deber de información hacia

<sup>35</sup> Sobre este punto existe un artículo de mi autoría que se encuentra en prensa, en el *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, en el que se hace una reivindicación de la figura de Juan Egaña, su redactor, y se recopilan algunas de las críticas que se le han formulado, haciéndose cargo de ellas.

<sup>36</sup> Si bien el autor desarrolla ampliamente una tesis sobre el rol de los tribunales en la sociedad en varias de sus obras, como las *Cartas Pehuenches* y *El chileno consolado en los presidios*, no es posible sobre este punto hacer un juicio comparativo con el estudio realizado por Carlos Garriga y Marta Lorente sobre la Pepa.

la ciudadanía, representada en el Congreso. También incorporó al texto principios que escapan del derecho constitucional, en sentido estricto, dando carácter de norma constitucional a principios y reformas que el mundo hispano venía solicitando desde la segunda mitad del siglo XVIII, como la propuesta de ex vinculación de bienes inmuebles, como la sucesión por causa de muerte en caso de no haber herederos forzosos, la abolición de los mayorazgos y demás vinculaciones en un equivalente a dos tercios del patrimonio del dueño gravado, consagrados en los artículos 126 y 127 de esa carta fundamental.

Los constituyentes de 1828 esperaban demasiado de la Constitución. Le exigieron mucho al texto. Al igual que en España, el constitucionalismo coincide con una serie de reformas legales y muchas discusiones legislativas tienen relevancia constitucional, pero no se incorporaron al texto. No fue el caso de 1828. Se elevaron a rango constitucional normas y principios que en definitiva quedarían en el derecho civil y en su código.

No obstante, es importante señalar que varias de estas instituciones innovadoras no fueron incorporadas al devenir constitucional de Chile. Tal es el caso del vicepresidente de la República, los juzgados de conciliación, las asambleas provinciales,<sup>37</sup> la interpretación constitucional de carácter privativo del Congreso nacional y el juicio de residencia para todo funcionario público. Fue probablemente la más avanzada de todas las Constituciones conocidas hasta ese momento y también el producto mejor logrado de los años de discusión jurídica e institucional. Efectivamente, en ella se materializan algunas de las necesidades consensuadas desde la época india, principalmente aquellas referidas a la libre circulación de la riqueza y el combate de distintos tipos de vinculaciones, que impedían que el principal capital, la tierra, saliera de las manos de unos pocos.

Su periodo de vigencia fue muy corto, pero su influencia posterior ha sido notable. Su título preliminar ya no está marcado por el conflicto con la Corona ni hay referencias subrepticias a Cádiz. Marca el momento en que las castas fundamentales dejan de pensarse en relación con el conflicto independentista. Es una carta fundamental escrita con miras hacia el futuro. Por eso su título reconoce que los dos grandes deberes que impone son el respeto a la voluntad de la nación y a los derechos de los individuos; son las obligaciones que el constituyente impuso, siendo mencionados como los principales derechos, los de igualdad, libertad, propiedad, el derecho de publicar opiniones y el derecho de petición.

<sup>37</sup> Éstas también fueron contempladas en la Constitución de 1925, mas nunca llegaron a implementarse.

En materia orgánica, el título preliminar destaca la existencia de un sistema de representación y la elección directa proporcional a la población de cada territorio. El poder supremo es el Legislativo. Sólo él representa a la nación.

Al Ejecutivo le da el carácter de tutor de los intereses generales y administrador del país, encargándole las relaciones exteriores y encomendándole ser observador estricto de las leyes, y respecto al Poder Judicial señala que es muy importante su función y espera que llegue a ser tan popular como el Legislativo, pero su perfeccionamiento será obra de los Congresos.

En lo formal, a diferencia de la Constitución de 1822, no tiene la misma estructura de la Constitución de 1812, atendido que se ordena sólo por capítulos, consagra uno especialmente a los derechos individuales y la confesionalidad del Estado está subsumida en el capítulo primero, referido a la nación.

En el capítulo primero, referido a la nación, el constituyente incorporó además la cláusula territorial y la libertad de pensamiento.

En la definición de nación se aprecia la influencia de Cádiz. En ese artículo —el primero— se define a la nación como la reunión política de todos los chilenos, naturales y legales, reconociendo que la nación chilena es libre e independiente de todo poder extranjero y no puede ser patrimonio de ninguna persona o familia. En un artículo se reunió lo dispuesto en los tres primeros de Cádiz.

En lo que respecta a confesionalidad del Estado, se opta por la declaración de oficialidad de la religión católica, “con exclusión del ejercicio público de cualquier otra”. En este punto hay una diferencia con la gaditana. Primero porque el artículo 4o. consagró la libertad de pensamiento y porque lo que se excluye es el ejercicio privado. *A contrario sensu*, se entendió —por parte de la doctrina jurídica nacional desde esta fecha hasta la década de 1860— que se permitía el ejercicio privado de otros credos.

En materia de nacionalidad, este código hace una sistematización que Cádiz no formula en términos formales y explícitos. La Constitución chilena habla de chilenos naturales y legales, correspondiendo la segunda categoría a todos aquellos que no clasifican dentro del criterio del *ius soli*; es decir, a los hijos de chilenos nacidos en el extranjero, a los nacionalizados por gracia, a los extranjeros casados con chilenas con residencia en Chile, a los extranjeros casados con extranjeras con seis años de residencia y a los extranjeros solteros con negocios en Chile y ocho años de residencia. En esta materia, la Constitución chilena se aparta completamente del modelo hispano.

En materia de suspensión de la ciudadanía, la Constitución de 1828 se alimenta de la de 1822, y las tres causales que se contemplan son iguales a las del artículo 25 de la española. También hay similitudes importantes con la española en las causales de pérdida de la ciudadanía, en particular la naturalización en país extranjero; por admitir empleo de otro gobierno; agregando la chilena que, en este caso, “sin especial permiso del Congreso”; por condena a pena infamante, y agrega la quiebra fraudulenta, que la Constitución de Cádiz contemplaba sólo para efecto de suspensión de ciudadanía.

En cuanto a forma de gobierno, obviamente hay diferencias. Mientras una consagra la monarquía moderada hereditaria, la otra consagra la figura de una República representativa popular, en que la división clásica de los poderes del Estado en el Legislativo, Ejecutivo y Judicial está consagrada en un capítulo especial y en los cuales, acorde el artículo 22, la nación delega el ejercicio de la soberanía.

Esta carta fundamental, al igual que la de 1822 y la de 1812, parte desarrollando el Poder Legislativo, luego el Ejecutivo y por último el Poder Judicial. Es casi un orden de prelación. Probablemente el modelo empleado acá fue la Constitución de 1822, a través de la cual influyó la doceañista.

En lo referente al Poder Legislativo, la doceañista y la chilena de 1828 comparten un criterio de representación proporcional a la población, pero con números distintos. Mientras la doceañista contempla un piso de 35,000 y un techo de 70,000 para elegir un diputado, la chilena hacía lo suyo con cifras que iban de un mínimo de 7,000 a un máximo de 15,000 para elegir un diputado.

También es importante señalar que entre el artículo 42 de la Constitución chilena y el artículo 128 de la gaditana existe coincidencia al establecer la inviolabilidad de los senadores y diputados y de los diputados de Corte, respectivamente, frente a las opiniones que emitían; sin embargo, la redacción entre ellas es muy distinta.

En este punto también es dable precisar que la Constitución chilena es mucho más benévola con el Legislativo, en vista que no sólo les concede la inviolabilidad frente a las opiniones, sino que les da un fuero especial, extremadamente protector, dado que no hay autoridad que pueda procesarlos ni reconvenirlos por ello. El constituyente chileno les dio la más absoluta libertad, con tal que efectivamente dirigieran el proceso político. En su lugar, la gaditana les concede a los diputados de Corte un fuero procesal, para que esas causas sean conocidas por los tribunales de Corte.

En cuanto a las atribuciones que se confieren al Legislativo, hay algunos puntos de gran coincidencia en el espíritu de las normas, no así en su redacción. Tales son: la aprobación de leyes; la aprobación o reprobación

de las cuentas de los caudales públicos y sus gastos; la aprobación de los gastos de administración pública o presupuesto nacional; la aprobación de los tratados internacionales de comercio y alianzas ofensivas; la designación de las fuerzas armadas en tiempos de guerra y de paz; la autorización o prohibición de entrada de tropas extranjeras al territorio o la salida de tropas nacionales, y determinar el valor, peso, ley, tipo y denominación de las monedas.<sup>38</sup>

Asimismo, ambas Constituciones comparten la facultad que se reconoce a cada parlamentario de presentar proyectos, de manera individual o colectiva. Asimismo, en la tramitación de los proyectos de ley comparten el plazo de cierre de la discusión por el periodo de un año cuando una de las cámaras o la Corte rechace un proyecto.

Esta Constitución también consagró comisiones de carácter permanente en época de receso del Legislativo, como la Diputación de Corte en la Constitución de Cádiz o la Cámara del Senado de la época de la Constitución de 1822. En este caso, estaba compuesta por un senador de cada provincia y cuyo principal encargo era velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, e informar al Ejecutivo de las eventuales violaciones al ordenamiento jurídico. Preveía para el caso que el Ejecutivo no acatase sus instrucciones e informes, la facultad de convocar de manera extraordinaria al Congreso para que adoptase las medidas del caso. Para evitar llegar a esto, el Ejecutivo estaba obligado a pedir su autorización en todo aquello que conforme al texto necesitase. En otras palabras, el Legislativo es creador de ley, pero también guardián de la juridicidad. El mejor ejemplo de esto lo da el artículo 83.12, que regula los estados de excepción constitucional. Decretar dicho estado era atribución privativa del presidente de la República, no obstante, debía informar inmediatamente al Congreso o la Comisión Permanente, “de lo ejecutado y sus motivos, estando a su resolución”.

En otras palabras, el estado de excepción constitucional está en todo momento sometido a la revisión del Congreso nacional. Éste tendrá la última palabra.

La defensa del ordenamiento jurídico vigente partía en la comisión permanente, pero luego pasaba al Congreso. Por ello se contempla la figura extensiva y abierta de la convocatoria extraordinaria al Congreso. Mientras las Cortes extraordinarias pueden ser convocadas sólo en caso de verificarse

<sup>38</sup> En este último caso sí hay una redacción casi igual, pues mientras la Constitución doceañista emplea el verbo determinar, la chilena usa la forma verbal fijar. En esa materia la Constitución chilena reúne dos facultades que la Constitución de Cádiz le concedía a las Cortes, pues ambos legislativos poseen además la facultad de adoptar el sistema de pesos y medidas, pero mientras la hispana habla de adoptar, la chilena habla de arreglar.

una de las causales contempladas en el texto (vacancia de la Corona, imposibilidad del rey para gobernar o abdicación a favor de su sucesor, o cuando las circunstancias críticas y negocios arduos llevaren al rey a convocarlas) la Constitución chilena usa la expresión “si por algún motivo particular exige” o “negocios”. En ese caso, acorde con lo señalado en el artículo 59, el Congreso sólo se avocará al negocio para el que fue convocado.

Lo importante es precisar que el Congreso tenía tal relevancia que la convocatoria extraordinaria podía tener su origen en el Ejecutivo o en el Legislativo, como ya se mencionaba, a partir de la Comisión Permanente.

En este punto, claramente existe un quiebre con la Constitución de Cádiz. Ésta no contemplaba el rol de celador de la juridicidad en las Cortes extraordinarias.

En cuanto al Poder Ejecutivo, la Constitución chilena recoge parcialmente la irresponsabilidad de la cabeza de ese poder. Mientras Cádiz establece que “la persona del rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad”, la carta constitucional de 1828 establece la imposibilidad de acusar al presidente durante el periodo de vigencia de su mandato.

Tal irresponsabilidad parcial, sin embargo, no lo exime de la obligación de rendir cuentas. En esta Constitución se establece la obligación del presidente y de sus ministros de actuar como cuentadantes, acorde a lo dispuesto en los artículos 84 y 88.<sup>39</sup>

En materia de atribuciones del Ejecutivo, la Constitución chilena es más avanzada y detallista que la doceañista. Si ambas poseen coincidencias en el manejo de las relaciones exteriores, con la posterior ratificación del Congreso en el caso chileno y la entrega documentada de cuenta a las Cortes en la gaditana; en el manejo del patronato, la declaración de guerra y ratificación de la paz y en el carácter de empleador que posee el Estado, cuyas potestades radican en el Ejecutivo; no obstante, es mucho más pormenorizado este punto en la Constitución chilena.

En cuanto al Poder Judicial, esta Constitución prácticamente es un código orgánico, sin disposiciones de carácter sustantivo como las consagradas en el texto de 1822, que recogió los principios del constitucionalismo de Cádiz. No hay ningún aporte sustantivo ni interesante en materia judicial en esta carta.

<sup>39</sup> Es importante señalar que la Constitución de 1828 es en este punto la que más ha exigido al Ejecutivo. La Constitución de 1833 impondrá la obligación de dar cuenta anual a cada uno de los ministros del despacho y la de 1925 mantendrá esta obligación para el Ejecutivo, debiendo los ministros darle cuenta al presidente, y éste era el único obligado a informar al Legislativo.

En lo que se precisa una identidad enorme es en la regulación que la Constitución chilena hace de las municipalidades, *versus* su símil hispano: los ayuntamientos.<sup>40</sup> En este caso el artículo 321 de la Constitución gaditana es recepcionado parcialmente por el artículo 122, que fija las atribuciones de estas personas jurídicas de derecho público. Es así como ambas incluyen dentro de las atribuciones-funciones de estos gobiernos locales “la policía de salubridad y comodidad, hacer el repartimiento de las contribuciones; cuidar de las escuelas de primeras letras; los hospitales, hospicios y casas de ex-pósitos; la construcción y reparación de caminos, calzadas, puentes, cárceles y todas las obras públicas de ornato; promover la agricultura, la industria y el comercio según las circunstancias de los pueblos”.<sup>41</sup>

Como último aspecto en que hay influencia de la doceañista en Chile, está el sistema de reforma que se adoptó. Éste, acorde con lo dispuesto en el artículo 133, establece que el Congreso convocará a una convención especial para analizar las reformas o adiciones a la Constitución el año 1836; es decir, después de ocho años de su entrada en vigencia. El citado artículo no tiene identidad literal con los artículos del título X de la Constitución doceañista. Ni siquiera en el artículo 375, sin embargo, se recogió el espíritu de Cádiz. Desgraciadamente, la necesidad de contar con seguridad jurídica frente al fenómeno del constitucionalismo, recogiendo la experiencia de los fallidos proyectos de 1822 y 1823, fue la sentencia de muerte de esta carta fundamental. Si bien muchas de sus disposiciones alimentaron la Constitución siguiente, la necesidad política de reformarla antes de tiempo hizo de la reforma una nueva Constitución. No era válido reformar antes de 1836, como efectivamente ocurrió.<sup>42</sup> Los cuidados del sacristán mataron al sacerdote, y con ella, varias de las innovaciones jurídicas con las que esta carta fundamental buscaba combatir ciertos vicios de la evolución jurídica chilena, desgraciadamente, quedaron en el papel.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> La Constitución de Juan Egaña también regula las municipalidades; sin embargo, en ella no hay una acogida del texto de la doceañista, y el espíritu de la norma es diferente.

<sup>41</sup> En esta cita se ha transscrito sólo aquello en que el tenor es igual; no obstante, en varias de estas atribuciones los textos constitucionales presentan pequeñas diferencias de palabras de más o de menos.

<sup>42</sup> De hecho, el Preámbulo de la Constitución de 1833 se refiere a una reforma a la Constitución de 1828.

<sup>43</sup> Con ello en particular nos referimos al trato que esta Constitución daba a las provincias, las que desde muy atrás en la República se han quejado de su postergación y de las pocas posibilidades que tienen de fijar su destino y sus prioridades de desarrollo. Asimismo, el hecho de contar con un organismo que velara por el efectivo cumplimiento de la Constitución y las leyes, empoderar a la ciudadanía, dándole mayor independencia, y la posibilidad de solucionar sus problemas sin recurrir a las vías de hecho, es una ficción, pero existe la pro-

## 6. *La Constitución de 1833. La carta de la República monárquica que devino en parlamentaria*

Esta Constitución es una de las que más tiempo ha estado en vigencia en América Latina y, hasta el momento, también en Chile. Tiene el mérito que parte importante de su evolución desde el rey sin corona, llamado presidente de la República, hasta el mero jefe de Estado que fue en sus últimos cuarenta años de vigencia se debió a un cambio de interpretación constitucional. Esta Constitución estuvo acompañada desde sus albores de un fuerte trabajo doctrinario de interpretación y crítica de la misma. El cambio de su sentido y la implementación de usos como la interpelación y la rotativa ministerial obedecieron al estudio de la doctrina francesa e inglesa. De esta forma se superó su espíritu indiano. Unido a ello, su evolución es explicable por el rol del Congreso en cuanto lugar de debate sobre la evolución jurídica del país.

El imperio de la Constitución de 1833 partió con cuatro gobiernos de diez años cada uno, con un fuerte sentido de autoridad presidencial y un poder parlamentario y una judicatura extremadamente débiles. Los comienzos de este periodo se diferenciarán de los años anteriores por una considerablemente menor discusión política y legislativa.

Tal situación no significó que no hubiese disensiones políticas ni sociales. El mejor ejemplo de ello es Francisco Bilbao, la Sociedad de la Igualdad y el grupo Los Filopolitas. Las tensiones sociales fueron aplacadas con veinte años de gobierno de presidentes oriundos de Concepción y militares de profesión.

Recién en la década de 1850 se empieza a romper el esquema monocrático, al romperse el peluconismo —fuerza política que marcó los primeros tres gobiernos del periodo— con motivo de las relaciones Iglesia-Estado. Los estatistas frente a los ultramontanos permiten la vuelta al juego político de los liberales, posibilitando varias reformas constitucionales que limitaron de manera paulatina el poder del presidente de la República, el fortalecimiento del Parlamento y una mayor protección de las personas frente a las atribuciones del Estado.

Desgraciadamente, el objetivo de este estudio no permite estudiar la naturaleza jurídica de esa carta fundamental ni la manera en que se interpretó. Nos limitaremos a analizar su relación con la doceañista.

babilidad de que con este modo se hubiesen evitado las tres guerras civiles que afectaron a Chile durante el siglo XIX, todas marcadas por el autoritarismo santiaguino y el sentimiento de imposibilidad de solucionar los problemas por la vía institucional.

Como se decía más arriba, esta carta fundamental muchos la ven como un quiebre con la tendencia liberal y una particularidad. Probablemente tal opinión se funde en las reformas que se introducen al texto de 1828. En tal sentido, el gobierno pasa a ser de carácter popular representativo, omitiendo la mención a la República y esta última palabra sólo es empleada para señalar la unicidad de Chile. *La república de Chile es una e indivisible.*

La nación deja de encabezar el orden del texto, siendo este lugar ocupado por la cláusula territorial, y el artículo sobre la confesionalidad del Estado adopta un capítulo especial, no obstante mantener el tenor literal del texto de Mora. En materia de denominaciones, el Ejecutivo pierde la mención en la cabeza del capítulo, siendo sustituida en su lugar por el calificativo de “Presidente de la República”.

Sin embargo, el mayor retroceso que manifiesta esta Constitución respecto a las anteriores es la mayor exigencia patrimonial para poder ser elegible en cargos de representación popular. Una renta de 2,000 pesos para ser senador y de a lo menos 500 pesos para ser diputado. Por esta vía se redujo el potencial universo electoral y los merecedores de las dignidades parlamentarias.<sup>44</sup> La forma de discriminar y filtrar el universo electoral es distinta a la que encontró Cádiz.<sup>45</sup>

Hay importantes similitudes en las causales de pérdida de la ciudadanía, donde la única diferencia que establece la convención redactora de la nueva Constitución es que el plazo de residencia en un país extranjero pasa a ser de diez años, en lugar de los cinco de los que dispone la doceañista. El otro cambio es que la causal de quiebra que el texto hispano consagra como de suspensión de ciudadanía, los constituyentes chilenos determinaron que daba lugar a la pérdida de esa condición.

Igual situación ocurre con las causales de suspensión de la ciudadanía. Salvo el añadido que el deudor del fisco debe estar en mora y que el proceso criminal amerita la suspensión cuando se trata de un delito que merece pena afflictiva o infamante, en lugar del genérico criminal que dispone el texto hispano, los cambios son menores. La institución es igual entre la Constitución de 1833 y la doceañista. En materia de nacionalidad y ciudadanía, desde la Constitución de 1822 en adelante, todas siguieron las mismas causales que Cádiz, con pequeños cambios.

<sup>44</sup> En su lugar, la Constitución de 1828 sólo exigía, para ser elegido diputado, “una propiedad, profesión u oficio de qué vivir decentemente”.

<sup>45</sup> El filtro al universo electoral buscado por Cádiz obedeció más a criterios de corte racista y territorial, buscando asegurar el mayor poder del peninsular frente al oriundo de las provincias en el seno de las Cortes.

Esta Constitución mantiene la clásica estructura de Cádiz, en virtud de la cual primero se regula al Poder Legislativo, después al Ejecutivo y por último al Judicial.

En materia legislativa, en lo sustantivo no hay grandes diferencias con lo señalado en la Constitución de 1828, en cuanto a similitudes y diferencias con Cádiz. Los grandes cambios, como se decía más arriba, se relacionan con los requisitos para ser elegido y tener la calidad de ciudadano. La Constitución de 1833 es la más censitaria de las que hasta ese momento había tenido Chile.

En materia de atribuciones del Poder Legislativo, la carta de 1833 no introdujo cambios sustanciales a la influencia del constitucionalismo gaditano en Chile. Las similitudes entre este texto y el de 1833 son las mismas que tenía Cádiz con la Constitución de 1828, salvo que la comisión conservadora —nombre que ahora se da a la corte extraordinaria— no estaba facultada para convocar al Congreso. Al Congreso se lo podía convocar de manera extraordinaria sólo por el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Estado.<sup>46</sup>

Se continúa con la idea que el mejor garante de la institucionalidad, la legalidad y el derecho es el Legislativo, manteniendo las mismas funciones que la Constitución de 1828, excepto la de convocar al Congreso, como ya se señaló. Esta idea del constitucionalismo gaditano caló de manera profunda en el constitucionalismo chileno.

También hay gran similitud, a diferencia de lo dispuesto en otras Constituciones, entre las atribuciones del presidente de la República y las del monarca. Es así como de la mera lectura del artículo 82 de la Constitución de 1833 y del artículo 171 de la Constitución doceañista se desprenden en varios números redacciones casi idénticas. Es el caso de las atribuciones de

Expedir los decretos, reglamentos, e instrucciones que crea convenientes/conducentes para la ejecución de las leyes; cuidar/velar por la pronta y cumplida administración de justicia; declarar la guerra, dando después cuenta documentada a las Cortes/previa aprobación del Congreso; nombrar a los magistrados de todos los tribunales civiles y criminales, a propuesta del consejo de Estado/Nombrar a los magistrados de los tribunales superiores de justicia

<sup>46</sup> Esta figura se arraigó en el ordenamiento jurídico chileno de tal manera que hasta el día de hoy los procesalistas llaman facultades conservadoras a todas aquellas que tienen relación con el resguardo de las garantías constitucionales y los derechos de las personas. Las facultades conservadoras se encuentran dentro de lo que el derecho procesal llama atribuciones conexas de los tribunales. En Chile, estas atribuciones son una trilogía: las facultades económicas, disciplinarias y conservadoras. Es muy paradójico que el origen de esta denominación no venga de un organismo del Poder Judicial, sino de uno del Poder Legislativo.

y los jueces letrados de primera instancia, a propuesta del Consejo de Estado; proveer todos los empleos civiles y militares/proveer los demás empleos civiles y militares; presentar para todos los obispados y para todas las dignidades y beneficios eclesiásticos de real patronato, a propuesta del Consejo de Estado/Presentar para los arzobispados, obispados, dignidades y prebendas de las iglesias catedrales a propuesta del Consejo de Estado; mandar los ejércitos y armadas y nombrar a los generales/Mandar personalmente las fuerzas de mar y tierra, con acuerdo del Senado y en su receso, de la Comisión Conservadora; disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga/disponer de la fuerza de mar y tierra, organizarla y distribuirla, según lo hallare conveniente; decretar la inversión de los fondos destinados a cada uno de los ramos de la administración pública/Cuidar la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo de la ley; indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes/Conceder indultos particulares con acuerdo del Consejo de Estado; conceder el pase, o retener los decretos conciliares y bulas pontificias con el consentimiento de las Cortes.../Conceder el pase o retener posdecretos conciliares, bulas pontificias, breves y rescriptos con acuerdo del Consejo de Estado...; nombrar y separar libremente los secretarios de Estado y de despacho/Nombrar y remover a su voluntad a los ministros del despacho y oficiales de sus secretarías.

Salvo algunas alteraciones, o especificaciones menores, la Constitución de 1833 se inspiró en las facultades constitucionales del monarca español para dotar de atribuciones al presidente de Chile. En ningún otro texto constitucional se acoge de manera tan directa el artículo 171. La Constitución de 1833 es la única que recepciona casi a la letra las facultades del monarca constitucional, en el fondo y también en las formas. Las Constituciones de 1822 y de 1828 efectivamente contemplan algunas de estas facultades, pero no todas. De hecho, la de indultar no estaba en ninguna Constitución anterior.

El rey sin corona del que se hablaba más arriba tomó sus facultades desde la Constitución doceañista. Parte importante del régimen político de esta Constitución descansa en el artículo 82 de la Constitución de 1833, junto a la posibilidad de ser objeto de una acusación constitucional sólo durante el año siguiente al término de su mandato y al hecho de que no está obligado a rendir cuenta de su gestión ante el Congreso.

El otro resorte de esa Constitución fue el Consejo de Estado. Esta institución, propia de las monarquías, estaba integrada por una serie de personalidades que lo eran parte de él en razón de su cargo, y a su vez, esa designación era potestad del presidente de la República. En los hechos, todo el Consejo de Estado tenía su origen en el presidente de la República. Esta

institución no había sido recepcionada por el constituyente chileno con anterioridad.

Comparado con el Consejo de Estado de la Constitución de Cádiz, el chileno es mucho más pequeño. Mientras el hispano lo componían cuarenta personas, el chileno estaba compuesto por menos de la mitad de ese número: los ministros del despacho, los miembros de las cortes superiores de justicia, un eclesiástico constituido en dignidad, un general de ejército o armada, el jefe de alguna oficina de hacienda, dos ministros diplomáticos y dos que hayan sido intendentes o gobernadores. Si bien su dictamen era netamente consultivo, la Constitución disponía en su artículo 104 que este organismo consultor debía proponer ternas para las autoridades eclesiásticas, presentar candidatos a las vacantes de jueces letrados, conocer de materias de patronato, conflictos de competencia, emitir informe sobre la procedencia de abrir causa contra autoridades por hechos con características de delito penal, y actuar de juez en litigios de hacienda entre el gobierno y sus proveedores. En los hechos era un órgano asesor del gobierno con personas que al Ejecutivo le debían sus cargos. El Ejecutivo estaba obligado a asesorarse por él en materia legislativa.

La Constitución de Cádiz no hizo un desarrollo tan profundo de este organismo; no obstante, sirvió de modelo para dotar al Ejecutivo de poderes fuertes y sin contrapeso.

Sin embargo, y he aquí la genialidad de la proyección de Cádiz en Chile, también se obtuvo de Cádiz la herramienta de poder y negociación que permitirá un progresivo equilibrio entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, hasta lograr la completa sumisión del último ante el primero. Mediante las leyes periódicas el Parlamento logró quitar facultades al presidente de la República. Estas leyes eran el presupuesto nacional, la que fijaba las fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempos de paz y en tiempos de guerra y las que fijaban las contribuciones.

Las dos últimas leyes periódicas estaban contenidas en el artículo 37. 3 de la Constitución de 1833; es la síntesis de lo dispuesto en el artículo 131, numerales décimo y décimo tercero de la gaditana. Ellos dan el carácter de anual a las contribuciones e impuestos y a la fijación de las fuerzas de mar y tierra. Por el corto y siempre interrumpido periodo de vigencia de esta Constitución no queda claro cuál fue su efecto práctico en la península, pero en Chile produjo el avance hacia una República parlamentaria.

Estas disposiciones solo fueron recogidas por la convención que reformó la Constitución de 1828. Por medio de ellas se dio la evolución que permitió que no fuese necesaria la sustitución de la carta fundamental para atenerse a las realidades e ideas del siglo XIX.

Como último comentario, en materia de municipalidades, esta Constitución casi no introdujo cambios a la redacción de la Constitución de 1828, tan parecida a la de Cádiz en este punto.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Por la vía de la recepción, la Constitución gaditana tuvo gran influencia en el porvenir constitucional de Chile, con la peculiaridad que en cada una de las Constituciones estudiadas su influjo fue diferente; en algunos casos muy directo y en otros por medio de otras Constituciones. Es mentira que Chile no estuvo bajo influencia de la Constitución de Cádiz; pero cada una de las Constituciones estudiadas rescató aspectos distintos de ella. No es posible hablar de una secuencia constitucional, en que lo que recoge una de ellas se transmita sin más a las siguientes. Por el contrario, todas tienen alguna influencia, pero cada una de esas Constituciones tiene un ADN distinto.

Por eso decimos que ésta es una relación preterida por el derecho, y curiosamente algunas de sus más sabias disposiciones demuestran con el devenir constitucional chileno cuán sabio y bien pensado fue el trabajo de las Cortes. Probablemente, el andamiaje constitucional transplantado desde España a Chile en la Constitución de 1833 sea una buena muestra de lo que pudo haber pasado en España.

Sin embargo, las Constituciones no son la única relación jurídica de Cádiz con Chile. También es necesario estudiar el rol de los diputados chilenos y las distintas posiciones que pudieron haber adoptado en el devenir de éstas, así como también estudiar a fondo la figura de José Joaquín de Mora, su rol en las Cortes y su posterior evolución en el pensamiento constitucional y político.

Claro está que al cumplirse doscientos años de esta revolución son muchos los desafíos planteados por el constitucionalismo que están pendientes de resolución. En tal sentido, la labor de los abogados debe inspirarse una vez más en la historia con miras a dar respuestas al presente y preparar el futuro. En tal sentido, es muy importante que en los encuentros gremiales y académicos de juristas se recurra al método de relación entre los ordenamientos legales que abre el siglo XIX y del cual Cádiz es un buen ejemplo. Las realidades se hacen más disímiles, y por ello más importante es recurrir a encuentros de historia del derecho y derecho comparado para buscar soluciones a los problemas suscitados en la realidad de cada país.