

LOS ESTUDIOS SOBRE LA JUDICATURA CHILENA DE LOS SIGLOS XIX Y XX

BERNARDINO BRAVO LIRA
Profesor de Historia del Derecho

Es una ilusión ver en las buenas leyes la clave de la estabilidad institucional. Más importante que ellas son los jueces, únicos llamados a poner el derecho a salvo de las malas leyes.

S U M A R I O

Introducción. 1. Un tema olvidado. 2. Historiografía general e historiografía jurídica. 3. Primeros trabajos sobre la Judicatura. 4. La Judicatura en la perspectiva del positivismo legal. 5. El positivismo legal en los estudios más recientes. 6. Estabilidad institucional y legalidad. 7. El Derecho como fundamento de la legalidad. 8. Judicatura y estabilidad institucional. 9. La Judicatura y sus magistrados. 10. Estabilidad de las magistraturas judiciales. 11. Estabilidad de las instituciones judiciales. 12. Judicatura y legalidad en un enfoque histórico-jurídico.

I N T R O D U C C I O N

Pocos temas relativos a Chile han merecido tanta atención como su estabilidad institucional durante los siglos XIX y XX. Propios y extraños miran a Chile como una excepción en este punto. En verdad lo es porque en el curso de las dos últimas centurias se han hecho cada vez más escasos dentro del mundo occidental los países capaces de renovar sus instituciones por vías de derecho, sin mayores quebrantos ni convulsiones. En contraste, Chile aparece, según la conocida expresión del historiador brasileño Pedro Calmón como el país de la historia cuerda, pese a su loca geografía.

Pero cuando observadores y estudiosos hablan de estabilidad institucional en Chile, las más de las veces se refieren tan sólo o primordialmente a su régimen de gobierno. En concreto, piensan en el hecho de que aquí a partir de los años 30 del siglo pasado se haya conseguido implantar y hacer andar regularmente un Estado cons-

titucional basado en la dualidad presidente-parlamento. Otras instituciones anteriores a las primeras constituciones escritas, tales como la iglesia, la Judicatura, el Ejército, los institutos de Hacienda, las Intendencias y demás, no entran en consideración. En este sentido, las publicaciones y estudios sobre la institucionalidad chilena acusan marcadas limitaciones y no menos notorios vacíos.

El presente trabajo se ocupa de los estudios disponibles sobre la Judicatura chilena de los últimos dos siglos. Para comenzar, se destaca la ausencia de investigaciones histórico-jurídicas en este campo y se busca una explicación para ella. Con este objeto, se examinan en el cuerpo de este trabajo, las principales obras históricas y jurídicas sobre el tema. En la parte final, se apuntan las posibilidades que ofrece un enfoque histórico-jurídico de la Judicatura para una mejor comprensión de la institucionalidad chilena en su conjunto, sus elementos, su trayectoria y su significación.

1. *Un tema olvidado*

La preferencia de publicistas y estudiosos por las instituciones políticas de Chile tiene una primera y más evidente explicación en el contraste que en este punto ofrece Chile con el resto de Hispanoamérica, salvo Brasil. Contraste que, además está decirlo, se extiende asimismo a España y Portugal contemporáneos. En realidad, el siglo xix y buena parte del xx pueden caracterizarse en todo el mundo de habla castellana y portuguesa, en los mismos términos que, con las limitaciones propias de una generalización, Comellas aplica al siglo xix español, ésto es, como una época de revoluciones¹. De ello sólo es forzoso excluir a Brasil y a Chile.

Como es sabido, Brasil y Chile fueron los primeros en superar la crisis institucional en que se sumieron los países de derecho castellano y portugués a raíz de la invasión francesa de 1808 y también, los únicos en consolidar un Estado constitucional que, sin mayores rupturas de continuidad, han logrado transformarse y subsistir hasta el presente.

En el caso chileno, el período de reajuste e inestabilidad que precede el asentamiento del Estado constitucional, no excede de dos

¹Comellas, José Luis, *Historia de España moderna y contemporánea (1474-1965)*. 3ª ed. (2 vol.). Madrid, 1974: II IV. El siglo de las revoluciones.

décadas. En términos generales, se extiende desde 1810 hasta 1830, interrumpido entre 1814 y 1817 por un intento de restauración monárquica. A partir de 1830, se instaura un régimen de gobierno basado en la dualidad presidente-parlamento, lo bastante sólido como para renovarse dentro de los marcos establecidos. Su clave radica en una marcada preeminencia del presidente sobre el congreso, que permite un gobierno a la vez fuerte y abierto a las reformas. Por sus características este régimen no encuentra otro parangón en Hispanoamérica que en el Imperio del Brasil (1822-89). Políticamente la trayectoria chilena recuerda a la de los Estados mejor asentados del mundo occidental en los dos siglos últimos: las monarquías danesa, inglesa y sueca o la república estadounidense.

Es hasta cierto punto natural que historiadores y hombres de derecho se sientan atraídos por esta especie de *milagro político* chileno y coincidan en ocuparse de las instituciones presidencial y parlamentaria con prescindencia casi absoluta de las demás. Así se entiende que elementos no menos fundamentales de la institucionalidad, entre los que se cuentan la Judicatura, los Institutos Armados o de Hacienda, las formas de asociación o de propiedad, apenas hayan sido considerados tangencialmente en función de esos otros. Sólo la Iglesia escapa en cierto modo a esta preterición generalizada².

La Judicatura no es, pues, el único capítulo olvidado dentro de los estudios sobre la institucionalidad. Ni debe asombrar demasiado que ocurre con ella lo que en general sucede con otras instituciones no menos relevantes.

Entre las manifestaciones de esta indiferencia frente a la Judicatura está el hecho de que no se cuente hasta ahora, con ningún catálogo de los miembros de Tribunales de Justicia, semejante a los que desde largo tiempo existen para la serie de Jefes de Estado, ministros y parlamentarios³.

²Cfr. Silva Cotapos, Carlos. *Historia Eclesiástica de Chile*. Santiago, 1925; González Espejo, Fernando. *Cuatro decenios de Historia Eclesiástica de Chile. Crónica de las relaciones entre la Iglesia y el Estado 1831-71*. Santiago, 1948; Merino Espiñeira, Andrés. *Crónica de las relaciones del Estado y la Iglesia durante la anarquía (1823-30)* (multicopia). Santiago, 1962.

³Cfr. Valencia Avaria, Luis. *Anales de la República* (2 vol.). Santiago, 1951, corresponde a la 4ª ed. del *Manual del Senado*. Santiago, 1923, publicado por de la Cruz, Ernesto, 2ª ed. revisada y actualizada por el mismo. Santiago, 1929; 3ª ed. revisada y actualizada por Torreblanca, Edecio.

Las grandes figuras de la magistratura no han pasado a la historia en cuanto tales, sino cuando más en razón de actuaciones ajenas a las judiciales sea como gobernantes o como legisladores. Tal es el caso de José Gregorio Argomedo (1767-1830), primer presidente de la Corte Suprema; de Mariano Egaña (1793-1846), primer fiscal de la misma, o de Manuel Montt (1809-80), por casi tres decenios presidente del tribunal. Ampliamente conocido el primero como secretario de la primera Junta de Gobierno, el segundo como senador, constituyente y ministro de Estado, y el tercero, como ministro y presidente de la república, pasan los tres casi del todo ignorados en su dilatada gestión judicial.

2. *Historiografía general e historiografía jurídica*

Pero la uniformidad que a primera vista se advierte en los estudios sobre la institucionalidad chilena no se explica únicamente por la atracción que despierta la trayectoria política. Tiene raíces más profundas. Responde a una determinada visión de la historia y del derecho muy arraigada entre los autores, aunque estos mismos no siempre sean conscientes de ello. Detrás de esa mentalidad ha de reconocerse una huella no por tardía menos efectiva del racionalismo: de una sobreestimación del poder del gobierno y de las leyes para conformar la sociedad.

En la historiografía esta mentalidad refuerza la antigua preferencia por los sucesos de orden político y militar, actitud que se expresa en fórmulas del tipo: *la historia es la política del pasado así como la política es la historia del futuro*. En vano intentó reaccionar contra este enfoque a fines del siglo pasado un historiador autodidacta como Barros Arana⁴. Escritores, publicistas e historiadores posteriores que en una u otra forma se han ocupado de la institucionalidad chilena en la época contemporánea, mantienen en mayor o menor medida la misma indiferencia frente a la judicatura⁵.

⁴Barros Arana, Diego, *Historia General de Chile* (16 vol.). Santiago, 1884-1902.

⁵Blanco Fombona, Rufino, *La evolución política y social de Hispanoamérica*. Madrid, 1911; García Calderón Federico, *Les démocraties latines de l'Amérique*. París, 1912; Oliveira Lima, M. *Evolución histórica de la América Latina*. Madrid, s/f (1913); Galdames, Luis, *Historia de Chile* (vol. 1). *Evolución constitucional*. Santiago, 1925; Edwards Vives, Alberto,

Más patente y duradero es el peso del racionalismo en el campo del derecho: el insnaturalismo de corte racionalista que asigna al poder público la tarea de *conformar el derecho según los dictados de la razón*⁶ sucede el positivismo jurídico de corte legalista, cuyo presupuesto básico no es otro que una *identificación del derecho con un conjunto de normas*⁷, las que se miran como estatuidas en última instancia por el poder público. En estas condiciones, no es extraño que los estudios jurídicos se centren en los textos positivos y, en la comprensión y sistematización de los principios o soluciones sancionadas en la constitución, las leyes y sus disposiciones complementarias.

La fronda aristocrática. Historia política de Chile. Santiago, 1927 (7ª ed. Santiago, 1972); Percyra, Carlos, *Historia de la América Española* (vol. 8). Madrid, 1927; del mismo, *Breve Historia de América* (2 vol.), Santiago, 1938. Donoso Novoa, Ricardo, *Las ideas políticas en Chile.* México, 1946; Encina, Francisco Antonio, *Historia de Chile desde la prehistoria hasta 1891* (20 vol.). Santiago, 1940-1952; Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime, *Fisonomía histórica de Chile.* México, 1948 (numerosas ediciones posteriores); del mismo, *Historia de Chile* (vol. 2), *la definición del estado y la integración de la sociedad.* Santiago, 1972; Icaza Tigerino, Julio, *Sociología de la política hispanoamericana.* Madrid, 1950 (2ª ed. Madrid, 1962); Heise González, Julio, *La constitución de 1925 y las nuevas tendencias político sociales*, en AUCH (Santiago) 1950, hay separatum, ahora en, *150 años de evolución institucional.* Santiago, 1969; Campos Harriet, Fernando, *Manual de Historia constitucional de Chile:* 4ª ed. *Historia Constitucional de Chile. Las Instituciones políticas y sociales.* Santiago, 1969; Ultimamente, Silva Vargas, Fernando, *La organización nacional* en Villalobos Rivera, Sergio y otros, *Historia de Chile* (vol. 3). Santiago, 1976, 454 ss; *Expansión y crisis nacional; 1861-1924* y *Un contrapunto de medio siglo: democracia liberal y estatismo burocrático 1924-1970*, *ibid.*, (vol. 4). Santiago, 1976.

⁶Wicacker, Franz, *Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft*, en *Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung.* Leipzig 1944; del mismo, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna.* Madrid, 1967 (1ª ed. alemana, 1952). Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Madrid, 1971 (trad. de la 4ª ed. alemana de *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1ª ed. alemana 1951); García de Enterría, Eduardo: *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho en el derecho administrativo*, en *Revista de Administración Pública* (Madrid) 40 (7963) 189 ss.

⁷Además de los autores cit. en la nota anterior, Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* 4ª ed. Tübingen, 1963, 623 ss., con bibliografía; Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.* Barcelona, 1961, 1ª ed. alemana 1956.

Ni tampoco lo es que la investigación histórico-jurídica, más bien escasa, se circunscriba a analizar la elaboración y antecedentes de los sucesivos textos positivos. De ahí su preferencia por las instituciones, las doctrinas y los sucesos más directamente relacionados con la producción de esos textos: el presidente, el congreso, las ideas, los partidos y el acontecer político⁸.

Esta mentalidad explica en gran medida la falta de investigaciones históricas y jurídicas sobre las instituciones judiciales en Chile durante el siglo pasado y lo corrido del presente.

3. *Primeros trabajos sobre la Judicatura*

Los estudios sobre las instituciones de Chile en la época de las constituciones escritas están vinculadas en sus inicios al nombre de José Victorino Lastarria. A él se debe en el plano jurídico la primera obra de conjunto sobre el régimen constitucional chileno, así como en el plano histórico, la primera visión panorámica sobre la implantación del estado constitucional en Chile. Lo uno está representado por sus *Elementos de Derecho Público* aparecidos en 1846, al que siguió en 1856 *La Constitución política de la República de Chile comentada* y lo otro por su *Bosquejo histórico* que data también de 1846 y fue seguida en 1853 por su *Historia constitucional de medio siglo*⁹. Estas obras tienen un contenido fundamentalmente ideológico y un tono marcadamente crítico. Antes que un análisis jurídico o una exposición histórica, son expresión del ideario político del autor, forjado en la lectura de escritores europeos contemporáneos. Lastarria

⁸Vid. nota 5.

⁹Lastarria, José Victorino, *Elementos de Derecho Público Constitucional*. Santiago, 1846 (2ª ed. Santiago, 1848. 3ª ed. en: *Elementos de Derecho Público Constitucional, teórico, positivo y político*, Gante, 1825, ahora en sus *Obras completas*, vol. 1, Santiago, 1906; 1 ss.); del mismo *Bosquejo histórico de la Constitución del Gobierno de Chile durante el primer período de la revolución, desde 1810 hasta 1814*. Santiago, 1847 (ahora en sus *Obras completas* vol. 9, Santiago, 1909. 58 ss.); del mismo, *Historia Constitucional de medio siglo. Primera parte: desde 1800 a 1825* (única aparecida) Valparaíso, 1853, 2ª ed. Gante 1966 ahora en sus *Obras completas* vol. 7, Santiago, 1909, 145 ss.; también *La Constitución Política de la República de Chile comentada*. Valparaíso, 1856 (reimpresión en *Elementos...*, Gante, 1865, 2ª parte, ahora en sus *Obras Completas vol 1*, Santiago, 1906, 99 ss.).

no se ocupa allí de la Judicatura, a la cual dedica una simple mención al tratar de los distintos textos constitucionales¹⁰.

Contemporáneo de los primeros escritos de Lastarria es el opúsculo de Alberdi, *De la Magistratura y sus atribuciones en Chile* (1846), que no es sino una descripción de la Judicatura tal como se hallaba organizada entonces¹¹. Tampoco Briceño le concede mayor atención en su *Memoria histórico-crítica* publicada en 1849, modelo de erudición y minuciosidad en el acopio de material. Su larga exposición sobre la constitución de 1823 contiene pocas páginas relativas a la judicatura, en las que se trata casi exclusivamente de las discusiones suscitadas por la idea de introducir en Chile el sistema de jurados¹².

En la segunda mitad del siglo encontramos una serie de disertaciones sobre las instituciones judiciales. Entre ellas destacan el documentado trabajo de José Rafael Espinosa sobre *la administración de justicia i organización de los tribunales* (1852)¹³; las *Reflexiones sobre la administración de justicia* (1955) de Severo Vidal¹⁴; el discurso de Francisco Vargas Fontecilla sobre la futura Ley Orgánica de Tribunales (1856)¹⁵; las *Observaciones sobre el poder judicial tal como se encuentra establecido en Chile* de Juan E. Mackenna (1870)¹⁶. Todos estos escritos están centrados en los textos vigentes. Se limitan a su comentario y crítica con vistas a una nueva legislación que los reemplace.

El enfoque dominante en los estudios de esta época se refleja en un informe conjunto de los profesores Pedro Francisco Lira Argomedo y Francisco Vargas Fontecilla de 19 de diciembre de 1856, sobre la obra de Carrasco Albano a que nos referimos enseguida.

¹⁰Vid. esp. *Obras completas* (Nº 9) 7. 331, 437, 467-8; 9, 69.

¹¹Alberdi, Juan Bautista. *De la Magistratura y sus atribuciones en Chile, o sea de la organización de los tribunales y juzgados según las leyes que reglan al presente la administración de justicia* (ahora en *Obras completas*, vol. 3. Buenos Aires. 1886. 141-217).

¹²Briceño, Ramón. *Memoria históricocrítica del derecho público chileno desde 1810 hasta nuestros días*. Santiago, 1849. 115, 135-39.

¹³En AUCH (1852) 53 ss.

¹⁴En AUCH (1855) 560 ss.

¹⁵Vargas Fontecilla, Francisco. *Discurso de incorporación en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas* en AUCH (1856).

¹⁶Mackenna, Juan E.. *Observaciones sobre el poder judicial, tal como se encuentra establecido en Chile*, Santiago, 1870 (2ª ed. Santiago, 1886).

Según ellos, había dos modos fundamentales de estudiar la constitución: "o bien un *trabajo histórico i crítico* en que se aprecien las principales disposiciones de aquel Código tomando en cuenta nuestra educación, nuestras costumbres, nuestra civilización primitiva, el carácter de nuestra raza; o bien, un trabajo propiamente *jurídico i expositivo*, limitado a explicar el sentido de cada uno de los artículos de que ese Código se compone"¹⁷. Como salta a la vista, el primero había sido el método de Briseño, el segundo será el de Carrasco Albano y de Huneeus Zegers.

En el campo jurídico las páginas de mayor peso dedicadas a la Judicatura son sin dudas las de estos dos autores en sus comentarios sobre la constitución de 1833. Los dos se limitan a analizar el derecho legislado. Examinan la carta fundamental y sus leyes complementarias a la luz de la doctrina constitucional extranjera. No obstante, Carrasco Albano, cuyos *Comentarios sobre la constitución de 1833* aparecieron en 1858, destaca las innovaciones introducidas en materia judicial por la constitución de 1833 y la legislación posterior¹⁸. Por su parte, Huneeus, que publicó en 1879-80 su *Constitución ante el Congreso*, se ocupa de las innovaciones que introdujeron sucesivamente las reformas constitucionales de 1874, la *ley orgánica de tribunales* de 1875 y el *código penal* de 1875¹⁹.

En el campo histórico, los primeros trabajos sobre el período de implantación del estado constitucional en Chile no prestan mayor atención a la judicatura. Así se observa en las memorias de Santa María sobre *Los sucesos ocurridos desde la caída de don Bernardo O'Higgins en 1823 hasta la promulgación de la Constitución del mismo año*, aparecida en 1857²⁰; de Errázuriz, *Chile bajo el imperio de la Constitución de 1828*, que vio la luz en 1860²¹ y de Concha y Toro, *Chile durante los años de 1824 y 1828*, publicada en 1862²².

¹⁷En AUCH (1860) 248.

¹⁸Carrasco Albano, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución de 1833*, Valparaíso. 1858 (2ª ed. Santiago, 1874).

¹⁹Huneeus Zegers, Jorge, *La Constitución ante el Congreso o sea comentario positivo de la constitución chilena* (2 vol.) Santiago, 1879-80 (2ª ed. (3 vol) Santiago, 1890-92).

²⁰Santa María, Domingo, *Los sucesos...*, Santiago. 1857.

²¹Errázuriz Zañartu, Federico, *Chile bajo...*, Santiago, 1860.

²²Concha y Toro, Melchor, *Chile durante...*, Santiago, 1862.

4. *La Judicatura en la perspectiva del positivismo legal*

La *ley orgánica de tribunales* de 1875, que entró a regir en 1876 señala una nueva etapa en la regulación positiva de la Judicatura. Con ella se reemplazó el conjunto de disposiciones vigentes hasta entonces con carácter transitorio por un texto único, sistemático y actualizado, de carácter permanente. Con numerosas modificaciones ulteriores, este texto rige en el presente bajo el nombre de *código orgánico de tribunales*²³.

Desde su dictación hasta hoy esta ley constituye sin disputa el centro de los trabajos jurídicos sobre las instituciones judiciales. Sus disposiciones y modificaciones son minuciosamente explicadas, comentadas y enseñadas en las escuelas de derecho. Los mejores talentos han volcado sus energías en esta exégesis. Al principio se dio gran importancia al estudio de sus antecedentes y en particular a la comparación entre la nueva ley y la legislación que le precedió. Por esos estas obras más antiguas ofrecen un valioso material para el estudio institucional de la Judicatura.

Dentro de esta orientación más temprana se inscribe el discurso de Jovino Novoa sobre: *El poder judicial: su independencia i responsabilidad* (1878)²⁴, así como la prolija exposición de José Bernardo Lira Argomedo en su *Prontuario de los Juicios*, edición de 1880-81²⁵. Pero, sin duda, la obra culminante en este género es la de Manuel Egidio Ballesteros *La lei de organización i atribuciones de los tribunales. Antecedentes, concordancias i aplicación práctica de sus disposiciones*, aparecida en 1890²⁶, donde el historiador de la Judicatura

²³*Ley de 15 de octubre de 1875*, BL 43, 543-65. Vid. Varas Gómez, Luis y García Garcena, Víctor, *La ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875 y las disposiciones que la modifican y complementan*. Santiago, 1940. Código orgánico de tribunales, texto fijado por DS de Justicia de 15 de junio de 1943, con numerosas modificaciones posteriores.

²⁴*Discurso de incorporación* en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, CN AUCH (1878) 385 ss.

²⁵Lira Argomedo, José Bernardo, *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena* (1ª ed. (3 vol.) Santiago. 1867-69); 3ª (2 vol.) Santiago, 1880-81).

²⁶Ballesteros, Manuel Egidio, *La lei de organización...*, (2 vol.) Santiago, 1890.

puede hallar un material que hasta ahora no ha sido aprovechado. A ella sigue un comentario compendiado en Carlos Risopatrón, también magistrado como el anterior, titulado: *Ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile y comentarios ordenados con el objeto de hacer más fácil su estudio* (1900) ²⁷.

Al filo del siglo xx es claramente perceptible un vuelco en la doctrina jurídica chilena. Bajo el influjo del positivismo legal ella se concentra decididamente en una exégesis textual de las disposiciones vigentes a las que se pretende aislar en forma cada vez más completa de todo otro elemento. En una palabra, se busca aislar al derecho legislado de todo elemento ajeno a las disposiciones en que se contiene. Se prescinde, pues, de las referencias históricas que antes de la *ley orgánica de tribunales* resultaban indispensables para manejarse dentro del conjunto de disposiciones de distinto origen, y alcance que componían la regulación de las instituciones judiciales y que, después de la dictación de la misma ley habían servido a sus comentaristas en cierto modo de contrapunto para destacar su novedad y explicar el sentido de sus disposiciones.

Esta orientación de los estudios que persiste hasta los tiempos más recientes tiene también sus obras clásicas que significativamente asumen carácter de manuales, con mayores o menores pretensiones, pero destinados fundamentalmente a la enseñanza práctica de las disposiciones vigentes. Así las mayores diferencias entre ellos son reflejo de modificaciones legislativas. Estas últimas dan de ordinario ocasión y materia para una serie de tesis de licenciatura en derecho que constituyen la otra vertiente de la literatura jurídica en esta época. Su significación caduca casi por entero en cuanto interviene una variación del texto legal del que dependen. Tal es el fruto extremo del positivismo legal, que apenas aporta algo para un estudio institucional de la Judicatura.

En el campo histórico no hay trabajos dedicados a las instituciones judiciales. Únicamente se encuentran referencias al pasar, como las que ofrecen Sotomayor Valdés en su *Historia de Chile durante los cuarenta años transcurridos desde 1831 hasta 1871*, aparecida en 1875²⁸ o Alcibiades Roldán en *Las primeras asambleas nacionales*,

²⁷Risopatrón, Carlos: *Ley de organización...*, Santiago, 1900.

²⁸Sotomayor Valdés, Ramón; *Historia de Chile...*, (2 vol.) Santiago, 1875 (2ª ed. revisada y corregida); *Historia de Chile bajo el gobierno del jeneral D. Joaquín Prieto* (3 vol.) Santiago, 1900-1901.

publicada en 1890²⁹. De ahí que Barros Arana al escribir su *Historia jeneral de Chile* no pudiera menos que reparar en este vacío³⁰; sin pretender llenarlo se limitó a llamar la atención sobre él y a hacer unas ligeras anotaciones sobre la materia³¹.

5. *El positivismo legal en los estudios más recientes*

La situación no varió en las décadas posteriores. Hasta el punto de que en 1923 la Corte Suprema desistió de celebrar el centenario de su erección con un acto público solemne y de hacer colocar el retrato de su primer presidente, el doctor Argomedo, en la gran sala de audiencias públicas, en atención a que no faltó entonces quien afirmara que su creación se remontaba no a la constitución de 1823 sino a las constituciones de 1818 y 1822 y, en último término, al reglamento constitucional de 1812 y al congreso de 1811³².

Recién diez años después, en 1934, aparece la primera exposición completa sobre el establecimiento de la Corte Suprema y sus antecedentes. No se trata de un estudio específico ni de una investigación histórico-jurídica, sino de una biografía de Argomedo. Allí se aborda el tema al reseñar su actuación pública y concretamente la que tuviera como presidente del tribunal. Nos referimos a la obra, en este punto no superada, de Alejandro Lira Lira, *Argomedo 1810-1830*³³. El autor examina uno a uno los sucesivos intentos de establecer un Supremo Tribunal de Justicia desde 1811 hasta 1823 y muestra que todos ellos quedaron en el papel. En su lugar, para suplirle en el conocimiento de los recursos judiciales que habrían de ser de su competencia, funcionaron comisiones especiales. "No puede decirse pues, puntualiza Lira, que esas comisiones o tribunales *ad hoc*, con su estrechísima esfera de atribuciones por respetables que se las considere merecen el título de genuinos antecesores de la Corte Suprema de Justicia"³⁴. Carvajal Ravest, en su estudio *La Corte Suprema*, publicado seis años después, en 1940, recoge literalmente esta conclusión³⁵.

²⁹Roldán, Alcibíades: *Las primeras Asambleas Nacionales*. Santiago, 1890.

³⁰*Op. cit.*, (Nº 4), 14, 77.

³¹*Ibid.* nota 2.

³²Lira Lira, Alejandro, *Argomedo 1810-1830*. Santiago, 1934, 136, nota 1.

³³*Op. cit.*, (Nº anterior).

³⁴*Ibid.*, 136, nota 1.

³⁵Carvajal Ravest, Horacio, *La Corte Suprema*. Santiago, 1940, cfr. 35-36 con Lira (Nº 33) 136 Nº 1. No obstante afirma algo diferente en 33-34.

Nada más elocuente acerca del estado de la investigación histórico-jurídica entonces, que el juicio que este trabajo mereció a los profesores Fernando Alessandri y Aníbal Bascañán. Ambos convienen en honrar la labor del autor, pero difieren absolutamente en cuanto al valor de la obra. Alessandri, catedrático de derecho procesal, objeta el método "histórico" que, en su opinión, ha adoptado el autor. Aboga por una neta separación entre el estudio de la organización actual de la Corte Suprema y el de su desarrollo histórico: tal separación permitiría una exégesis de los textos positivos sin referencias históricas. "Habría sido mucho mejor, puntualiza, que se hubieran estudiado en conjunto los textos legales vigentes para dar a conocer el organismo de una sola vez como existe en nuestros días"³⁶.

De su lado, Bascañán elogia precisamente "la grandiosidad, solidez y novedad del intento" en cuanto rehuye la línea del menor esfuerzo y del éxito fácil y no se contenta con una explicación de textos de acuerdo a la dogmática jurídica, algo que como observó Bunge, "a su vez necesita una explicación y que, por tanto, no es una verdadera explicación"³⁷. Sus reservas de historiador del derecho recaen más bien sobre deficiencias en la ejecución. Entre ellas no puede menos que reparar en "omisiones documentales que se traducen en una reconstrucción predominantemente externa —y no institucional— del proceso formativo del Tribunal Supremo"³⁸.

En trabajos posteriores, aún los más recientes³⁹ predomina el criterio

³⁶*Ibid.* VII.

³⁷*Ibid.* V.

³⁸*Ibid.* VI.

³⁹Vid. especialmente, Anabalón Sanderson, Carlos, *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*. Santiago, 1944; Benavente Gorroño, Darío, *Derecho procesal orgánico*. Santiago, 1944; Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal* (3 vol.) Santiago, 1950; Galté Carré, Jaime, *Manual de organización y atribuciones de los tribunales*. Santiago, 1954; Alessandri Rodríguez, Fernando, *Código orgánico de tribunales*. Santiago, 1957; Pereira Anabalón, Hugo *La independencia y la imparcialidad del Poder Judicial en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 3ª época IV, 6 (1957) 10 ss. Colombo Campbell, Juan: *La competencia*. Santiago, 1959; Bianchi Astaburuaga, Juan Emilio, *Del nombramiento de los jueces*. Santiago, 1961; Ladrón de Guevara Larenas, Patricio, *La Corte Suprema de Justicia y las modificaciones de la ley N° 11.183. Activismo de la Corte Suprema*. Santiago, 1962; Bustos Lynch, Rubén, *Bases para la nueva organización del Poder Judicial chileno*. Santiago, 1962; Radtke B., Carlos, *El poder judicial en las diversas constituciones chilenas*. Santiago, 1964;

sustentado por Alessandri, por lo que no representan ningún aporte en el terreno histórico-jurídico. Hasta el punto de que con ocasión del Sesquicentenario de la creación de la Corte Suprema se reimprimió en 1971, sin alteración, el capítulo referente a sus orígenes, de la citada obra de Carvajal Ravest⁴⁰.

En suma, los estudios disponibles en materia de instituciones judiciales muestran una historiografía jurídica aprisionada por la dogmática del positivismo legal. Estamos ante una investigación todavía incapaz de hallar puntos de partida más allá del constitucionalismo clásico. Todavía incapaz de superar esos esquemas, novedosos para el siglo XVIII, pero forzosamente anticuados a la vuelta de doscientos años. Tales son, por ejemplo: la doctrina de la *división de poderes*; la

Sánchez Núñez, Artemio, *La Independencia del Poder Judicial como base fundamental orgánica*. Concepción, 1964. Hiriart Simus, Cristián, *La política judicial*. Santiago, 1965; Cánovas Robles, José, *Aspectos de nuestra magistratura*, en RDJ 62 (1965) 1 ss.; Palacios Labbé, Ernesto, *Bases constitucionales del Poder Judicial. Análisis, crítico y eventuales reformas*. Santiago, 1966; Illanes Benítez, Osvaldo, *La Suprema Corte de Justicia de Chile en Revista de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra) vol. VII, 2 (1966) 309 ss.*, Garrido Montt, Mario, *Algunas consideraciones sobre organización de los Tribunales de Justicia*, en RDJ 63 (1966) 193 ss., Hiriart García, María de la Luz, *La Independencia del Poder Judicial*. Santiago, 1967; Ramírez Raiman, Tulio, *Elementos para una política judicial*. Concepción, 1969; Novoa Saez, Luis y Urrea Muster, Jorge, *Acusaciones constitucionales deducidas en contra de los Magistrados de los Tribunales de Justicia*. Concepción, 1973; Castro Gutiérrez, Osvaldo y Toloza Fernández, Vivian, *Sistemas de generación del poder judicial*. Concepción, 1975.

Son una excepción los trabajos de Olguín Büche, Adriana, *Las lagunas de la ley y el arbitrio judicial (en derecho privado)*. Valparaíso-Santiago, 1936; Bianchi Valenzuela, Humberto y Bianchi Bianchi, Juan, *Centenario de la Corte de Apelaciones de Concepción* en Revista de Derecho (Concepción) 55 (1946) 31 ss.; Onetto S., Olga, *El juez y la ley*. Santiago, 1956. Troncoso Larrode, Ramiro, *Interpretación de la ley y arbitrio judicial*. Concepción, 1958; Gesche Müller, Bernardo, *Jurisprudencia dinámica. La desvalorización monetaria y otros problemas en el derecho*. Santiago, 1971; Soto Kloss, Eduardo, *La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia* en Revista chilena de derecho, (Santiago) vol. 1 (1974) 3-4, 349 ss.

⁴⁰Carvajal Ravest, Horacio, *Antecedentes históricos de la creación de la Corte Suprema* en Revista de Derecho Procesal (Santiago) 4 (1974) 4-14, reproducción de la obra del mismo autor cit. N.º 35, cap. 1, 31-36, sin otra alteración que la supresión de algunas notas.

consideración de las instituciones y entre ellas de la Judicatura como *hechuras de una constitución o de una ley*; o la imagen de la actividad jurisdiccional como *aplicación de una norma legal preestablecida a casos particulares sobrevinientes*.

De ahí que la investigación ni siquiera haya abordado temas tan apasionantes como los que ofrece la Judicatura considerada en un enfoque histórico-jurídico. De ellos señalaremos tan sólo tres: estabilidad institucional y legalidad; sentido y significación de la legalidad y la Judicatura ante las metamorfosis de la legalidad.

Las notas que siguen apuntan a sentar las bases para un nuevo planteamiento de la investigación sobre las instituciones judiciales chilenas.

6. *Estabilidad institucional y legalidad*

En primer término es necesaria una revisión de las ideas más corrientes acerca de la solidez institucional. A tono con la orientación dominante en la investigación, el sentir común identifica continuidad institucional con sucesión normal de los jefes de estado y renovación regular del congreso o asamblea legislativa. En este sentido, la estabilidad institucional se confundiría con la observancia de determinados textos legales, con la constitucionalidad o, cuando más, con la legalidad.

Pero, también el sentir común alberga un presentimiento de que hay algo más alto tras la legalidad. Aún para el lego en derecho y sin duda para él más que para ciertos letrados empapados del positivismo legal es difícil admitir sin protestas, la idea de que el respeto por la constitución y la ley pueda prestarse para sancionar situaciones anti-jurídicas. En este punto es donde más se notan las repercusiones de la falta de estudios sobre la Judicatura y donde más fácilmente se echa de ver su necesidad. Llenar este vacío de nuestra literatura histórica y jurídica no es una suerte de diversión erudita. Responde a una profunda, sentida y justificada inquietud de nuestro tiempo.

Ese presentimiento merece ser objeto de revisión científica. Los estudiosos del derecho deberían estar en condiciones de dar razón de él. Deberían abocarse a esclarecer, con la autoridad que su saber les confiere, el *sentido y la significación de la legalidad*. El presente trabajo cumplirá con creces su objetivo, si anima a los juristas eduditos,

los únicos competentes para hacerlo, a abordar al menos dos puntos que aquí solo cabe proponer: forma y fundamento de la primacía del derecho, poder y peligro de las leyes.

Mucho ganaría la vida jurídica chilena si la ciencia del derecho hiciera ver con nitidez cuán digno de respeto es el derecho en sí mismo, única alternativa frente a la violencia en la convivencia colectiva. Cómo las leyes, en cambio, no son respetables por sí mismas, con prescindencia de su contenido. Otra cosa sería irracional. Ahora bien, según su contenido, hay buenas y malas leyes. Las unas respetables por el derecho que contienen, las otras rechazables en cuanto atentan contra el mismo. Tal es el caso de aquellas que en alguna manera comportan atropello a lo sagrado, a la patria o al honor; al matrimonio, a la familia o a la vida moral y física. Leyes como éstas, sin razón y sin derecho, son abusivas y envilecen tanto a quienes las dictan como a aquellos que abogan por su respeto.

En este sentido, las propias leyes pueden ser una amenaza para el derecho. Más todavía si se considera que su potencia constructora no es comparable a su potencia destructiva. Porque el poder de las leyes no alcanza para dar vida a las instituciones, cuyo arraigo es normalmente obra de generaciones y sí es bastante para desquiciarlas en breve tiempo. Por lo mismo, *la legalidad por la legalidad* puede muy bien ser utilizada para aniquilar el derecho. Puede muy bien ser el camino para el peor sin-derecho: el abuso legalizado. De ahí que el respeto a las leyes en determinado país no prueba por sí solo que ese no sea un país sin derecho. Por eso, en definitiva, para asegurar la primacía del derecho no basta pensar en las leyes, sin pensar, asimismo, en quienes han de exigir su cumplimiento. Si importa tener buenas leyes, más importa tener buenos jueces. Es decir, jueces que estén en condiciones de poner el derecho a salvo de las malas leyes.

Bajo esta luz pocos temas propios del hombre de derecho afectan más directamente al hombre común que un estudio institucional de la Judicatura.

7. *El Derecho como fundamento de la legalidad*

Los estudiosos del derecho no pueden desentenderse de esta cuestión que hoy ha llegado a inquietar incluso a los legos. Ya en 1965 hicimos notar que la llamada crisis del derecho, no es otra cosa que una crisis

del derecho legislado del siglo XIX⁴¹. Al hacerlo nos limitábamos a repetir algo que los juristas más penetrantes habían reconocido varias décadas antes: un Carl Schmitt, tras la primera guerra mundial, en su trabajo *Legalität und Legitimität* aparecido en 1932⁴², o un Georges Ripert, después del segundo conflicto mundial, en *Le déclin du Droit* publicado en 1949⁴³. Hoy parece innecesario insistir sobre el ocaso del positivismo legal. Con todo creemos que no es inútil transcribir algunos párrafos de García de Enterría sobre el tema. Datan de 1963, pero resultan plenamente actuales cuando se habla de la urgencia de renovar el cultivo del derecho en Chile. En primer término, resume los fundamentos del positivismo legal: “El positivismo legalista era tributario del gran ideal ilustrado de la legalidad, con su equiparación metafísica de ley y razón, y, a la vez, en cuanto construido sobre dos dogmas rousseauianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, como emanación de la voluntad general, y libertad humana. El advenimiento de el reino de la ley fue saludado así como la aurora de una época nueva y luminosa en la que la ‘alienación’ del individuo en la sociedad (que había hecho de aquel un ser ‘encadenado’ desde los orígenes mismos de la Historia) quedaría definitivamente rota, y fundado con ello la posibilidad de un hombre nuevo”.

Enseguida alude a la culminación de este positivismo legal en los Estados totalitarios surgidos después de la primera guerra mundial. Tales ideas y tales esperanzas, continúa, “La sociedad actual no las

⁴¹Bravo Lira, Bernardino, *La positivación del derecho* en RDJ 62 (1965) 11 ss. 35. En el mismo sentido Salvat Monguillot, Manuel, *Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de Derecho* en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 4ª época, 7 (1967) 1 ss. hay *separatum*, ahora en *Estudios de Derecho Histórico*. Santiago, 1975. 9 ss. Otros enfoques de la crisis del derecho en Chile: Lira Urquieta, Pedro, *La crisis del derecho* (1934) en *Temas universitarios*. Santiago, 1945, 77 ss.. Novoa Monreal, Eduardo, *La crisis del Sistema Legal Chileno* en RDJ 62 (1965) 227 ss.; Velasco Letelier, Eugenio, *La crisis del sistema legal chileno* (1965) en *El Derecho y los cambios sociales*. Valparaíso, 1967, 9 ss.; del mismo *De la necesidad de refundir y modernizar nuestra legislación*. Santiago, 1957.

⁴²Schmitt, Carl, *Legalität und Legitimität*. Berlín-München, 1932. (ahora en sus *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlín, 1958, 263 ss.).

⁴³Ripert, Georges, *Le déclin du Droit*. París, 1949. Vid. recensión de García de Enterría, Eduardo en *Revista de Administración Pública* 9 (Madrid, 1952), 255 ss.

comparte ya y, mucho más, ocurre todavía que, como resultado de la experiencia histórica inmediata, he comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable 'amenaza para la libertad', incluso en una 'forma de organización de lo antijurídico' y hasta en un instrumento para 'la perversión del orden jurídico'.

Hoy la ley es más cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de organización burocrática, sin conexión con la justicia, lo que explica que puede hablarse también de un principio de legalidad, y con mayor énfasis aún que en nuestras sociedades, en las mismas sociedades comunistas".

Finalmente se refiere a la crisis del positivismo legal y a los intentos de superación del mismo en la segunda postguerra. "La radiografía descarnada de las estructuras sociales que ha efectuado la moderna sociología, el descubrimiento del papel de las 'ideologías' o del que desempeñan los 'grupos de presión', la conciencia de las debilidades de la burocracia, las condiciones políticas presentes en general, han sido también decisivos para quebrantar inapelablemente la *auctoritas* debida a la ley como un producto de la organización colectiva. El substrato mismo de la construcción positivista ha desaparecido con ello.

No sólo la conciencia jurídica general (que es algo que necesariamente está en la base misma del orden jurídico) se ha visto forzada a postular una justicia extralegal, e incluso ya frecuentemente *contra legem*, sino que además la simple labor técnica de integración de unas leyes elaboradas en tales condiciones dentro del sistema general del ordenamiento exige rigurosamente, con una imperiosidad mucho más enérgica que la que podía darse en relación con los viejos códigos unitarios y sistematizados, una apelación constante a los principios generales del Derecho.

Es también en nombre de estos principios, concebidos según el Tribunal Supremo Americano como un *higher law*, como un Derecho más alto, o, en la expresión alemana reciente, como un *Wertordnung*, como un orden material de valores, cómo únicamente ha podido fundarse y desarrollarse, desde el juez Marshall a la ley fundamental de Bonn, la técnica del control judicial de las leyes, que constituyendo uno de los grandes temas del momento presente, hace expreso, ya desde su mismo planteamiento, la inversión de la relación tradicional entre

el juez y la ley y una subversión definitiva del primado absoluto de ésta"⁴⁴.

En síntesis, la superación del positivismo legal exige ante todo sobreponerse a la exaltación incondicionada de la ley: ponerla o reponerla en su sitio. Reconocer que no es la ley el fundamento del derecho, sino al revés, el derecho el fundamento de la legalidad⁴⁵.

8. *Judicatura y estabilidad institucional*

Hasta cierto punto es comprensible el olvido en que se encuentra la Judicatura, oscurecida por la atracción que ejercen sobre observadores y estudiosos las instituciones políticas de Chile. No por ello resulta menos injustificado cuando se trata de estabilidad y solidez institucional. En esto, las instituciones judiciales aventajan claramente a las políticas.

Al menos así parece indicarlo el hecho de que la Judicatura haya permanecido al margen de las crisis y conmociones hasta ahora inevitables dentro del estado constitucional, cada vez que la relación presidente-parlamento llega a un punto álgido. Esta dualidad constituye, sin duda, el talón de Aquiles del edificio constitucional, incluso en el caso de Brasil o de Chile. Cuando se torna problemática arrastra consigo a la propia constitución. En este sentido, la subsistencia de la Judicatura en Chile tras el último colapso del régimen constitucional en 1973 no tiene nada de excepcional. Antes bien, es una manifestación más de un fenómeno que se repite con singular regularidad en la historia de Chile, desde que se implantó la primera constitución escrita.

Recordemos que la Judicatura fue apenas afectada por los tras-

⁴⁴García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones...* cit. 197 s.

⁴⁵Vid. Jouvencel, Bertrand de, *Du Pouvoir*. París. 1956 (trad. castellana Madrid, 1956, esp. cap. xi 228 ss.). La formulación se basa en la conocida frase de Jahrreiss, Hermann, *Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz* en: *Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages* (1950) 44, ahora en *Mensch und Staat. Rechtsphilosophische, staatsrechtliche und völkerrechtliche Grundfragen in unserer Zeit*, Colonia Berlín, 1957, 113 ss.: "eine Rückker vom 'Gesetz-vor-Recht' Denken zum 'Recht-vor-Gesetz' Denken": un retorno desde la concepción de una ley anterior al derecho a una concepción de un derecho anterior a la ley.

tornos de la época de la independencia y no conoció los vaivenes que precedieron al asentamiento del estado constitucional⁴⁶.

A partir de 1817 la Real Audiencia establecida en Chile en 1609 cambió definitivamente de nombre y pasó a llamarse Cámara de Justicia. Así, también, a los antiguos oidores se les denominó en adelante camaristas. Las plazas de regente, fiscales y camaristas del tribunal fueron ocupadas por nuevos titulares. Pero no se alteró ni su composición ni su competencia en materias de justicia, como tampoco su funcionamiento, procedimiento, privilegios y prerrogativas "que como uno de los tribunales superiores ha gozado de tiempo inmemorial"⁴⁷. Únicamente se le privó de jurisdicción en materias de gobierno⁴⁸ y desapareció esa preeminencia que pertenecía a la antigua Audiencia en calidad de tribunal del rey, depositario del sello real y objeto del tratamiento regio de "Alteza", frente al superior gobierno del reino⁴⁹, pues éste se transformó en supremo gobierno del Estado ahora independiente. Si antes correspondía al gobernador consultar las materias importantes de gobierno con la Audiencia Real, ahora correspondió, por el contrario, a la Cámara de Justicia reconocer en cierta medida la preeminencia del Jefe del Estado⁵⁰. En otras palabras, con la independencia y el tránsito del absolutismo ilustrado al Estado constitucional se redujo la esfera jurisdiccional a las materias de justicia, cambió la posición de la Judicatura dentro del Estado y

⁴⁶Bravo Lira, Bernardino, *Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario* (I), en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso) 1 (1976), hay separatum.

⁴⁷Decreto 22, septiembre, 1820. En 1822 la propia Cámara invoca esta resolución e incluye testimonio del decreto en un conflicto con el Consulado (Min. int. vol. 21, pzas 63 y 64).

⁴⁸Cfr. *Constitución de 1818*, tit. v. cap. I, art. 1 y II. Texto reimpresso en Briceño, *op. cit.*, (Nº 12) 256 ss; Valencia Avaria, *op. cit.*, (Nº 3) 1, 52, y por varios otros autores.

⁴⁹Cfr. *Real cédula*, Madrid 17 de febrero de 1609, ordenanzas de la Audiencia de Santiago de Chile, preámbulo, cap. 17 y 3 a 5. Texto impreso en *Colección de documentos históricos recopilados del Arzobispado de Santiago* (4 vol.) Santiago, 1919-21, 2, 216 y ss. Vid. Muñoz Feliú, Raúl, *La Real Audiencia de Chile*, Santiago, 1937; Corvalán Menéndez, Jorge y Casvillo Fernández, Vicente, *Derecho procesal indígena*, Santiago, 1951; Salvat Monguiñot, Manuel, *Las funciones de gobierno de la audiencia en el reino de Chile*, en III Congreso del Instituto Internacional de historia del Derecho Italiano, Actas y Estudios, Madrid, 1973, 597 ss.

⁵⁰Bravo Lira, *cit.* (Nº 46) esp. 83 ss.

cambiaron las personas de los magistrados, pero las instituciones judiciales en sí mismas permanecieron prácticamente intactas en los términos en que se hallaban en 1810, cuando se estableció la Primera Junta de Gobierno.

Esta situación se mantuvo hasta la instalación de la actual Corte Suprema en 1824, que coincide con la primera reforma judicial de consideración posterior a la independencia. Entonces recibió la Judicatura ordinaria su actual articulación en tres escalones: los juzgados de única o primera instancia en la base, la Corte de Apelaciones en un plano intermedio, y una Suprema Corte de Justicia en la cima. Pero dentro de este nuevo esquema se llenaron las plazas judiciales con personas que hasta entonces se desempeñaban en la magistratura. Así se hizo sin excepción con las más elevadas.

De esta suerte cabe distinguir dos grandes momentos en la trayectoria judicial del período de independencia y asentamiento del Estado constitucional. Primero, aquél en que cambiaron las personas pero se mantuvieron las instituciones y luego, aquél en que se introdujeron reformas en las instituciones pero se mantuvieron los magistrados de ellas.

9. *La Judicatura y sus magistrados*

La constitución de un núcleo de magistrados judiciales en el período 1817-24 precede y prepara la consolidación institucional de la Judicatura desde 1824. Ese núcleo se forma a partir del reemplazo definitivo de los antiguos oidores por los nuevos camaristas en 1817. Estos últimos guardan muchas relaciones con la magistratura anterior, como lo muestra, entre otros, el caso de Ignacio Godoy y Videla (1763-1822) anteriormente teniente letrado asesor interino de la Intendencia de Concepción en 1797, Lorenzo José de Villalón (1760-1827) relator de la real audiencia desde 1802, o José Silvestre Lazo de la Vega (1779-1844). Las figuras claves en este primer período son tres: José Gregorio Argomedo, Juan de Dios Vial del Río y Gabriel José de Tocornal, asesor del Real Tribunal de Minería desde 1806.

De ellas, la más conocida es, sin duda, la de José Gregorio Argomedo (1767-1830) a quien Marcial Martínez y Alejandro Lira dedicaron sendas biografías⁵¹. Argomedo se desempeñó en la magistratura

⁵¹Martínez Cuadros Marcial, *Biografía del Doctor O. José Gregorio Argomedo* en Desmandyl, Narciso (editor) *Galería Nacional o Colección*

por 11 años entre 1817 y 1830, primero como fiscal y ministro de la Cámara de Justicia, y luego como presidente y ministro de la Corte Suprema, sin otra interrupción que la separación del oficio que le fue impuesta por el Gobierno entre 1825 y 1827. Sobresalió como ejemplo de entereza para afirmar frente al Congreso y frente al Director Supremo la independencia de los Tribunales en el ejercicio de la jurisdicción.

A su lado se destaca Juan de Dios Vial del Río (1774-1850). magistrado por más de 30 años, desde 1819 hasta 1850, primero como fiscal y ministro de la Cámara de Justicia, luego como regente de la Corte de Apelaciones y presidente y ministro de la Corte Suprema. Su integridad le valen la admiración de sus contemporáneos, de quienes se hizo intérprete Antonio Varas, al presentarle como modelo de juez⁵².

La trilogía se cierra con Gabriel José de Tocornal (1775-1841), el menos conocido, pero sin duda el más profundo de los tres. Magistrado por cerca de 20 años, desde 1822 hasta 1841 primero en la Cámara de Justicia y luego decano y regente de la Corte de Apelaciones, universalmente respetado por su saber y versación⁵³.

La estabilidad que en el hecho tienen los magistrados judiciales desde 1817 contrasta con lo que sucede con los magistrados gubernativos hasta 1830. Entre 1817 y 1830 la inestabilidad de los gobernantes corre a parejas con la descomposición de las antiguas instituciones políticas de Chile. El contraste es tanto más llamativo cuanto

de biografías de hombres célebres de Chile (2 vol.) Santiago, 1854, I, 3 ss. (hay separatum, Santiago, 1854), ahora en sus *Obras completas* (vol. 10), 406 ss.; Lira, *cit.* N.º 32. Vid. además, Meneses, José Gregorio, *Oración fúnebre, en Honores fúnebres al D. D. José Gregorio Argomedo, Ministro de la Suprema Corte de Justicia.* octubre de 1830. Santiago, 1830, 3 ss.

⁵²Varas Antonio, *Discurso de incorporación en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas* en AUCH (1857) 113 ss.

⁵³Vid. *Necrología del Finado Senador, Regente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones Dr. D. Gabriel José Tocornal.* Santiago, 1841; Infante, José Miguel, *Doctor Don Gabriel José Tocornal en Valdiviano Federal* 9 nov. 1841, ahora en Amunátegui, Miguel Luis, *La necrópolis de Don José Miguel Infante*, en sus *Ensayos biográficos*, vol IV, Santiago, 1896, 364 ss.; Mujica, Juan, *Los Tocornal*, en BACH 59 (1958), hay *seperatum*. Copia del certificado de bautismo en el *expediente sobre recepción de abogado, de Tocornal Jiménez, Gabriel José 1799-1802.* Archivo Nacional, Varios 243, pza. 3, fs. 5.

que en este período es frecuente que magistrados judiciales se desempeñan en puestos de gobierno, como Director Supremo subrogante, miembro de Juntas de Gobierno, Ministro de Estado o integrantes de asambleas constituyentes y legislativas. Tal es entre otros el caso de Francisco Antonio Pérez (1761-1828), Argomedo o Vial del Río. Su permanencia en cargos gubernativos es tan precaria como la de cualquier militar, letrado o eclesiástico llamado a las mismas funciones. En este sentido es claro que el asentamiento de las instituciones judiciales dentro del Estado constitucional se anticipa al de las instituciones políticas.

10. *Estabilidad de las magistraturas judiciales*

Desde las grandes reformas judiciales de 1824 hasta hoy la Judicatura chilena es un modelo de estabilidad en los dos sentidos, tanto en lo que toca a sus ministros como en lo que toca a las instituciones mismas. No es este el lugar para estudiarlo con detalle. Baste recordar algunos ejemplos de permanencia en los oficios judiciales.

Entre ellos pueden citarse los casos de José Vicente Aguirre y Quiroga (1779-1833) con 16 años en la magistratura (1817-33), de los cuales 5 en la Corte Suprema; Mariano Egaña Fabres (1793-1846) con 24 años en la magistratura (1822-46), de los cuales 16 en la fiscalía de la Corte Suprema; Manuel Vásquez de Novoa (1783-1853) magistrado por casi 40 años, desde 1824 hasta 1853, de los cuales 25 en la Corte Suprema, todos los cuales pertenecen a la última generación de letrados formados bajo la monarquía⁵⁴. A ellos siguen sin solución de continuidad figuras tales como Pedro Francisco Lira Argomedo (1801-1869), magistrado por más de 36 años, de los cuales 23 en la fiscalía de la Corte Suprema (1846-69), donde sucedió a Egaña; Manuel Montt Torres (1809-1880) con cerca de 40 años en la magistratura (1838-1880) y casi 30 como titular de la presidencia de la Corte Suprema; José Miguel Barriga Castro (1816-1886), con 44 años de magistratura, desde 1842 hasta 1886, de los cuales 29 en la Corte Suprema; Carlos Risopatrón Escudero (1824-1907), magistrado por 48 años. (1851-99) de los cuales 9 en la Corte Suprema; Alvaro Cova-

⁵⁴Cuadra Gornaz, Guillermo de la. *Abogados Antiguos: 1776-1876*, en BACH 36 (947); González Echenique, Javier, *Los Estudios Jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*. Santiago, 1954; Espinosa Moraga, Hernán: *La Academia de Leyes y Práctica Forense*. Santiago, s/f.

rubias Ortúzar (1828-1899) con 36 años en la magistratura (1863-99), de los cuales 21 en la Corte Suprema y José María Barceló Carvallo (1835-1897), con 35 años en la magistratura, (1865-97), de los cuales 8 en la Corte Suprema. La serie se continúa en el medio siglo comprendida entre 1925 y 1975, con figuras tales como Roberto Peragallo Silva (1872-1919), magistrado por 24 años (1925-49), de los cuales 15 en la Corte Suprema; Gregorio Schepeler Pinochet (1874-1965), con 46 años en la magistratura (1908-54), de los cuales 26 en la Corte Suprema; Humberto Bianchi Valenzuela (1880-1958), magistrado por 44 años (1913-57), de los cuales 13 en la Corte Suprema; Miguel Aylwin Gajardo (1889-1976), con 36 años en la magistratura (1924-60), de los cuales 13 en la Corte Suprema; Rafael Fontecilla Riquelme (1889-1976), con 42 años en la magistratura, de los cuales 15 en la Corte Suprema o Urbano Marín Rojas (1898-1975) con más de 53 años en la magistratura (1922-75), de los cuales casi 30 en la fiscalía de la Corte Suprema.

Estos ejemplos hablan por sí mismo. Muestran que la permanencia de los magistrados judiciales en sus oficios bajo el Estado constitucional, durante los siglos XIX y XX salvo los penosos episodios de 1891 y 1927, nada tiene que envidiar a la alcanzada por la Judicatura chilena en el último tercio del siglo XVIII. Es de notar que esta estabilidad de la magistratura judicial se debe más bien al respeto que ella obtuvo de los gobernantes que a una regulación legal. La provisión de los oficios judiciales se reglamentó tardíamente en el Estado constitucional y no impidió los atentados cometidos por el congreso en 1891 o por el presidente en 1927. Sus inicios datan recién de la ley de 30 de diciembre de 1842 y fue renovada por los DL 501 y 775 de 1925 que establecieron un escalafón judicial y el DFL 3.390 de 1927 que introdujo una calificación anual de los magistrados judiciales, modificado diez años más tarde por la Ley Nº 6.073 de 1937⁵⁵.

11. *Estabilidad de las instituciones judiciales*

No menos elocuente es la solidez de las instituciones judiciales. También ella se asienta primero de hecho y obtiene luego un reconocimiento cada vez más pleno en la regulación legal y constitucional.

⁵⁵Vid. Ravest. José, *Nombramiento de jueces en Chile*. Santiago, 1888; Ballesteros, *cit.* Nº 26 r, 579 ss. Riesco Gálvez, Antonio, *El nombramiento de los jueces y demás funcionarios judiciales.*, Santiago, 1934. Bianchi Astaburuaga, *cit.* Nº 38 esp. 42 ss.

Sobre este punto basta señalar que la Judicatura ha sobrevivido a todas las constituciones escritas, y a todos los regímenes políticos y a todos los gobiernos que unos en pos de otros se han sucedido en Chile desde 1824. Así sobrevivió al régimen de gobierno contemplado en la propia constitución de 1823, que fijó las bases de la actual organización judicial; a las conmociones subsiguientes a su suspensión en 1824; al intento federal de 1826; al ensayo temprano liberal de 1828-30; al propio régimen portaliano (1830-91), con el cual se consolidó el Estado constitucional; al parlamentarismo liberal que le sucedió (1891-1924) y últimamente al presidencialismo de la constitución de 1925 (1925-73).

Esta subsistencia de la Judicatura, sin estrépito ni conmociones, no es ni podría ser inmovilismo. La estabilidad de las instituciones como la salud de un órgano viviente supone una labor de renovación tan continua como impalpable. En el hecho la Judicatura se ha transformado considerablemente. Lo que ocurre es que no lo ha hecho de la misma manera que las instituciones políticas. Así lo advirtió ya en 1890 Ballesteros en sus comentarios a la *Ley orgánica de tribunales* de 1875. Los investigadores —observó— para “la inteligencia de sus disposiciones no podían, al revés de los que estudian los demás Códigos, examinar doctrinas y teorías legales extranjeras que habrían servido de punto de referencia en la elaboración de la nuestra”. La razón de ello es muy simple —añadía— “ya que esta ley (orgánica de tribunales) tiene un carácter especial de originalidad de que las otras carecen”⁵⁶.

En otras palabras, en materia judicial la renovación se ha operado de preferencia por la vía del perfeccionamiento de las antiguas instituciones chilenas, más bien que por la vía de una imitación de modelos extranjeros, a la que demasiado a menudo se ha acudido en materia política. Si por aquel camino la Judicatura ha conseguido una solidez y estabilidad superior a la de las instituciones políticas, es lícito, ver en ella uno de los más genuinos exponentes de esa justamente admirada estabilidad institucional chilena.

12. *Judicatura y legalidad en su enfoque histórico-jurídico*

Pero no puede intentarse un estudio histórico-jurídico de la Judicatura sin considerar su relación con la legalidad. En este punto hay que

⁵⁶*Op. cit.*, (Nº 26) I, VI.

contar con la posibilidad de metamorfosis de la legalidad, es decir, de variaciones en el cometido que en cada época se asigna a la ley. Sólo así podrá averiguarse la actitud y el papel asumidos por la Judicatura ante los distintos modos de entender la legalidad.

Sin entrar en el tema, debe advertirse que no faltan indicios de mudanzas en la misión que se ha asignado a la ley a lo largo de las dos últimas centurias⁵⁷. Naturalmente ellas no se operan de modo súbito ni son tan radicales como para impedir que la forma más reciente de plantear la legalidad contenga en parte a la que le sirve de antecedente, a la vez que se distingue en parte de ella. Las innovaciones de una época parecen apenas algo más que esfuerzos por hacer realidad ideales surgidos en la anterior. Con las salvedades del caso, cabe diferenciar en la trayectoria de la legalidad desde el siglo XVIII hasta hoy cuatro fases sucesivas, con una vigencia aproximada del medio siglo⁵⁸.

⁵⁷Recientemente nos ocupamos del tema en la lección inaugural del curso 1976 de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Metamorfosis de la legalidad, forma y destino de un ideal dieciochesco*.

⁵⁸No sabemos de ningún trabajo dedicado al tema mismo. Valioso material ofrecen especialmente para la fase de la *ley-protección*, Maier, Hans: *Die ältere deutsche Staats und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft)*. Neuwied a. R. Berlin, 1966; García-Gallo, Alfonso, *Cuestiones y problemas de la Historia de la Administración española*, en Actas del II Symposium de Historia de la Administración. Madrid, 1971, 289 ss. Para la fase de la *ley-garantía*: Eyzaguirre, Fisonomía... (Nº 5) esp. 127 ss. esp. El espíritu y la letra; Lira Urquieta, Pedro, *El Código Civil y su época*, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 3ª época, vol. II, 4, (1955) 4 y ss., esp. La omnipotencia de la ley, 12 ss, ahora en *El Código Civil y su época*. Santiago, 1956, 58 ss.; González Echenique, Javier *Notas sobre algunas definiciones legales de ley*, en Estudios en honor de Pedro Lira Urquieta. Santiago, 1970, 59 ss.; García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid, 1972. Para el tránsito de la *ley-garantía* a la *ley-privilegio*, Lucas Verdú, Pablo, *Estado liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, en Acta Salmanticensis, Derecho II, 3. Madrid, 1955, esp. para Inglaterra, del *rule of law* al *welfare State* 188 ss. y para Estados Unidos, del liberalismo al *New Deal*, 29 ss.; Scheuner, Ulrich, *Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit*, en Die öffentliche Verwaltung (1960), 601 ss.; Huber, Ernst Rudolf, *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft* (1962), nueva versión en su *Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee*. Stuttgart, 1965, 249 ss; Bravo Lira, (Nº 41); Novoa Monreal,

En primer término es dable considerar una *ley-protección* de los derechos de los vasallos frente a posibles abusos de los funcionarios o de los poderosos, acordada por un monarca a quien incumbe el gobierno por la gracia de Dios. Esta imagen pertenece al Estado en la época de auge del absolutismo ilustrado, en términos generales, desde los años 60 del siglo XVIII hasta la primera década del siglo XIX. Su mejor exponente está tal vez en las disposiciones encaminadas a constituir una Administración estatal sujeta a la legalidad: ordenanzas, reglamentos y demás legislación orgánica. Debe relacionarse con la tendencia a separar la Judicatura de la Administración. En Chile particularmente corresponde al período comprendido entre la *instrucción de regentes* de 1776 y la substitución definitiva de la Real Audiencia por la Cámara de Apelaciones en 1817.

En segundo término cabe hablar de una *ley-garantía* de la libertad individual frente a la arbitrariedad del poder o los abusos de los poderosos, estatuida con el concurso de un parlamento por gobernantes identificados con los fines permanentes del Estado, en nombre de Dios y de los supremos intereses de la patria. Esta imagen corresponde a la época de establecimiento y consolidación del estado constitucional y con él de la soberanía de la ley parlamentaria, entre los años 20 y 60 del siglo pasado. Su más fiel exponente parece hallarse en las constituciones escritas y en una codificación como la de Bello para el derecho civil castellano. Dentro del esquema constitucional la Judicatura es considerada como un poder, el llamado Poder Judicial y como tal, se intenta someter sus actuaciones al principio de la legalidad. Esta transposición del ideal ilustrado de la legalidad a la actividad jurisdiccional debe relacionarse con la tendencia a establecer una legislación uniforme para toda la población que preside el constitucionalismo y la codificación. A ella está estrechamente ligada la ampliación de la órbita de la judicatura ordinaria en desmedro de las Judicaturas especiales, la supresión de los antiguos recursos extraor-

(Nº 41); Badura, Peter, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*. Tübinga, 1966; Bravo Lira, Bernardino: *Nueva institucionalidad: medio siglo de trayectoria institucional en Chile 1924-1973* en Portada (Santiago) 43 (1973) 24 ss., hay separatum: Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, 1974, aparecida sin revisión ni noticia del autor. Vid. además Esser (Nº 7) y García de Enterría (Nº 6).

dinarios contra las sentencias, las leyes sobre fundamentación de las mismas y sobre regulación de la prueba. En Chile concretamente coincide con el período que va desde el reemplazo definitivo de la Real Audiencia por la Cámara de Apelaciones en 1817 hasta la ley orgánica de tribunales de 1875.

En tercer lugar puede hablarse de una *ley-regulación uniforme* para todos los ciudadanos, sin distinciones de ninguna especie, impuesta soberanamente por una mayoría parlamentaria, en nombre de los ideales dominantes en las oligarquías partidistas. Esta imagen coincide con la época de afirmación del gobierno de partidos a través del parlamento y por consiguiente con el apogeo de la ley parlamentaria. Es decir pertenece al período que abarca en líneas generales desde los años 70 del siglo pasado hasta los años 20 del actual. Sus más claros exponentes han de buscarse en leyes como las que establecieron un matrimonio civil, un registro de estado civil, una enseñanza primaria y un servicio militar obligatorios. Hay que relacionarlo con la consolidación del estatuto básico de la Judicatura, la codificación del derecho procesal y la introducción del recurso de casación. En Chile abarca desde la ley de tribunales de 1875 hasta el establecimiento definitivo de los tribunales del trabajo en 1931.

Finalmente, cabe considerar una *ley-privilegio* para sectores o actividades diferenciados dentro de la sociedad o para determinadas personas naturales o jurídicas, concedida a estos grupos o entidades de ordinario en nombre de un compromiso entre sus intereses y los de la colectividad entera, por gobernantes que obran o bien con sanción parlamentaria o bien en uso de poderes atribuidos en teoría a un parlamento, pero asumidos en la práctica por ellos, por sí o por delegación. Esta imagen pertenece a la época de configuración de una especie de estado de servicios o intervencionista, con una proliferación paralela de instituciones parastatales y formas de asociación, que se abre en Chile al promediar los años 20. Coincide, pues, con el ocaso del parlamento y, por consiguiente, del gobierno de partidos y de la ley parlamentaria, desplazada en gran parte por otras formas de legislación, como decretos-leyes o con fuerza de ley. Su expresión más notoria parece estar en el surgimiento de una legislación diferenciada que se superpone a la uniformidad de los códigos y de la constitución política, en el campo laboral, previsional, económico, de abasto, vivienda, pequeña minería, comercio o industria, así como en

leyes de gracia y estatutos orgánicos. En el terreno judicial ha de relacionarse con una reaparición de judicaturas especiales según las personas y las materias y con el auge de la *queja*, desde el establecimiento de los tribunales del trabajo en 1931.

La Judicatura chilena en los dos últimos siglos tiene, pues, su historia, con alternativas incluso apasionantes. Por desgracia, no ha tenido hasta ahora historiadores.

A B R E V I A T U R A S

AUCH: *Anales de la Universidad de Chile*, vol. I, correspondiente a 1843-44, Santiago 1846 (publicación en curso); BACH: *Boletín de la Academia chilena de la Historia*, Nº 1, Santiago, 1933 (publicación en curso); BL *Boletín de las Leyes y de las órdenes y decretos del Gobierno*, Libro I, vol. I Santiago 12 de febrero de 1823 al Libro LXII, Santiago, 1893. Reimpreso Libro I al V, Santiago, 1839; Libro VI y VII, Santiago 1841; Libro VIII, Santiago, 1838. 2ª reimpresión: Libros I al IV, Valparaíso, 1865; Libros V al XI, Valparaíso, 1846; Libros XII a XIV, Valparaíso, 1848; Libros XV y XVI, Valparaíso, 1949; Libro XVII al XIX, Valparaíso 1852; Min. Int. Archivo Nacional. Archivo del Ministerio del Interior; RDJ: *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, vol. 48 y ss., Santiago, 1951, publicación en curso.