

EL ESTADO EN LA CONSTITUCION DE 1833*

(La libertad dentro del orden)

EDUARDO SOTO KLOSS
Profesor de Derecho Administrativo

S U M A R I O

Introducción. 1. La forma de Estado. 2. Forma de gobierno. 3. El "resorte principal" de la máquina. 4. El Congreso Nacional y su papel. 5. Los Tribunales de Justicia ¿una cenicienta?

I N T R O D U C C I Ó N

Al hablar del "Estado" en la Constitución de 1833 puede entenderse de variado modo nuestro tema, por ejemplo, una teoría del Estado bajo toda su vigencia: empresa ciertamente muy ardua, y que excede con mucho la intención de estas conferencias; v.gr. el funcionamiento mismo de la maquinaria del Estado en el período 1833-1925: ello requeriría demasiado tiempo dada su amplitud para exponer siquiera sus líneas centrales; o bien las instituciones estatales en su actuar durante dicho tiempo, su evolución, su papel en nuestra historia, su permanencia e influencia sobre las nuestras vigentes, etc.: ello excede nuestra preparación y competencia, pues que no soy historiador (aunque me declaro amante, y muy fiel, de Clío); en fin, el Estado entendido como Administración, sea en su aspecto estático o en su aspecto dinámico: esto sí que es tema nuestro, pues que ello no sólo recae dentro de la disciplina científica que profesamos, sino que le hemos dedicado varios años de estudio e incluso publicaciones. Con todo, tampoco podré decir algo de ello, por la escasez del tiempo que disponemos.

Tema hoy, aquí, será para nosotros mostrar el esqueleto, la estruc-

*Conferencia pronunciada el 21/6/1983 en el ciclo "La Constitución de 1833 y su época", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Instituto de Chile; se han agregado notas.

tura estatal, según fue concebida por los constituyentes de 1833, obra que por sí sola merece éste homenaje que debemos rendirles en este sesquicentenario que conmemoramos y nos congrega esta tarde para celebrar. Estructura básica que mantuvo vigencia —sin perjuicio de reformas— no sólo hasta 1925 sino, diría, hasta 1973 e incluso hoy, 1983, en gran medida.

* * *

Al iniciar esta exposición valga recordar que nuestro país fue, sin lugar a duda alguna, el primer Estado desprendido de la Corona hispana que logró formar, y hacer funcionar, de modo estable y permanente, un régimen de gobierno de tipo constitucional, basado en el esquema Jefe del Estado/Presidente de la República-Parlamento/Congreso Nacional¹.

Problema capital del Estado constitucional, y talón de Aquiles del constitucionalismo moderno, esta dualidad de poderes u órganos de poder estatal suelen ser difícilmente amalgamables, y aún en nuestra época siguen los tanteos en búsqueda de esa conjunción que permita un gobierno estable y eficaz, un parlamento estable en su función y eficaz en su labor normativa y de fiscalización de aquél.

Curiosamente, la Constitución de 1833 vino a recoger adecuadamente los mecanismos que permitían esa dualidad y ese equilibrio referidos, pero valga señalar de inmediato que no fue su texto el que precedió la práctica dirigiéndola o encauzándola, sino que dicho texto recoge ya una realidad: recoge la realidad de un gobierno —obra de Portales— capaz de sobreponerse a las luchas partidistas, y, estar sobre banderías, asumiendo en plenitud su función de dar unidad a la sociedad nacional.

Para ello, el respeto a las leyes aparece como preponderante, leyes que se imponen tanto a los gobernantes como a los gobernados, y que implicará una de las bases más gloriosas de la Constitución de 1833, al sujetar al mismo poder estatal a la Constitución y a las leyes; Derecho que se impone por igual a toda la población, sin distinción de ninguna especie: esa "igualdad ante la ley", que en su aplicación

¹Véase en este sentido el lúcido análisis que hace B. Bravo Lira en *Portales y la consolidación del Estado constitucional en Chile*, en *Revista Universitaria* (Santiago de Chile) 2 (1972) 120 ss.

práctica llevará al constituyente a decir que "en Chile no hay clase privilegiada" (art. 12 N^o 1)².

Ley o Derecho que otorgaba al gobernante en caso de circunstancias extraordinarias la posibilidad de suspender la vigencia de la Constitución —cuando se declara el estado de sitio en algún punto de la República— como modo de salvar la República misma, pero sin que esto significara que el gobernante pudiera juzgar o sancionar a terceros³.

Imperio del Derecho, respeto irrestricto a las leyes, y sanciones prontas y eficaces a los infractores, hicieron posible que el constituyente recogiera y afirmara constitucionalmente esas ideas dándoles la base jurídica para su institucionalización, esto es, para su permanencia y perdurabilidad⁴.

Nada de ello hubiera sido posible —debe señalarse— si quienes son constituidos como servidores públicos carecieran de idoneidad; de allí la preocupación tan sostenida porque fueran escogidos los más pro-

²Esa primacía del Derecho y la legalidad del actuar de los órganos estatales republicanos se conecta con toda la tradición hispánica: vid. para una aproximación elemental al tema nuestros *Apuntes para la historia de la administración indiana en Chile* en Anuario de derecho administrativo (Santiago de Chile) I (1975/76) 105-132 (con bibliografía).

³Elo sería reformado en 1874 (ley de reforma constitucional de 24/10/1874), en que la disposición del art. 161 —que permitía la suspensión de la Constitución en las condiciones allí apuntadas (en el territorio comprendido por la declaración en estado de sitio de algún punto de la República)— fue sustituida, eliminándose dicha suspensión "del imperio de la Constitución".

⁴Es la idea básica del ideario portaliano; sobre ello la literatura es abundante: fuera del clásico *Portales* (2 vol. (2^a ed.) Nascimento. 1964) y los vol. 9 y 10 de su *Historia de Chile* (Ed. Nascimento), de F. A. Encina, y de la lúcida *Fisonomía histórica de Chile* (rec. Méjico. 1948, e.pcc. caps. 8 y 9, 108-148) de J. Eyzaguirre, puede ser muy útil leer los diversos trabajos acerca de Portales y de su pensamiento que contiene el *Epistolario de don Diego Portales. 1821-1837* (recop. E. de la Cruz/edit. G. Feijú Cruz. Impr. Prisiones. Santiago. 1937, 3 volúmenes), que incluye en diversa perspectiva monografías de Sotomayor Valdés, Encina, Vicuña Mackenna (vol. 1), Concha y Toro, Isidoro Errázuriz y Alberto Edwards (vol. 2), y Walker Martínez Melfi, Santa María, Federico Errázuriz, Carrasco Albano, etc. (vol. 3). Entre sus cartas algunas son ya clásicas: véase la de 16/7/32 al ministro Tocornal (en *Epistolario* cit. n. 226-230), la de 26/6/1833 al ministro de Guerra, Ramón de la Cavareda (*Epistolario* cit. n. 409-412), o la de 6/12/1834 a su amigo Antonio Garkias (*Epistolario* cit. III 378 s.).

bos y rectos, y porque la actuación funcionaria estuviere revestida de seriedad, y corrección. Una serie de mecanismos de control y disposiciones adecuadas lograron hacer realidad un servicio del Estado que sería honra y gloria durante el siglo XIX y comienzos del XX.

Están allí sentadas las bases de la burocracia del mérito, que permitió una administración técnica, ajena a los avatares políticos contingentes, y permanente, que permitiera la marcha del Estado, sin sobresaltos, y aún con continuidad⁵.

Entremos, ahora, en materia.

1. *La forma de Estado*

Como forma de Estado se adopta, y se reafirma, la "unitaria" y ello se expresa a la manera de la época, sintiéndose ya la influencia francesa: "La República de Chile es una e indivisible" (art. 39).

Pudiera parecer un tanto extraña esta formulación, pero ella tiene su explicación, si se considera que aún en 1831 flotaban en el ambiente las ideas federalistas, e incluso la Constitución de 1828 consagraba disposiciones que permitan, en cuanto al gobierno y administración de las provincias, cierta autonomía a éstas, sobre la base de las "asambleas provinciales", elegidas directamente por el pueblo, y las cuales nombraban a los Senadores, e incluso proponían en terna al Poder Ejecutivo el nombramiento de los intendentes y jueces letrados de primera instancia (art. 114 N^o 3).

⁵Vid. v.gr., entre otras, ley de 15/2/1837, que determina el régimen de ingreso en los cargos de los departamentos ministeriales; por Decreto de 4/7/1838 se fijarán las normas que han de observarse en el despacho de los negocios ministeriales; en 1853 (ley de 9 de agosto) se establecerá la dotación de los ministerios. Valga recordar en este punto lo que Portales refería en El Mercurio (Valparaíso), 17/1/1832 "no hay ley buena si se descuidan los encargados de hacerla cumplir", "son los buenos encargados quienes hacen buenas las leyes, pues vemos que con las mismas se administran bien y mal la justicia". Es la idea de "servicio al Estado", en la cual los hombres que gobiernen y administren "sean modelos de virtud y patriotismo" a fin de "engendrezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes" (carta fechada en Lima, en marzo de 1822, en *Epistolario* cit. I 177).

Respecto de la continuidad y permanencia de los servidores públicos durante la república pelucona y liberal (s. XIX) vid. J. Heise, *El período parlamentario* (2 vol.). Ed. Andrés Bello. Santiago, I (1974) 300-319.

La centralización del régimen de gobierno y de administración que plantea la Constitución de 1833 hace necesaria esta reafirmación, que se trasluce en el propio texto, y de modo muy claro, si se tiene presente que el núcleo central sobre el cual es montado el régimen es el Presidente de la República, con innumerables atribuciones y cuyo poder le permite hacerlo sentir de un extremo al otro del país, dándole unidad y vertebrándolo bajo un mismo sentir⁶.

La idea de indivisible es un tanto reiterativa de un lenguaje utilizado en la Constitución de 1823 (Tít. I art. 1º), pero también se explica por ese afán de proscribir los regionalismos separatistas y evitar todo intento de frondas regionales, reafirmando la idea de unidad bajo una sola cabeza o autoridad, tal el Presidente de la República, verdadero César republicano que imaginara el genio de Portales⁷.

2. Forma de Gobierno

Respecto a la forma de gobierno, la Constitución de 1833 lo describe como "popular representativo" (art. 2º); "popular", esto es democrático, en cuanto los ciudadanos se encuentran en una posición igualitaria (al menos en Derecho) respecto del ejercicio de las funciones políticas, y de los derechos fundamentales⁸, y "representativo", en cuanto la soberanía va a ser ejercida no de manera directa sino por intermedio de representantes.

Y en este aspecto hay una innovación muy notable en la Constitu-

⁶No se olvide que debían estar muy frescos aún los intentos federalistas; véase sobre el punto, entre otros, F. Campos, *Historia constitucional de Chile* (5ª ed.). Ed. Jurídica de Chile. 1977, 141-143; L. Galdames, *La evolución constitucional de Chile 1810-1925*. Balcells. Santiago, vol. I (único aparecido/ 1925) 659-738, 833 s., también 943-946; M. Concha y Toro, *Chile durante los años 1824 a 1828*, en *Historia Jeneral de la República de Chile* (1810-1831) bajo la dirección de B. Mackenna (5 vol.). Jover editor, vol. 5 (1882) 199-511, esp. cap. v (307-339) y ix (415-424).

⁷O "monarca", si se estima que se vio en la idea una autoridad unificadora y permanente, que diera estabilidad a un régimen de gobierno, al modo del monarca que rigiera los destinos de este reino de Chile hasta 1810.

⁸"en Chile no hay clase privilegiada", y se asegura por la Constitución " a todos los habitantes de la República la igualdad ante la ley", artículo 12 Nº 1.

ción de 1833: en efecto, sobre la base del principio que acoge su art. 49, en cuya virtud se preceptúa que "la soberanía reside esencialmente en la Nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece esta Constitución", los constituyentes afirmaron esta idea reforzándola con dos mecanismos de primordial importancia —y aún en vigor, puesto que las recogió tanto la de 1925 como la de 1980.

El primero de ellos refuerza el principio según el cual el ejercicio de esa soberanía delegada corresponde "a las autoridades que la Constitución establece", y sólo a ellas, reprimiendo la "sedición". Esta verdadera plaga americana de la época que era el caudillismo, y que nuestra patria vio aflorar ya desde Carrera y hasta incluso en el gobierno de Montt Torres, es repudiada de manera firme y rotunda en la propia Constitución, al disponerse que "ninguna persona o reunión de personas pueden tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos ni hacer peticiones en su nombre" (art. 159); el que así hiciere comete "sedición".

El segundo —lejos el de mayor importancia práctica para el ejercicio de las atribuciones conferidas a los titulares de los poderes públicos— es un principio fundamental en materia de derecho público y en países sujetos a un sistema constitucional. Lo he llamado hace años, "la regla de oro" del derecho público chileno, fundamento primordial de la juridicidad del ser y del obrar de los órganos estatales, que pasará a la Constitución Política de 1925 como art. 4 y llegará perfeccionado a la de 1980 como art. 7.

Valga recordar el texto del art. 160 —tal es su número en la Constitución de 1833:

" Ninguna majistratura, ninguna persona, ni reunión de personas
" puede atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias estraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les ha
" ya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

Este artículo, a mi conocimiento, no aparece en texto alguno constitucional precedente, como tampoco aparece en la Constitución de Cádiz, de 1812, que sirviera de inspiración a Mora al momento de elaborar el proyecto de la que sería con posterioridad Constitución Política de 1828.

"Está aún por estudiarse la influencia que ejerció la Constitución de 1812, llamada "de Cádiz", y que marcó la nuestra de 1828, de la cual la de

Incierto es su origen¹⁰, aunque puede presumirse su finalidad: ésta pudiera ser el poner coto —al igual que el art. 159 precedente ya aludido hace un instante, destinado a reprimir el caudillismo— a una peligrosa situación de conflicto entre autoridades (entre parlamento y ejecutivo, entre ejecutivo y judicial, y al interior del mismo poder ejecutivo entre funcionarios ya del orden político, ya del orden puramente administrativo), conflictos que parecen haber sido frecuentes, como asimismo evitar los excesos administrativos de funcionarios que actuaban según su parecer, o arbitrio, y de manera discrecional, incluso comprometiendo fondos públicos. De allí que de acuerdo a esta disposición (art. 160 cº 1833) se dispone que ninguna magistratura, esto es autoridad, esto es agente público dotado de atribuciones de poder público, tiene “otra autoridad o derecho” (potestad, diríamos hoy) “que los que expresamente se les haya conferido por las leyes”. Quien actúe diversamente a esta disposición acarrea la nulidad del acto, por no haberse adecuado a la Constitución.

Es la llamada “nulidad de derecho público”, no siempre bien perfilada en nuestra doctrina ni bien aplicada por nuestros tribunales¹¹.

1833 es su reforma. Aún hoy —1983— ciertas disposiciones de la citada de 1812, volcadas en las nuestras de 1828 y 1833, nos rigen: vid. v.gr. sus arts. 170, 171 Nº 1, 225, 242, 243, 247, etc. Puede ser útil al respecto la lectura del *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, de A. de Argüelles. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1981 (estudio preliminar de Sánchez Agesta), donde se destaca el entronque de este texto constitucional con las mejores tradiciones de justicia, libertad y buen gobierno de la España clásica (vid. espec. 67-77), y que están en la base también del pensamiento portaliano.

¹⁰Digo incierto en cuanto al origen remoto, esto es, que no tendría antecedente en el derecho comparado, salvo muy tangencial si se consideran los arts. 18 y 19 de la Constitución francesa de 22/8/1795. Su origen próximo se encuentra en el art. 17 del llamado “Voto particular de Mariano Egaña”, presentado el 12/5/1832 a la Comisión designada por la Convención de reforma de la Constitución de 1828, para que formulase un proyecto de Constitución.

¹¹Valga señalar últimamente un fallo en que se precisan algunos perfiles de esta nulidad de derecho público, *Martínez y Morel* (C. Apel. de Antofagasta 25/1/1980, en *Gaceta Jurídica* 32 (1980) 46-49). Debe recordarse, asimismo, a este respecto, cuanto el Contralor General de la República H. Mewes decía en dictamen Nº 22.042, de 10/7/1950 (que reproducimos en nuestro *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República*, en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional*. Universidad de Chile. Santiago. 1977, 174 nota 30).

Este principio fundamental de nuestro Derecho Público chileno está en la base del régimen de Derecho sobre el cual se ha asentado el edificio de la juridicidad del actuar del Estado como persona jurídica, y de todos sus órganos, principio que curiosamente sólo se ha hecho realidad en regímenes europeos muchas décadas después e incluso sólo después de la segunda guerra mundial.

Chile lo tuvo desde 1833, y está en la base misma de esa legalidad que soñaba Portales, y del imperio del Derecho que trataba de establecer y hacerlo vida de esa "república en forma".

3. El "resorte principal" de la máquina estatal

El eje de la máquina, médula del sistema republicano, es, sin duda, la figura del *Presidente de la República* —"césar imperator", según los detractores liberales de postrimerías del siglo¹²— a quien se ha dotado de poderosas atribuciones de gobierno y de administración, jefe supremo de la Nación (art. 59).

Nombrado, por electores elegidos en votación directa, para un período de 5 años, podía ser reelegido por otros 5 años (art. 61), siste-

¹²Vid. v.gr. F. Errázuriz Zañartu, *Chile bajo la Constitución de 1828* (puede verse en V. Mackenna, *Historia Jeneral* cit. (nota 6) vol. 5, 511-772); en la misma perspectiva de la abominación del gobierno fuerte y de Portales, se encuentra J. V. Lastarria, *Don Diego Portales, juicio histórico*. Impr. El Correo. Santiago, 1861; los liberales utilizan este ataque como arma política en contra de M. Montt y su actividad de gobernante; se uniría a ello también el mismo D. Barros Arana, con su odio al ilustre estadista (vid. el *Cuadro histórico de la administración Montt, escrito según sus propios documentos*. Impr. El Mercurio. Valparaíso. 1861), en contra de quien alzaría la figura de Bulnes (vid. su *Un decenio de la historia de Chile. 1841-1851*. (2 vol.) Impr. Universitaria, Santiago, 1905/1906). Véase también, el análisis de F. A. Encina, *Historia de Chile* (ed. Ercilla. 1984) v. 26, 217-221, párrafo 7 del cap. LXII "La historia del servicio de la política". El mismo Huneeus (*La Constitución ante el Congreso* (2 vol.) 2ª ed. Impr. Cervantes. Santiago, 1891, II 155-162) al comentar el art. 83 y los arts. 2º y 3º hace notar —en su perspectiva liberal— lo que él denomina los resabios monárquicos de la Constitución de 1833, de monarquía constitucional eso sí.

Recogerá estas mismas ideas L. Galdames, en su *Evolución* cit. al analizar el llamado "voto particular" de M. Egaña, y sus ideas, que él denomina "monárquicas" (886-899), ideas que, en definitiva, serán plasmadas en no pocos artículos de la propia Constitución de 1833.

ma que operó hasta la reforma de agosto de 1871, en que se prohibió la reelección indicada¹³.

"Su autoridad se estiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior i la seguridad exterior de la República guardando i haciendo guardar la Constitución i las leyes" (art. 81), disposición ésta que arranca del art. 170 de la Constitución de Cádiz (adoptada por la CP 1828) y referida al rey.

Sabio ha sido el constituyente, pues si bien confiere al Presidente de la República la suma de las potestades públicas de gobierno y de administración, para la finalidad referida, su ejercicio no está entregado a su libre arbitrio sino que ha de adecuarse a la Constitución y a las leyes: se advierte la sujeción a Derecho del cometido gubernativo encargado al supremo jerarca de la Nación, que vemos se impone a todo órgano del Estado, a toda "magistratura", según la expresión usada por el art. 160.

Y valga agregar que puesto que Chile ha sido concebido como "República" (art. 3), todos sus órganos son responsables por sus actuaciones en el ejercicio de la función pública realizada, así también el Presidente (art. 83), quien podía ser acusado por el Congreso (art. 93-100)¹⁴.

Debe advertirse —para precisar— que la Constitución del 33 sanciona en principio la irresponsabilidad del Presidente *durante* su gobierno, pudiendo operar esta acusación —por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad del Estado, o infringido abiertamente la Constitución— sólo después de terminado su periodo y en el año inmediato posterior, y por actos de su administración, o sea en el ejercicio de su función. Ello es una muestra más del cuidado

¹³Esta primera reforma adoptada, de fecha 8/8/1871, es ya el primer embate contra la visión presidencial de la Constitución de 1833, en su perspectiva originaria, por parte de los liberales, quienes muy luego le darían una interpretación parlamentaria.

¹⁴Recuérdese en este aspecto un conocido dictamen de Fiscal del Tribunal de Cuentas, don Valentín Letelier, de 28/9/1892, donde desarrolla esta idea: "... en Chile, bajo el régimen republicano que impera, no hay funcionarios irresponsables. Desde el inspector de distrito hasta el Magistrado Supremo, todos son responsables de sus actos. Puede suceder que para hacer efectiva la responsabilidad haya más o menos trámites, pero ninguno goza de privilegio monárquico o antirrepublicano de la irresponsabilidad" (*Dictámenes*, Impr. La Ilustración. Santiago. 1924, 35).

de la Constitución para evitar debilitar su autoridad y asegurar su permanencia en el cargo y en la conducción de su obra¹⁵. Ciertamente, sí, que esta irresponsabilidad durante el período de su mandato presidencial está compensada por la plena responsabilidad de sus Ministros del despacho, quienes son personalmente responsables “de los actos que firmaren, y solidariamente de los que acordaren o suscribieren con otros Ministros” (art. 87).

Y no se olvide que “todas las órdenes del Presidente deberán firmarse por el Ministro del departamento respectivo, y no serán obedecidas sin este esencial requisito” (art. 86), texto que ya viene de la época de O’Higgins¹⁶.

Pero no sólo se le ha conferido el gobierno y administración del Estado sino también la Constitución lo ha revestido de la calidad de colegislador, junto al Congreso Nacional, en cuanto “concorre” a la formación de las leyes: ya en su iniciativa, ya en la discusión misma de su elaboración a través de los Ministros del despacho, ya por medio del veto presidencial, sancionándolas y promulgándolas (art. 82 N° 1); sin perjuicio que puede el Presidente, como participe en la función legislativa que le compete al Estado, prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso (art. 82 N° 4), e incluso convocarlo a sesiones extraordinarias con el acuerdo del Consejo de Estado (id. N° 5).

Ya en sus funciones de Supremo jerarca de la Nación (art. 59), su actividad se extiende a todos los ramos gubernativos, interior, justicia, guerra, hacienda, además de lo referente a las relaciones con los poderes externos, a saber exteriores (otros Estados) y eclesiásticos (Iglesia)¹⁷. A fin de evitar su responsabilidad —y elevarlo a represen-

¹⁵Las causales de acusación son, como se advierte, extremadamente genérica y de muy difícil objetividad. Se comprende así la dificultad de su ejercicio (véase el comentario al art. 83 referido, que hace Huneeus *ob. cit.* 155-162).

¹⁶Constitución de 1818, título IV “Del poder ejecutivo”, capítulo II “Límites del poder ejecutivo”, art. 6°.

Valga recordar a este respecto las iras de Portales a propósito de la infracción cometida al art. 86 —a escasos días de jurada la Constitución de 1833— con ocasión del nombramiento ilegal de un funcionario por el Presidente de la República: vid. su carta al Ministro de Guerra, Cavareda, citada en nota 4 precedente.

¹⁷La primera ley de ministerios, de 1/2/1837 preveía los de Interior (Relaciones Exteriores y Policía), Justicia (Culto e Instrucción), Hacienda (Economía, Minería y Agricultura), y Guerra (Marina).

tante de los intereses permanentes de la Nación, y garante del régimen constitucional— los constituyentes mantuvieron el mecanismo de la necesaria responsabilidad ante el Congreso de los Ministros del despacho, que si bien son de la libre designación y remoción del Presidente de la República, son los que refrendan las decisiones escritas formales de éste, sin cuya refrendación carecen de todo valor jurídico (art. 86).

Siguiendo una tradición que se remonta al período clásico de la monarquía hispana, con una Administración sinodial, a través de Consejos, la Constitución de 1833 introduce la institución del Consejo de Estado, que, presidido por el Presidente de la República y compuesto al menos hasta la reforma de 1874¹⁸, por ministros del despacho, miembros de la Corte Suprema, y altos funcionarios o ex funcionarios (de Hacienda, Ejército o Armada, Diplomáticos, Intendentes, etc.), y de una dignidad eclesiástica, tiene por misión asesorar al Presidente, dándole un respaldo institucional autorizado y permanente. Este Consejo de Estado daba sus pareceres sin que significasen vinculación para el Presidente, pero ello no excluía que en ocasiones éste debía necesariamente consultarlo.

Colaboraba con el Presidente, también, en cuanto proponía a éste el nombramiento de jueces y eclesiásticos que la Constitución determinaba, y daba asimismo —dentro de la tradición de la época¹⁹— el pase o autorización para perseguir criminalmente a intendentes y gobernadores por actos de su función (sin perjuicio de la acusación que contra intendentes competía a los diputados): art. 104.

Asimismo —y tal vez en una mixtura poco ortodoxa— se le atribu-

¹⁸A partir de la reforma del 24/10/1874, su composición sería mayoritariamente parlamentaria (3 elegidos por el Senado y 3 por la Cámara de Diputados), y más que un cuerpo asesor del Presidente de la República sería un fiscalizador más, el más cercano a su actividad gubernativa.

¹⁹Art. 75 de la Constitución francesa del año VIII (1799), que pervivió con valor legal hasta 1870, en que fue derogado por decreto de 19 de septiembre, y que curiosamente siguió rigiendo por la vía jurisprudencial al darle vida el Tribunal de Conflictos a partir del caso Pelletier (30/7/1873). Vid. al respecto v.g. A. Batbič, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (7 vol.) Cotillon, Paris, vol. 3 (1862) 337-361; Vedel, *Droit administratif* (8^e éd.) Puf. Paris 1982, 119 s. y 452-457; véase el cáustico comentario de A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*. Gallimard. Paris. 1964, 126 (lo hemos transcrito en nuestro *La responsabilidad pública*, en esta Revista, N^o 27, (1980) 151 nota 28).

yen potestades jurisdiccionales a este Consejo de Estado, vgr. en materia del contencioso administrativo contractual (suprimido por reforma de 1874), y en materia del contencioso de patronato y protección (materias eclesiásticas). Por último, hacía las veces, este Consejo de Estado, de tribunal de conflictos en materia de resolución de contiendas de competencia entre autoridades administrativas, y entre éstas y las autoridades judiciales, sentencias que se publicaban en el Diario Oficial (art. 104 N.os 5 y 79)²⁰.

Contrastando con la Constitución de 1828, y sus resabios federalistas, la del 33 hace del gobierno y administración interior del Estado²¹, un mecanismo enteramente en manos y manejado por el Presidente de la República.

En efecto, "el gobierno superior de cada Provincia, en todos los ramos de la administración, residirá en un Intendente, quien lo ejercerá con arreglo a las leyes i las órdenes e instrucciones del Presidente de la República, de quien es ajente natural e inmediato" (art. 116 frase primera).

Agente natural e inmediato del Presidente, el Intendente es el propio Presidente de la República en la provincia, "ojos y oídos suyos" usando una expresión clásica, pero sobre todo, "brazo ejecutor" de sus órdenes e instrucciones. Es la idea básica de unificar gobierno y administración, bajo un mando único, y evitar regionalismos, separatismos o caudillismos regionales impidiendo ese brotar de anarquía que en otros países de América azotarán cruelmente durante el siglo XIX e incluso el XX.

Por último, esa unificación se dará también a nivel local; de las Municipalidades (que existirán en todas las capitales de Departamento: art. 122), compuestas de regidores elegidos en votación directa, será su jefe superior el gobernador (gobernador que tiene a su cargo el gobierno del departamento, y está subordinado al Intendente) y será quien la presida (art. 127). Es más: "ningún acuerdo o resolución de la municipalidad que no sea observancia de las reglas estable-

²⁰Pueden verse en Ballesteros, *La lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile* (2 vol.) Impr. Nacional. Santiago. 1890, 1 27-42, diversas sentencias del Consejo de Estado en tanto jurisdicción resolutoria de contiendas de competencia.

²¹Provincias, departamentos, subdelegaciones y distritos, organización prácticamente vigente hasta 1974, cuando se crea la división regional.

cidas, podrá llevarse a efecto, sin ponerse en noticia del Gobernador, o subdelegado en su caso, quien podrá suspender su ejecución, si encontrare que ella perjudica al orden público" (art. 129).

4. *El Congreso Nacional y su papel*

Si pudo funcionar la maquinaria del Estado al menos durante unos 40 a 50 años, de modo más o menos eficiente y permitir la organización de la República como un mecanismo estable, ordenado, e institucionalizado, con respeto a la legalidad, es que también el eje de la máquina extendía no sólo su influencia sino también su dirección en lo que se refería a la composición del Congreso.

Como muy bien se ha dicho²², uno de los problemas más arduos, si no el más, en el Estado constitucional, es el lograr un adecuado equilibrio en la relación Presidente-Congreso, es decir la armonía de un gobierno eficaz con un parlamento encargado de regular la gestión del poder estatal; y tanto más que bajo la Constitución de 1833, el Presidente de la República y toda la administración están sujetos a Derecho, subordinados a la Constitución y a las leyes, es decir a los actos jurídicos del Congreso expresados bajo la forma de ley. Y aún más, ya que la Constitución confiere al Congreso la atribución de fiscalizar la acción del gobierno a través de tres mecanismos de sin igual importancia, a saber: 1) hacer efectiva la responsabilidad de los ministros del despacho (e incluso los Consejeros de Estado), art. 38 N° 2; 2) fiscalizar la inversión de los fondos destinados a gastos de la Administración Pública, aprobándola o reprobándola (art. 36 N° 1), y 3) aprobar anualmente (las famosas "leyes periódicas") los gastos de la administración pública, y las fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse en pie. A ello habría de agregarse que sólo la ley, esto es el legislador, el Congreso, pueden crear o suprimir empleos públicos, determinar o modificar sus atribuciones, aumentar o disminuir sus dotaciones (art. 37 N° 10).

Pues bien, la calidad de parlamentario y ministro del despacho no son incompatibles, como tampoco lo es la de parlamentario y funcionario público de designación presidencial (salvo intendentes o gobernadores). Pero hay más: el sistema electoral mismo hacía del Presi-

²²Bravo Lira, *Portales y la consolidación* cit. (en separatum, 2).

dente de la República —a través de Intendentes y Gobernadores— un gran elector, sin cuya anuencia —se ha dicho— “nadie puede obtener un asiento en el Congreso”²³. Ciertamente, ello no está en el texto de la Constitución, pero de hecho funcionará el sistema así, tanto más que con la ley de elecciones se dará a los municipios la atribución de calificar quiénes podrán votar o no, es decir, de tener la calidad de ciudadano elector²⁴.

En suma, en el Estado bajo la CP 1833 se nos aparece:

1. una figura central, el *Presidente de la República*, —eje de la máquina estatal, jefe supremo de la Nación, jerarca máximo de la Administración, que extiende su acción a todo el territorio nacional por medio de sus agentes naturales y directos, Intendentes y Gobernadores, y su autoridad se extiende a todos los ramos de la actividad del Estado (Gobierno, Hacienda, Guerra, Relaciones Exteriores, Educación, Culto, Industria, etc.), y quien posee, además, la atribución de designar (sea directamente, sea por cooptación) a todos los altos empleados de la Administración Pública, de la magistratura judicial, y prelados de la Iglesia. Y posee, asimismo, en virtud de la Constitución, facultades de colegislador, participando activamente en la formación de las leyes —a las cuales quedará sujeto en su función de gobierno y administración. Asesorado, —al menos hasta 1874— por un Consejo de Estado, institución de autoridad, que dará consejo y colaboración en la gestión presidencial.

2. Esta “suma potestas” presidencial —pero subordinada en todo a la Constitución y a las leyes, y que no tiene más atribuciones que las que ellas le han expresamente conferido— se encuentra debidamente equilibrada por otra institución, insustituible dentro del régimen institucional, el *Congreso Nacional*, con poderes jurídicos propios y con cuyo ejercicio necesita el Presidente de la República contar, porque sin él no podría actuar; no sólo la ley con que el Congreso provee la actuación presidencial, sino también con la aprobación de determinados actos de éste sin los cuales su actuación será nula (art. 160): y, entre éstas, se encuentra nada menos que la aprobación de la cuenta de inversión de los gastos públicos, la autorización para el uso de

²³Bravo Lira *cit.* 8; Silva Vargas, *Historia de Chile* (varios autores vol.). Edit. Universitaria. Santiago de Chile, vol. 3 (1976) 546.

²⁴Art. 14 de la ley de elecciones de 2/12/1833.

facultades extraordinarias y la aprobación para declarar la guerra. Y sin perjuicio que el Congreso fiscaliza la actuación gubernativa/administrativa pidiendo acusar y destituir a los ministros del despacho en caso que éstos —responsables ante el Congreso— hubieren cometido actuaciones contrarias a Derecho (art. 92).

5. *Los tribunales de justicia ¿uná cenicienta?*

Junto a estos dos pivotes centrales de Estado decimonónico aparece en un papel bien disminuido el tercer personaje de esta historia, los *Tribunales de Justicia*. Y es comprensible: sólo en el siglo xx y bien entrado, viene a valorarse debidamente su función, como piedra angular de un régimen constitucional de Derecho. ahora que la Administración ha venido a ser omnipotente y la labor de los Parlamentos ha sido bien inadecuada para lograr un desarrollo armónico y progresivo de los pueblos^{24bis}.

En el siglo xix los Tribunales de Justicia logran adquirir estabilidad, respeto y, en general, independencia, a lo que se sumará la versación de muchos de sus integrantes, en especial de quienes integrarán la Corte Suprema; los juristas más relevantes prestigiarán sus estrados²⁵ y su independencia de criterio hará que muchas veces tengan que enfrentar decisiones gubernativas, e incluso en no pocas ocasiones —avance notable para la época— condenar al mismo Estado por los daños que su actividad de administración provocaba a terceros.

De acuerdo a la 3ª Disposición transitoria de la Constitución de 1833 "interin no se dicte la lei de organización de tribunales i juzgados, subsistirá el actual orden de administración de justicia". Ese orden era el estatuido por la Constitución de 1823, título xii, referente al "Poder Judicial", con una "Suprema Corte de Justicia" a la cabeza, una Corte de Apelaciones (luego se irían agregando otras: La Serena y Concepción) y juzgados de departamentos, a cargos de jueces letrados, orden que mantendría la ley que preveía esta disposición transitoria, cuando fuere dictada en 1875.

^{24bis}Sobre *la crisis del parlamentarismo* y los parlamentos, vid. el trabajo homónimo de G. Fernández de la Mora, en esta Revista Nº 27 (1980) 53-81.

²⁵Vid. Bravo Lira, *Los estudios sobre la judicatura chilena de los siglos xix y xx*, en esta Revista, Nº 19/20 (1976) 89-116.

Singular importancia adquiere en el régimen institucional el art. 108, que encabeza en la Constitución de 1833 el capítulo VIII sobre "de la administración de justicia"; recordémoslo:

"La facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la lei. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos".

Esta disposición está inserta en toda nuestra tradición republicana, pues ya la primera Constitución que puede llamarse tal —la de 1818— preveía la prohibición para el Jefe del Estado de intervenir en negocio judicial alguno (Título IV cap. II art. 19)²⁶.

No obstante tan rotunda afirmación del art. 108, sólo hacia la década de 1870/80 pudo adquirir realidad la plenitud jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, ya que entre 1833 y 1875 existían algunos tribunales administrativos, formados por funcionarios públicos, que "juzgaban" causas v.gr. de caminos (intendente y gobernadores), de comisos (en que intervienen el Alcalde y el Administrador de Aduanas) de teatro (conferido al Gobernador), etc., y existían atribuciones propiamente judiciales atribuidas por la ley a los gobernadores, a los inspectores o a los subdelegados, agentes todos del Presidente de la República para el gobierno y administración interior de la República, e incluso el Consejo de Estado conocía de todo el contencioso administrativo contractual²⁷.

²⁶Y por cierto en la tradición indiana, pues no debe olvidarse que el Gobernador, que era también Presidente de la Real Audiencia, no podía integrar el tribunal en los casos en que se sometiera a éste asuntos en que precisamente se controvertían actos gubernativos: vid. Recopilación de leyes de Indias 2/15/35 (hemos reproducido su texto en nuestros *Apuntes* (cit. nota 2) 151 s. nota 155). Al respecto vid. M. Salvat, *Las funciones de gobierno de la Audiencia en el reino de Chile*, en Actas y estudios del III Congreso del Inst. Internac. de Historia del derecho indiano. INEJ. Madrid. 1973, 597-622. E incluso en la tradición castellana: vid. G. Villapalos, *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media*. IEA. Madrid. 1976; también *Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII*, en Anuario de Historia del Derecho Español 46 (1976) 5-76.

²⁷Puede verse el cuadro que muestra Lastarria, en su *La Constitución Política de la República de Chile comentada* (2ª ed. Impr. Vanderhaeghen. Gante. 1865, 414-426, al comentar el art. 114), del orden judicial existente a la época.

Con las reformas de 1874 y la entrada en vigencia de la nueva ley orgánica de tribunales, de octubre de 1875, los tribunales ordinarios formados por miembros permanentes, independientes de toda otra autoridad e inamovibles, adquirirán esa plenitud de jurisdicción, conociendo ellos de modo exclusivo de todos los asuntos judiciales que en el orden temporal se promovieren en el territorio de la República, sea cual fuere su naturaleza o la condición de las personas que en ellos intervinieren (art. 5 de la LOT de 1875). Incluso si es el mismo Estado, a través de sus órganos que le gobiernan o administran²⁸.

Y es notable ello, si se advierte que por igual época, en los países de Europa, v.gr. Francia, se imaginaba la teoría de los llamados "actos de gobierno" o "políticos", excluidos del conocimiento judicial y revestidos de inmunidad de jurisdicción, resabios aún existentes del absolutismo monárquico²⁹.

• • •

La Constitución de 1925 —al menos en la interpretación que le di-

²⁸Suele señalarse que no habría más excepción que la acusación constitucional de ministros y otras autoridades llevada a cabo por el Senado (pero ello no es un juicio o proceso ni ejercicio de potestades jurisdiccionales propiamente tales) y los juicios de cuentas (éstos sí entregados a un tribunal, el de cuentas, instancia independiente e imparcial). Recuérdese que el Consejo de Estado conserva el conocimiento de contiendas del orden eclesiástico (patronato y protección: art. 104, N° 4), pero ellas están excluidas del art. 108 en cuanto no pertenecen al "orden temporal", según expresa constancia que quedara en la discusión de la ley orgánica de tribunales de 1875 (Vid. E. Ballesteros *cit.* t. 1, 43-112 al comentar el art. 5 de esa ley, esp. 46-60, y sobre todo 99-101).

Que conozcan los tribunales ordinarios de justicia de la juridicidad de los actos de la Administración, basta ver los numerosos fallos que refieren los volúmenes de la Gaceta de los Tribunales (hemos señalado algunos en nuestro *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia*, en esta Revista, N° 21/22 (1977) 239 nota 10); para los variados casos en que se condena al Fisco a indemnizar los daños provocados en la actividad administrativa del Estado, sea ésta material o jurídica, puede verse nuestro *La responsabilidad administrativa municipal*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia 78 (1981) 39-48 esp. 46/47 notas 25 a 34.

²⁹Vid. v.gr. entre muchos, A. Batbié, *Traité* cit. vol. 7 (1868) 400-403; E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative* (2 vol. / 2éd.) Berger-Levrault, 1888/1836, II 32 ss.; M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public* (11è. éd.) Sirey, Paris, 1927, 395-401; P. Duez, *Les actes de gou-*

ron doctrinarios y jueces— troncharía y gravemente este desarrollo de la juridicidad del actuar del Estado/administrador, rompiendo abruptamente esa tradición de respeto a la ley de autoridades y funcionarios; la inmunidad de jurisdicción que a partir de 1935 la judicatura regalara a la Administración³⁰ conducirá como necesaria evolución, lenta pero irremisiblemente, a esa quiebra que llegaría a su clímax en 1973; pero esto es ya otra historia³¹.

vernement. Sirey. Paris. 1935; G. Vedel, *Droit administratif* cit. 422-428; F. P. Bénéoit, *Le droit administratif français*. Dalloz. Paris. 1968, 418-420; P. H. Chalvidan, *Doctrine et acte de gouvernement*, en *Actualité Juridique (Droit administratif)* 1982 (1) 4-19.

³⁰Vid. nuestros *La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista Chilena de Derecho* vol. 1 (1974) Nº 3/4 349-359; *Lo contencioso* cit. 235-250; y *Estado de derecho y procedimiento administrativo*, en esta *Revista* Nº 28 (1980) 104-114.

³¹Historia trágica, sin duda, pues la ceguera de gobernantes y políticos condujeron a la destrucción de una estructura que, en sus bases, estableciera precisamente 140 años antes la inteligencia visionaria de Portales, patriota sin tacha y modelo de virtudes ciudadanas, las mismas virtudes de las que carecieran los que frívola e inconscientemente destruyeran, imbuidos de ideologías extranjeras, la institucionalidad misma de la República.