

ALJOXANÍ, MUHAMMAD BEN AL-HÁRIT. *Historia de los jueces de Córdoba*. Texto árabe y traducción española por Julián Ribera, de la Real Academia Española. [Presentación por Rosa Aguilar Rivero, alcaldesa de Córdoba; introducción por Antonio Molina Flores].— [1ª ed., 3ª reimp.].— Sevilla: Ed. Renacimiento, Ayuntamiento de Córdoba, 2005. xiii + xlvi + dos + 272 + 208 p. (núm. en caracteres arábigos) + 1 h. final en bl.; 22 cm.— (Clásicos Cordobeses). ISBN 84-8472-206-6.

La antigua Córdoba califal fue en el pasado una de las ciudades más importantes del Medioevo —la mayor ciudad de Occidente en el siglo x de nuestra era¹, la más rica y la más culta—, por cuyas calles circulaban mercaderes de todo el mundo, en sus plazas se confundían las lenguas, y en sus centro de estudio proliferaba el saber. Ciudad de confluencias, su famosa mezquita —hoy catedral católica— no refleja sino la mezcla y superposición de culturas. Los libros abundaban en Córdoba, publicándose sesenta mil volúmenes al año, y su mercado era floreciente. El califa Al-Hakam II reunió una biblioteca de cuatrocientos mil volúmenes, la que terminó bárbaramente espurgada por Almanzor².

Vinculado con esos tiempos de grandeza proviene el texto de este libro, cuyo único manuscrito se descubrió en la biblioteca bodliana, en Oxford. Su traducción y edición príncipe datan de 1914³, cuando Julián Ribera y Tarragó⁴ se dio a la tarea de darlo a la publicidad. Como desde su primera edición esta obra no había sido editada de nuevo en forma completa —salvo parcialmente en 1965⁵ y 1985⁶— estamos frente a una reimpresión facsimilar, la tercera para ser exactos, de un libro escaso.

¹ Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *La España musulmana: Según los autores islamitas y cristianos medievales*. Buenos Aires: El Ateneo, 1946, t. I, p. 281 y p. 331 y ss. En el mismo sentido Vd. J. B. TREND, “España y Portugal”, en: sir Thomas ARNOLD y Alfred GUILLAUME (editores). *El legado del Islam*. Traducido del inglés por Enrique de Tapia.— 2ª ed., rev. por P. Blanco Suárez.— Madrid: Ediciones Pegaso, 1947, p. 11.

² SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *op. cit.* (n. 1), t. I, p. 327.

³ ALJOXANÍ, *Historia de los jueces de Córdoba*. Texto árabe y traducción española por Julián Ribera ... —1ª ed., príncipe.— Madrid: Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas, Centro de Estudios Históricos, 1914, xlvi + dos + 272 + 208 p. Incluye una transcripción del texto original, en árabe.

⁴ Julián Ribera (Carcagente, Valencia, 1858—Madrid, 1934) fue un distinguido filólogo y arabista, profesor de las universidades de Zaragoza y Madrid, quien descubrió la existencia de un dialecto románico desconocido hasta entonces, el *mozárabe*, que convivía con el árabe literario cultivado por las clases cultas.

⁵ ALJOXANÍ, *Historia de los jueces de Córdoba*. Texto árabe y traducción española por Julián Ribera ... — [1ª ed., 1ª reimp.].— Madrid: Aguilar, 1965, 728 p. + 2 hs., ilust. con un retrato de Ribera.— (Crisolín; 22).

⁶ ALJOXANÍ, *Historia de los jueces de Córdoba*. Texto árabe y traducción española por Julián Ribera ... — [1ª ed., 2ª reimp.].— Granada: Editoriales Andaluzas Unidas, 1985.— (Biblioteca de la Cultura Andaluza).

El texto de Aljoxaní⁷ ha sido ocupado por diversos investigadores en sus trabajos; la última vez que registramos un aporte en este sentido, en Chile, es en las páginas de esta misma revista por doña Norma Mobarec Asfura, quien realizara una síntesis divulgativa de muchos aspectos contenidos en él, en un trabajo que se le agradece⁸. Antes que ella, su maestro, Alamiro de Ávila Martel, ya había ocupado en algo el libro, para ilustrar unos pocos pasajes del capítulo “El Islam español” de su recordado *Curso de Historia del Derecho*⁹, y por cierto también lo hizo Claudio Sánchez-Albornoz en su colectánea, valiosa por muchos conceptos, *La España Musulmana: Según los autores islamitas y cristiano medievales*, que recurre a él en varios pasajes¹⁰. Mobarec también cita otros autores que se sirvieron de Aljoxaní, v. gr. Levi Provençal, José López Ortíz, David Santillana y Luis G. Valdeavellano¹¹.

Tras el alevé atentado a las Torres Gemelas el 2001, y sus ulteriores consecuencias, con la invasión de Afganistán y el derrocamiento del régimen iraquí, todo lo relacionado con el Islam ha cobrado particular importancia en Occidente, lo que se ha traducido en trabajos de dispar calidad, algunos empapados todavía por el odio y el resentimiento que esos luctuosos hechos ocasionaron a nivel mundial —pienso en las poco meditadas palabras de Oriana Fallaci¹²—, hasta textos académicos o de divulgación que han aparecido en el último tiempo. Dentro de estas últimas, sobresale el libro de Aljoxaní, como una muestra de la gran cultura islámica, radicada en tierras españolas¹³. Ciertamente hay que tener presente también que el natural interés español por la cultura islámica es ancestral, toda vez que forma parte de sus propias raíces. Mal que mal, y según propia expresión de uno de los grandes medievalistas del siglo xx, el Islam al conquistar toda la Península, “torció los destinos de Iberia, y le señaló un papel diferente en la tragicomedia de la historia; un papel de sacrificio y de vigilia, de centinela y de maestra, un papel que tuvo enorme trascendencia en la vida de Europa, pero que costó muy caro a España”¹⁴.

⁷ El autor fue un distinguido jurisconsulto, orador y poeta, nacido en Kairoán y muerto en Córdoba en el 391 de la Hégira (971 a.D.). Compuso muchos libros por encargo de Alhacam II; se le atribuyen una *Historia de los africanos*, otro sobre las *Clases de jurisconsultos de la secta de Malik* y el libro *Al-Iktibas*.

⁸ Norma MOBAREC ASFURA, “La ‘Historia de los jueces de Córdoba’ de al-Jushaní”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 15, pp. 59-63. Santiago, 1989.

⁹ Alamiro de ÁVILA MARTEL, *Curso de Historia del Derecho*. Santiago: Ed. Jurídica, 1955, p. 289, n. 1 y p. 322, n. 1. El autor conocía otros trabajos de Ribera, que ocupa también frecuentemente en su investigación.

¹⁰ SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *op. cit.* (n. 1), Vd. t. I, pp. 97-98, particularmente también en los acápites dedicados a la “Justicia en Córdoba”, t. I, pp. 174-181, y para el de unas “Instantáneas de varios jueces de Córdoba”, t. I, pp. 184-188, casos en los cuales lo cita como única fuente, además, véanse del mismo tomo, pp. 195-199, p. 216, pp. 281-287, 292-293, 295-297 y 367-368.

¹¹ MOBAREC, *op. cit.* (n. 8), p. 59, n. 3.

¹² Que recuerde, la periodista italiana escribió dos artículos, “La rabia y el orgullo” y “La fuerza de la razón”, en que, con furia inusitada —ira mal llevada, aun cuando entendida— e ignorancia supina en muchos aspectos, endilga a la cultura islámica feroces diatribas, concluyendo en 2005 con una afirmación atrabiliaria: “Nuestro primer enemigo no es Bin Laden ni Al Zarquí, es el Corán, el libro que los ha intoxicado” (entrevista a *El Mundo*, Madrid, septiembre de 2005). El primer enemigo, en verdad, es la intolerancia, ya de musulmanes, ya de cristianos, ya de fanáticos dirigentes, ya de fanáticas periodistas.

¹³ Interesante resulta la lectura del artículo de María Isabel LORCA MARTÍN de Villodres, “El esplendor cultural árabe en Al-Andalus: Algunas reflexiones en torno a las aportaciones de Ibn Hazm de Córdoba, Ibn Tufayl de Guadix, Ibn Jaldun y Aljoxaní en el pensamiento filosófico-jurídico árabe en Andalucía”, en: *Isla de Arriarán*, XXV, pp. 61-81, junio de 2005, que puede consultarse en medio electrónico, para lo cual [Vd. dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2042642&orden=83770](http://Vd.dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2042642&orden=83770)

¹⁴ Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *España y el Islam*. Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1943, p. 15.

Durante la época de dominación musulmana en España —conocida entonces como al-Andalus, recordemos—, el período de mayor esplendor fue el de los omeyas. El Estado omeya implantado en tierra hispana era una autocracia: en las manos del califa, o del emir, se concentraban todos las facultades, quienes delegaban algunas funciones administrativas o de gobierno en personas de su confianza. La autoridad estatal se entiende como tal, toda vez que ha sido Dios —origen y fuente de todo poder— quien le ha otorgado ese poder, que en todo caso ha de estar a Su servicio, al de los creyentes y de la unidad y solidaridad comunitarias. “¡Oh los que creéis! ¡Obedeced a Dios, obedeced al enviado [Mahoma, el profeta] y a los que ostentan poder de entre vosotros...!”¹⁵.

No obstante que el nombramiento de los más altos cargos a los que podían aspirar los juristas dependía enteramente del poder político, éstos promovieron —con variantes, por cierto— que el gobierno se ciñera a la ‘ley revelada’, *Ṣarī’a* (en realidad su traducción literal sería ‘lo revelado’). Así crearon un contrapeso a la autocracia de los gobernantes, amparando los derechos de los ciudadanos frente a la autoridad. La actividad intelectual preferente en al-Andalus fue el derecho, que devino en el desarrollo de una importante jurisprudencia; en particular alcanzó justa fama, y amplísima influencia, la escuela jurídica de los *mālikíes*¹⁶.

El libro lo escribió Aljoxaní en virtud de un encargo superior, echando mano a todo tipo de fuentes, escritas y principalmente orales, recogidas de la tradición popular que circulaban por las calles de Córdoba, sin someterlas a mayor crítica, sino que incorporándolas una a una —hay varias versiones acerca de un mismo hecho—, como no queriendo ser él quien juzgue la verdad de lo que se le transmite, dejándole al lector esa tarea. Dice el autor acerca de su obra:

“...[C]uando el príncipe (cuya vida guarde Dios) ordenó que compusiera el libro de *los jueces*, dedicado exclusivamente a aquellos que ejercieron el cargo aquí en tierras occidentales, en la gran corte de Córdoba (...) invité yo a los narradores históricos a que me comunicaran las noticias que pudiesen recordar; interrogué a los doctos acerca de los hechos de esos jueces; pregunté a los ulemas respecto a la conducta que aquéllos habían seguido (...) y me encontré con algunas cosas muy curiosas que causarían la admiración de los hombres inteligentes que traten de estudiar a fondo las materias, algunas historietas y anécdotas que regocijarán a los que las oigan y algunas noticias que harán ver a los observadores la solidez de entendimiento de aquellos varones ilustres, el vasto saber que poseían, su tolerancia, su agudeza de ingenio, su correcta firmeza en la resolución (que no reñía con la inclinación benévola a favorecer a todo el mundo), su recta administración de justicia y la propiedad de su conducta...” (p. 5).

Siguiendo lo anterior, hay aspectos interesantes que se dibujan poco a poco, como las distintas apreciaciones que hace acerca de las circunstancias del nombramiento de los jueces, o bien de su destitución. También se dan variados ejemplos que ponen de relieve las cualidades intelectuales y morales que debían adornar a los jueces mismos, toda vez que su misión era delicada y debían interactuando cotidianamente con el pueblo que recurría a ellos en búsqueda de consejo y, por cierto, de justicia.

Desde el punto de vista procesal, la crónica de Aljoxaní recoge muchos antecedentes valiosos, que sistematizados nos permiten determinar que el procedimiento era relativamente

¹⁵ *Corán*, sura 4.59.

¹⁶ Un texto clásico de derecho musulmán, adscrito a la escuela de Mālik Ibn Anas es la *Risāla fī-l-Fiqh*, o *Compendio de derecho islámico*, publicado bajo el cuidado de Jesús Riosalido (Madrid: Ed. Trotta, 1993, 249 p. + 3 hs. en bl.).

sencillo, primando la oralidad. El demandado tenía que presentarse por citación judicial, exponiendo los hechos frente al juez, tal como debía hacer en su turno el demandante. Solo en el evento que el demandado no pudiese acudir, se le debía comunicar por escrito la demanda, para que dentro de un plazo prudencial —al arbitrio del juez— la contestase; después, se procedía a la prueba. Si el juez tenía dudas respecto a un punto de derecho, estaba en su mano consultar a los entendidos de su consejo, que le informaban (el juez no necesariamente tenía que saber de derecho). Habiendo llegado a una convicción, fallaba, formalizando la sentencia con la firma de testigos, para luego proceder a su ejecución. Respecto a sus decisiones no había apelación; un remedio en contra de la sentencia podía ser que el califa o el imán —sus superiores políticos de donde su designación había emanado— invalidaran sus resoluciones, o bien que derechamente le ordenasen inhibirse de conocer algún asunto. Un último recurso en su contra, era la destitución lisa y llana; sin embargo Ribera 'anota que “los monarcas, en la inmensa mayoría de los casos, se abstuvieron de intervenir personalmente, y hasta para destituir a un juez tomaron la precaución de abrir informaciones públicas entre los elementos más prestigiosos de la ciudad, sobre todo cuando las quejas del pueblo se hicieron muy patentes”¹⁷.

Importa detenerse un instante, como he dicho antes, en las cualidades morales que los jueces debían llenar, dentro de las cuales se destacaban su integridad, “de que era prenda la escrupulosa publicidad de sus actos públicos”¹⁸ —que podía realizar o bien en su casa o en la mezquita—, la “llaneza de trato y la simplicidad de vida que rayaba frecuentemente en el ascetismo”¹⁹.

Algunos extractos nos darán la medida de lo que el libro encierra en este último aspecto:

“Mi padre me contó que Abás el Coraxi, antecesor de los Benilabás, se presentó al soberano en son de queja contra el juez por cierto suceso que ocurrió, y el soberano le dijo:

— “Vete a verle a su casa y, si te da licencia para conferenciar a solas con él, yo lo destituiré.

“Y al presentarse Abás en casa del juez, pidióle audiencia; el juez no se la concedió; por el contrario, encargó que le dijeran:

— “Si te ocurre algo en que yo deba intervenir, vete a la mezquita y estate allí hasta que yo salga de mi casa a ejercer mi oficio de juez delante de todo el mundo; entonces me pondré a tu servicio en la misma forma en que sirvo a todos.

“Cuando el monarca supo la contestación que el juez le había dado, lo estimó y consideró aun más de lo que hasta entonces lo había estimado y considerado” (pp. 115-116).

Acá hay otro ejemplo:

“Jalid ben Sad dice que Abdala ben Cásim le refirió que su padre le había contado lo siguiente:

“Me encontré en cierta ocasión con el juez Mohámed ben Selma y me pidió que le comprara un alquicel, de la clase que en Córdoba llamaban borrocán.

“Y añade Abdala: Mi padre me mandó que bajara a la calle de los pañeros, a buscar

¹⁷ Julián RIBERA, “Prólogo del traductor”, p. xxix.

¹⁸ *Ibid.*, p. xxv.

¹⁹ *Ibid.*

el alquicel. Bajé y le compré un alquicel por veinticuatro dinares y medio; y se lo llevé a mi padre, el cual se lo trajo personalmente al juez. A éste le agradó y dijo:

“¿Cuánto te ha costado?”

“A ti te cuesta —contestóle— diez dinares.

“El juez, creyendo que ese era el precio que había costado, le entregó los diez dinares. Pero unos momentos después vino a ver a mi padre Abuyahia, el inspector de los legados píos [*habices*], y le dijo:

— “El juez te saluda y te ruega que tomes el alquicel y que le devuelvas los diez dinares, porque necesita ahora ese dinero para otros gastos y no necesita el alquicel.

— “Yo le daré el dinero que ahora necesita —respondió mi padre no queriendo tomar el alquicel— y que lo utilice hasta que le sea fácil devolvérmelo.

“Pero el inspector de legados píos se negó a aceptar, porque el juez había dicho:

— “Yo no puedo aceptar eso.

“Y al preguntarle mi padre qué es lo que le había obligado a devolver el alquicel, el juez, que ya había sabido cuál era su verdadero precio, no quiso aceptar y dijo:

— “Yo creía que el precio del alquicel era de diez dinares, que es la cantidad que yo di; pero cuando he sabido que el alquicel vale más, ya no lo quiero. Me sabe mal, muy mal, que otros carguen con el gasto [que sólo a mi corresponde]” (pp. 203-204).

Tales apreciaciones a algunos jueces bien les valdría tenerlas siempre presentes, ya sea que cenén con ministros, o que obtengan premios —y los acepten—, en desdoro de su reputación como tales.

Felipe Vicencio Eyzaguirre

CATTAN ATALA, ÁNGELA; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (editores). *Homenaje a los profesores Alamiro de Ávila Martel, Benjamín Cid Quiroz y Hugo Hanisch Espíndola*. [Prefacio por Pablo Rodríguez Grez].— 1ª ed.— Santiago: Ediciones Universidad del Desarrollo, [Facultad de Derecho], 2005 (Imp. por Versión Producciones Gráficas). 404 p. + 2 hs. en bl.; 23 cm. ISBN 956-7961-07-7.

Este libro consta de 400 páginas, las que se dividen en un prefacio hecho por el decano de la facultad de derecho de la Universidad del Desarrollo, un índice de abreviaturas y siglas y un conjunto de doce obras que se agrupan en cinco órdenes temáticos: bibliografía de los homenajeados; derecho romano; derecho indiano; derecho patrio y varia. Los trabajos académicos son de muy dispares volúmenes y de no ser por la obra del profesor Antonio Dougnac Rodríguez —que perfectamente habría dado lugar a un libro aparte—, el espesor de esta obra sería exiguo.

Es una lástima que, refiriéndose a figuras que en el ambiente jurídico chileno fueron de tanta envergadura, hayan sido tan pocos los llamados a participar en este homenaje. Más aún si en el extranjero se hicieron actos especiales en conmemoración de la muerte de más de uno de ellos.

Por lo mismo, es oportuno esperar que la comunidad académica nacional tenga a bien en la próxima ocasión en que quiera realizar un acto de homenaje hacer una convocatoria mayor. Así nadie se sentirá excluido.

Empero, lo anterior no quita que tras esta obra existe un noble fin. Homenajear al maestro siempre es un acto de nobleza. Todos los grandes cultores de las disciplinas del conocimiento humano tienen en común el deseo de emular a sus maestros y a quienes son vistos como eminencias en su campo. Por tal motivo fue una gran idea llevar a cabo este libro. Incita al

estudio a todos quienes no tuvimos oportunidad de conocer a los mentados juristas. Estimula apreciar que un buen cultor del derecho además de saber acerca de su objeto de estudio debe ser una persona íntegra.

Ello queda de manifiesto en las referencias a la calidad humana de los profesores, en cuánto maestros de la enseñanza primero y después juristas. En el primer punto merece especial atención el prefacio de Pablo Rodríguez (pp. 11-13). El civilista narra su relación con cada uno de los difuntos homenajeados, sin ahorrar encomios en lo referente a los conocimientos de cada uno y a su actitud rigurosa destinada a fomentar la inquietud y el estudio entre quienes eran sus discípulos. El aspecto profesional de los tres profesores es conocido a través de sus obras y el recuerdo de sus alumnos. En las muy abundantes facultades de derecho de Chile se sigue estudiando romano por las separatas de Hugo Hanisch y la historia de Roma por la obra de Alamiro de Ávila.

También la grandeza de esta iniciativa queda plasmada en el hecho de tratarse de juristas en el más completo sentido de la palabra y no meros operadores del derecho. Un jurista es un observador crítico de la sociedad. Un científico social que actúa con un elemento de crítica propio: las leyes y el orden de la sociedad. Un intelectual que rescata el valor de la justicia en las artes, la literatura, la historia y la filosofía. Un erudito que sabe que el derecho, para poder ser comprendido a cabalidad como fenómeno cultural, debe ser complementado con la economía y la sociología. Todas disciplinas que buscan explicar el actuar del hombre en sociedad.

Desgraciadamente, el siglo xx no fue productivo para el derecho chileno en lo que a juristas se refiere. De entenderse como una disciplina de estudio independiente, se pasó a una concepción que la vio como un elemento más de la planificación central de la economía. En un momento incluso se pensó transformar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en un departamento más de la Facultad de Economía de dicha casa de estudios.

Con el posterior cambio de régimen, se impulsó otra concepción de la enseñanza del derecho. Ésta, si bien reconoce en las ciencias jurídicas una disciplina autónoma e independiente, se circunscribe al derecho positivo. El único objeto de estudio es la ley. Se desprecia la labor del juez como órgano creador de derecho capaz de adaptar las normas a las cambiantes circunstancias de la vida cotidiana. Se llevó a su máxima expresión los desfasados postulados de la Escuela de la Exégesis.

En fin, ambos enfoques en conjunto han dado un resultado funesto. Las escuelas de derecho dejaron de formar juristas. En su lugar; técnicos en leyes. Las escuelas de derecho dejaron de tener relevancia en cuanto a la elaboración de políticas públicas y, consecuentemente, el campo profesional de los abogados se ha visto paulatinamente reducido.

En este contexto, la enseñanza de la romanística ha sido un paliativo. El derecho romano es el ramo que, al mostrar otro ordenamiento jurídico distinto del actual, permite al estudiante criticar el modelo vigente. También permite entender al derecho como el fruto de la experiencia colectiva y como sin cambiar las normas estas pueden adaptarse a las siempre cambiantes condiciones de vida. Durante largos años, la discusión académica en las facultades de derecho se centró en los ramos de carácter histórico jurídico y, por lo tanto, no es de extrañar que el único grupo conocido en el extranjero por su derrotero investigativo sea hoy la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho.

Muchos de los grandes abogados y académicos del derecho fueron discípulos de los maestros laureados en forma póstuma. Por esta razón es loable destacar que todos los que participan de esta obra han puesto lo mejor de su talento. Todas las ponencias son de primer nivel y dignas de los maestros ya mencionados.

En primer lugar, en la sección bibliográfica, Jaime Bassa Mercado nos ofrece una bien trabajada "Bibliografía de Alamiro de Ávila Martel, Benjamín Cid Quiroz y Hugo Hanisch

Espíndola” (pp. 21-55), en la que se hace una recopilación de toda la producción intelectual de los juristas, siendo imprescindible para quienes quieran conocer los planteamientos de cada uno de ellos, así como sus principales objetos de estudio. Descuella Alamiro de Ávila Martel por la cantidad de temas en los que dejó huella y abrió sendas para que otros profundizaran su investigación, con 261 entradas. Del mismo modo impacta la gran cantidad de recensiones publicadas en universidades extranjeras. De Hugo Hanisch Espíndola llama la atención su línea investigativa: derecho romano y codificación, con 47 entradas. Línea que ha sido continuada por juristas del fuste de Alejandro Guzmán y Bernardino Bravo. La obra de los últimos es de tal envergadura que su sólo estudio demuestra que en el derecho nada nuevo hay bajo el sol. Todo se repite en la historia de las instituciones.

De Benjamín Cid Quiroz no existe una obra enjundiosa (solo se registran 3 entradas). Sin embargo, de él se recuerda su socarronería y perspicacia intelectual. Su amor a la docencia era tal que en sus postrimerías como profesor impartía sus clases acompañado de una enfermera; pues, su salud era muy frágil.

En la parte de Derecho Romano, hay tres interesantes artículos: “En torno a la casuística del *periculum rei venditae*: una propuesta de exégesis de D.19, 1, 54, pr”, de Patricio Lazo (pp. 59-82); “*Auctoritas* y *potestas* en la política y en el Derecho de Roma y su evolución en la Edad media y la época moderna”, de Alfredo Di Pietro (pp. 83-116) y “La pecunia traiectica en el derecho romano”, de Ximena Pulgar (pp. 117-137).

En este punto mención especial merecen los artículos del profesor Lazo y el profesor Di Pietro. El primero, por su erudición y manejo de las diferencias entre los planteamientos de Labeon y Paulo, respecto a la lesión del esclavo vendido. El segundo, por la exégesis de los conceptos *auctoritas* y *potestas* desde la cultura antigua hasta la edad moderna. Por medio de estos conceptos, el autor explora en los valores de la cosa pública en la cultura romana, griega, medieval y moderna.

En la sección destinada al derecho indiano, de la cual Alamiro de Ávila y Hugo Hanisch fueron cultores, hay tres excelentes trabajos: “El cabildo de Buenos Aires y el otorgamiento de cartas de ciudadanía”, de José María Díaz-Couselo (pp. 141-163); “Apuntes sobre el tránsito del procedimiento penal indiano al patrio (1810-1842)”, de Antonio Dougnac Rodríguez (pp. 165-273) y “Tensiones sociales en torno a la sala del crimen de la audiencia de México (1721-1726)”, de Abelardo Levaggi (pp. 275-294).

El primero de estos trabajos estimula la curiosidad y anima a esperar por una historia de la República Argentina respecto al derecho de ciudadanía y nacionalidad. No se puede entender el desempeño de Argentina en el siglo xx, el peronismo, ni su particular idiosincrasia sin el fenómeno de la inmigración. Este proceso fue acompañado por una discusión respecto al otorgamiento de la nacionalidad y la ciudadanía. Argentina se distinguió por ser generosa respecto del otorgamiento de ese beneficio. Por ello es muy necesario saber cómo se discurrió en este punto en los albores de la república y cual fue la visión de la primera generación independiente.

El profesor Dougnac continúa con sus investigaciones de evolución del derecho procesal. Esperamos que pronto nos deleite con una historia de la evolución del derecho procesal en Chile.

El doctor Levaggi entrega de manera sucinta algunas concepciones respecto a la teoría de la pena, a la concepción de igualdad y de política criminal que se pueden deducir a partir de un entretenido proceso judicial que atizó la rivalidad entre criollos y peninsulares en el virreinato de México, en los albores del siglo xviii. En este proceso se puede apreciar en forma nítida el rol político de los tribunales. Los magistrados estudiados a raíz del artículo del profesor Levaggi expresan mediante sus resoluciones y, sin apartarse del derecho, un acabado criterio que combina el sentimiento de justicia individual y colectivo, armonizando la igualdad dentro

de cada estamento con el respeto por la juridicidad y la no discriminación. Los magistrados estudiados por el autor son dignos de calificarse como juristas.

La cuarta sección de este libro se destina al estudio del derecho patrio hispanoamericano y chileno. Hay tres artículos: “El testamento en un manuscrito escolar de 1830” de Mafalda Díaz-Melián de Hanisch (pp. 297-303); “Un jurista chileno de la segunda mitad del siglo XIX: Jacinto Chacón Barrios” de Alejandro Guzmán Brito (pp. 305-333) y “La influencia del Derecho Canónico en la configuración de las herencias a favor del alma en el Derecho chileno”, de Carlos Salinas Araneda (pp. 335-372).

El texto de la profesora Díaz-Melián aborda someramente la regulación del testamento en el derecho castellano, que es el vigente en la Argentina en el primer tercio del siglo XIX. Para esto usa como pretexto una recopilación que la mentada preceptora encontró en un archivo y que se refiere a los apuntes de las clases de derecho del profesor Pedro Somerilla. Es interesante el uso de un recurso literario, como es el texto como pretexto, para iniciar un estudio jurídico.

El trabajo del profesor Alejandro Guzmán trata acerca de la vida de un abogado de mediados del siglo XIX. Jacinto Chacón fue un hombre de una destacada trayectoria política y académica en la sociedad de entonces. Más que un hombre de derecho, fue un intelectual, un humanista que entendió el derecho como parte del ideal civilizador necesario para este pueblo. Es una lástima que sólo los círculos de más egregios historiadores hoy lo recuerden, más aún tratándose de un intelectual altamente comprometido con la realidad de su época. Esto último debería ser recalcado especialmente en la cátedra. Historia del derecho es un ramo eminentemente formativo; es en él donde deben darse discusiones axiológicas desde enfoques distintos de la hermenéutica. El abogado es un profesional que puede cumplir una gran labor social a partir de la vida académica, política y cultural. Para esto puede usarse el trabajo del profesor Alejandro Guzmán como pretexto.

El profesor Salinas nos delecta con otro artículo que se enmarca dentro de una línea investigativa adoptada hace algunos años: la influencia del derecho canónico en diversas instituciones de nuestro ordenamiento.

Para terminar, en la sección varia hay dos trabajos: “Origen y proyecciones del principio de la bilateralidad de la audiencia”, de Ángela Cattán Atala (pp. 375-389) y “Papeletas semánticas II” de Álvaro D’Ors (pp. 391-404).

El primer trabajo hace una exposición sintética del origen romano de este principio y cómo por la vía del derecho común llega al derecho castellano y luego al indiano.

La obra del profesor D’Ors es, como de costumbre, acorde con lo que fue su trayectoria en este mundo. La de una de las más preclaras mentes estudiosas del derecho en el siglo XX en el mundo hispano. Consiste en la definición de una serie de vocablos jurídicos retornando a su acepción más antigua y culta. Rescata ciertos vocablos frente a la vulgarización del derecho. Es un trabajo destinado a aquellos que, como los homenajeados en este libro, aspiran a ser juristas y no meros tramitadores.

En resumen este libro tiene un carácter altamente formativo para el estudiante de derecho. Todos los trabajos que aquí aparecen son de gran densidad jurídica e intelectual, así como cada uno de los participantes son personas de reconocida trayectoria en el medio. Esperemos que cada uno de ellos prosigan con los objetos de investigación acá comentados.

Es loable recordar a los que no están con nosotros. Es un sano acicate para las nuevas generaciones. No obstante, es de esperar que en un próximo homenaje, la convocatoria sea mayor. Así realmente se fortalecerán dos disciplinas que hoy luchan por sobrevivir ante la vulgarización del derecho.

Felipe Westermeyer Hernández

CORNEJO CANCINO, TOMÁS. *Manuela Orellana, la criminal. Género, cultura y sociedad en el Chile del siglo XVIII.*— 1ª ed.— Santiago: Tajamar Editores-Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2006, (impreso por Gráfica Andros). 168 + cuatro p.; 23 cm.— (Colección Alameda). ISBN 956-8245-15-4.

Desde hace algunos años se ha producido un renovado interés historiográfico hacia los temas relativos al mundo criminal, el cual se manifiesta en acercamientos a las características de los delincuentes, pasando por el estudio cuantitativo y cualitativo de la criminalidad, hasta llegar a la administración de justicia y todo lo referente a su funcionamiento; aspectos que, erradamente, se creían más propios de juristas que de historiadores, de abogados más que de estudiosos sociales. Sin embargo, esta visión reduccionista se ha superado y hoy en día contamos con trabajos que, desde las más amplias perspectivas, abordan temáticas jurídicas e históricas, concibiendo al Derecho, sus instituciones y sus representantes, no sólo como una disciplina hermética y absoluta, sino como el producto histórico de una determinada sociedad. Por ende, la legislación, su forma de aplicarse y las conductas de jueces, abogados, especialistas y de las personas, comunes y corrientes, involucradas en los juicios; constituyen un objeto de estudio y un ejemplo para adentrarse en las características de las comunidades presentes y pasadas. En este sentido, lo legal o normativo no se encuentra desvinculado ni de lo político, lo social, lo económico, lo cultural; ni menos, según sea el caso, de lo religioso, lo moral, lo étnico o la condición de género. Así, el estudio de la normativa traspasa lo estrictamente técnico y permite que accedamos a las conductas, motivaciones y trasgresiones de las personas, esos seres de carne y hueso que habían sido olvidados por los estudios que, desde las décadas de 1940, 1950 y siguientes, habían llamado la atención sobre la penalidad chilena.

El trabajo que comentamos de Tomás Cornejo, *Manuela Orellana, la criminal*, responde precisamente a lo que explicábamos. El autor no es abogado ni ha estudiado Derecho, hasta donde sabemos, y toca un tema que se creería más pertinente para el mundo jurídico; pero logra una aproximación interesante y profunda a muchos aspectos olvidados o silenciados de nuestro pasado hispano. Se trata, en rigor, de una investigación que maneja e interroga a las fuentes, los expedientes judiciales, de una manera inteligente, a la par de permitirle reconstruir, no sólo el caso puntual de una mujer acusada de asesinar a su marido, sino también el ambiente social en que estaba inserta y los mecanismos administrativos y judiciales que funcionaban en Chile al terminar el siglo XVIII. Como el propio Cornejo señala, en este proceso que duró tres años “se ventilaron los problemas de un pequeño grupo familiar, primero en su entorno próximo, luego en la capital de la provincia de Colchagua y en última instancia en la Real Audiencia de Santiago” (p. 6). Este es el derrotero de la obra, en líneas gruesas.

El autor busca, a través de cuatro capítulos y una suerte de epílogo (*excursus*), entregar una visión no sólo de la acusación formal en contra de Manuela Orellana, de la localidad de Pumanque, por el supuesto asesinato de su marido en el año 1782, sino también de las relaciones comunitarias, basadas en el rumor, la honra y la condición femenina; que terminaban por reforzar las diferencias de género y clase que estaban incorporadas al imaginario chileno colonial y que reproducía la administración de justicia. Las pretensiones de Cornejo se extienden fuera de lo estrictamente judicial, pues es la riqueza descriptiva de algunos testimonios lo que le permite recrear las condiciones de vida de una mujer popular en un poblado menor de la zona central del país. En dicha óptica,

“[E]l atentado contra la vida del marido suponía poner en entredicho todo un ordenamiento social de carácter patriarcal, del que la Real Audiencia aparecía como celadora [...] fue en el orden de las familias instituidas por medio del matrimonio cristiano que se fundó la legitimidad del orden social y el poder político imperantes

durante la Colonia, conformando una sociedad de carácter tradicional que se extendió hasta bien entrado el siglo XIX y cuyos rasgos patriarcales –si bien, modificados- han continuado hasta hoy” (p. 7).

En rigor, es la caracterización de esa sociedad patriarcal la que Cornejo pretende lograr a través del caso de Manuela, y de otros ejemplos que utiliza al final del libro.

En un primer capítulo, se presenta a los principales protagonistas de esta historia, Manuela, su difunto esposo (Cristóbal Serrano) y su supuesto amante y después nuevo esposo (Manuel Galaz), además del entorno social y geográfico, no sólo de Pumanque, sino también de la capital provincial, San Fernando. Es precisamente en este centro urbano donde se lleva a cabo el proceso y se entregan las primeras confesiones. La inclusión de este capítulo, que bien podría ser una introducción al tema, no es fortuita, pues descansa en una justificación teórica y metodológica proveniente de una corriente historiográfica que tiene sus raíces en Italia: la microhistoria. A través de un caso judicial, entre muchos que se pueden descubrir en el fondo Real Audiencia, Tomás Cornejo quiere recomponer, como ya se dijo, el entramado social, jurídico y mental de esa sociedad patriarcal que él aprecia ya consolidada a fines de la centuria dieciochesca. Al fin y al cabo, más que la descripción del proceso, que detalla bastante bien, Cornejo quiere llamar a la reflexión sobre las diferencias de clase y género que se presentan en nuestro país en un período de tiempo aún no bien estudiado. La trasgresión al orden social y familiar provocada por Manuela Orellana consiste no sólo en haber, supuestamente, asesinado a su marido, sino además en ser adúltera, situación que trata de remediar después de la muerte de Serrano casándose Galaz. Pero, aparte de esto, la actitud de esta mujer rompe las conductas debidas o esperadas de su sexo, pues no se comporta como un ser sumiso ni dependiente de la autoridad masculina, la misma que Cristóbal Serrano, como los otros hombres de la localidad, debían mostrar al resto del tejido social.

Pero además de lo expresado, Cornejo busca instruir sobre el funcionamiento del aparato judicial chileno de la época. Referencias al origen de la estructura judicial hispana, al valor de la confesión y su relación directa con el sacramento de la penitencia, a la tenue frontera entre el delito y el pecado, al papel de los tenientes de justicia en las áreas rurales, de los corregidores, procuradores, jueces, fiscales y, en suma, de todo el entramado administrativo; van apareciendo en los capítulos siguientes. Todo este cuadro general, más allá de identificar las funciones u objetivos de cada cargo, ayuda al autor a lograr una visión de la sociedad de entonces, en la cual “el imperio de lo legal-estatal, de lo económico-comercial y del orden sagrado católico fueron los ejes sobre los cuales se articuló la cultura oficial y oficiosa en el Chile de la Colonia, con evidentes prolongaciones en el tiempo y en los contornos que la “ciudad letrada” acabaría teniendo hasta el día de hoy” (p. 66). Como se aprecia, siempre están las consideraciones hacia la proyección de estas actitudes en el tiempo.

Son precisamente dichos ejes los que se manifiestan a través del proceso de Manuela, cuyo desenlace tendrá lugar en Santiago y no en San Fernando, pues se decide radicar el proceso en la capital debido a su “defectuosa substanciación” y a su “difícil averiguación”, siendo preciso requerir de “todas aquellas diligencias que se conceptuaren más proporcionadas para su debido esclarecimiento” (p. 53). Así, en diciembre de 1784 es conducida a su nueva prisión. Los pormenores de este cambio de ambiente, serán los que abordará el capítulo segundo.

Los capítulos tercero y cuarto se concentran en la raíz del problema, al revisar no sólo las declaraciones que Manuela otra vez realiza ante los jueces, sino también las imágenes procesales que se van construyendo en torno a ella y otros inculpados como Galaz y Dionisio Pérez, un hipotético cómplice. Aquí el análisis de Cornejo se vuelve más complejo e interesante, pues traza el paso desde una *imagen sumaria*, definida más bien por la caracterización general que se hace de la inculpada, pasando por una *imagen juzgada*, configurada por los argumentos de cada contendiente en la arena judicial, una *imagen retocada*, realizada por la comunidad de acuerdo

con sus valores y con efecto en el ámbito de los tribunales, hasta llegar a una *imagen sentenciada*, producto del fallo condenatorio o absolutorio de la Audiencia y que podía permitir el reintegro al núcleo comunitario. Es aquí donde cobra significado el estudio de las declaraciones de los testigos, cuyo valor radica no tanto en la veracidad de éstos, al menos para los propósitos del investigador, sino más bien en su construcción social, determinada por una “voz pública” que podía funcionar como un medio de control social y vehículo de reproducción de valores morales. Por ello, el rumor, las habladurías y los chismes locales toman su lugar dentro de la elaboración de imágenes hacia los inculpados, incorporándose, no sin filtros se entiende, a la reconstrucción de las intenciones de Manuela, en los momentos previos y posteriores al deceso de su esposo.

El capítulo siguiente y final, busca entender la “maraña procesal” que está detrás de las acciones de jueces y fiscales, entre ellas la tortura en el potro a la que es sometida nuestra protagonista, de la cual logra salir airosa, y que debe enfrentar Galaz al día siguiente, con similares resultados. Aunque no se pudo comprobar con claridad el asesinato de Cristóbal Serrano, la Audiencia termina condenando a Manuel Galaz a seis años de destierro a la Plaza y Presidio de Valdivia, y a Manuela a otros tantos de servicio en la Casa de Recogidas de Santiago. Si bien suelen quedar algunas dudas después de la reconstrucción del caso y el proceso, porque es difícil establecer las reales intenciones de los involucrados y los criterios de las autoridades, para Cornejo es significativo que

“Esclarecer la muerte de Cristóbal Serrano pasaba por impedir un desmadre disolutorio del frágil equilibrio en el que se asentaba el patriarcado criollo. Resulta imposible determinar los efectos o las repercusiones de un crimen como éste que, sin duda, hubiera sido mayor de haber ocurrido en una familia de alta posición de Santiago” (p. 128).

Al respecto, puede surgir la legítima interrogante de por qué este caso es ilustrativo de la estructura y mentalidad patriarcal criolla que el autor busca caracterizar. De hecho, se podría pensar que es un proceso entre muchos otros y eso no lo hace paradigmático de nada. Para Tomás Cornejo, su selección descansa en el hecho de que son más abundantes los

“[T]estimonios que dan cuenta de las agresiones que sufrían las mujeres del Chile de entonces, amparadas por una impositiva normativa de género. Es por ello que resulta significativo un caso contrario, como el de Manuela Orellana, donde la dirección de la violencia parece haber sido invertida” (p. 11).

El mismo autor en una publicación anterior, ya había entregado otros ejemplos de mujeres que también habían ajusticiado a sus maridos¹, aunque ninguno de ellos tiene la amplitud ni los detalles que aporta el proceso de Manuela. Lo que es más, el *excursus* final de este libro trata precisamente otros expedientes judiciales que permiten constatar evidencias de violencia intergenérica hasta principios del siglo XIX, comprobando que en más de una ocasión el sexo femenino se ve envuelto en dichas situaciones trágicas, debiendo defenderse de los rumores locales y de una justicia patriarcal que condena, no sólo delitos puntuales, sino la falta de una conducta debida, de sumisión, tanto antes como durante el juicio. Así, lo ocurrido a Manuela Orellana se inserta dentro de un todo mayor que es la sociedad patriarcal, chilena de fines de la administración española, con todas sus virtudes, defectos, ambigüedades y contradicciones.

Sin duda se trata de un ensayo bien investigado, sugerente y penetrante en muchos aspectos, pero que deja también cosas en suspenso. De hecho, no hay un adecuado cierre de la microhistoria aquí tratada, la de Manuela y Manuel Galaz ¿Qué ocurre con ellos después de

¹ J. Tomás CORNEJO C. “Mujeres de armas tomar: Cargos y descargos de las homicidas de sus maridos en Chile colonial”, en: Julio RETAMAL Ávila (coord) *Estudios Coloniales III*. Santiago: Centro de estudios coloniales, Universidad Andrés Bello, 2004, pp. 267-283.

cumplir sus respectivas condenas?, ¿vuelven a Pumanque?, ¿alguna vez se logró descifrar si en realidad Manuela, en complicidad con Galaz, había asesinado a Cristóbal Serrano? Todo eso queda sin respuesta y es uno de los graves inconvenientes cuando se reconstruye una historia a partir de un expediente y no existen otras fuentes contemporáneas ni posteriores que nos aclaren el asunto. Por supuesto, las intenciones de Cornejo apuntan más que al detalle a revelar la idiosincrasia de esa sociedad pasada ¿o presente?, pero es un cuestionamiento legítimo que puede hacerse cualquier lector al momento de desentrañar las intenciones de los protagonistas de esta trama. En ese sentido, debe entenderse que tanto las buenas como las malas intenciones no vienen sólo de las autoridades, sino de todos los sujetos históricos involucrados.

Igualmente, el tema del traslado del juicio desde San Fernando a Santiago no queda lo suficientemente claro. Pareciera ser que más allá de las explicaciones sobre la necesidad de nuevas diligencias o la defectuosa investigación del caso, se encuentran los rumores, la presión de los familiares de la víctima o el haber vislumbrado, por parte de los jueces o del fiscal, la posibilidad de crear un ejemplo amplio, para las trasgresoras a la ley y la moral, a través de este episodio. Todo ello puede quedar planteado en un nivel hipotético, pues no se entrega una respuesta cabal en la obra.

Respecto del tema de la dominación del discurso masculino, que atraviesa a la sociedad civil, la administración de justicia y la religión, según este libro, uno puede preguntarse hasta qué punto la interpretación actual de dicho discurso, o su exageración, puede terminar convirtiendo *a priori* en víctimas a mujeres como Manuela y a las otras que se mencionan en el *excursus*. Eso no significa que no sufrieran humillaciones o maltratos, pero es complicado, insistimos otra vez en el tema de las intenciones, poder cerciorarse de los móviles que en realidad las llevaban a ajusticiar a sus maridos. Puede que tuvieran razón como también no, puede que fuesen víctimas, como también victimarias. Esa es una posibilidad que el libro no explora, pues en verdad queda claro que las simpatías del autor se vuelcan hacia la protagonista. He ahí uno de los problemas de la historia del género, que su encandilamiento, o complicidad si se quiere, con un determinado sexo, lleva a sus cultores a análisis que no contemplan la variedad de discursos que están presentes en una sociedad, pues por más que exista uno de carácter hegemónico, ello no significa que éste marque, cual robots, las pautas de acción de todas las personas, sean hombres o mujeres, que dependen o interactúan con él. Como no sabemos qué ocurrió después con los principales inculpadados, la duda queda en punto suspensivo...

Por último, hubiese sido recomendable que Cornejo incorporara el trabajo de Antonio Dougnac², un buen y crítico compendio del derecho establecido para la familia durante los siglos de dominio español, que tiene la virtud de enlazar sus comentarios con los trabajos de historia social más recientes, no convirtiéndose en un texto auto referente que no dialoga con otras disciplinas. Mismo comentario puede hacerse respecto de nuestro trabajo sobre la Casa de Recogidas de Santiago, que el autor no utilizó, aunque curiosamente lo cite en su bibliografía final³. A pesar de nuestros últimos reparos, no podemos negar que es un libro interesante, sugerente, bien investigado y que se lee con facilidad, lo que siempre se agradece. Es una invitación a complementar aquellas partes de nuestro pasado nacional que aún quedan por descubrir, combinando con pericia la investigación y la interpretación de éste.

Marco Antonio León León

² Antonio DOUGNAC Rodríguez. *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, Santiago: Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, 2003.

³ Marco Antonio LEÓN. *Encierro y Corrección. La configuración de un sistema de prisiones en Chile (1800-1911)*. Santiago: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 2003, tomo II, pp. 344-354.

[GÓMEZ CARABALL, JOSÉ ANTONIO, recopilador]. *Constituciones Políticas de la República de Chile: 1810-2005*. [Presentación de Florencio Ceballos Bustos, director del Diario Oficial].— [1ª ed.].— Santiago: Diario Oficial de la República de Chile, con el patrocinio del Ministerio del Interior, 2005 (Imp. por Gráfica Puerto Madero). 488 p.; 22 cm; encuadernación original de editor. ISBN, 956-7570-18-3.

Firma Constitución 2005: Palacio de La Moneda: 17 de septiembre de 2005.— [1ª ed.].— Santiago: Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno, [Secretaría de Comunicación y Cultura], 2005 (Imp. por MAVAL, Ltda.). 88 + dos p.; ilustr., con fotografías en colores, de Marcelo Agost, Alejandro Hoppe y Alex Ibáñez, del Departamento de Fotografía de la Presidencia de la República; apaisado, 21.5 x 24 cm.

CRÍTICA A DOS TEXTOS ATINENTES A LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Las recopilaciones de nuestras constituciones, reglamentos constitucionales, leyes o normas jurídicas de carácter semejante tienen entre nosotros antigua data. En el siglo XIX Ramón Briseño en su *Memoria Histórica-crítica del Derecho Público chileno, desde 1810 hasta nuestros días*¹, ya incluyó las comprendidas en el período de análisis como un útil apéndice documental y que ocupa toda la segunda parte del volumen; también Valentin Letelier incorporaría en sus *Sesiones de los Cuerpos Legislativos* numerosos textos de esta índole². En el siglo XX Luis Valencia Avaria emprendió un proyecto que fructificaría en los *Anales de la República*, con una primera edición en 1954³ y una segunda, ampliada, en 1981⁴, y que dentro de un plan más ambicioso⁵, incorpora muchos de los textos constitucionales, incluida la carta de 1925 con

¹ Ramón BRISEÑO. *Memoria Histórica-crítica del Derecho Público chileno, desde 1810 hasta nuestros días. Presentada a la Universidad de Chile en la sesión solemne del 14 de octubre de 1849, con que celebró el sexto aniversario de su instalación*. Santiago: Imp. de Julio Belín i Ca., 1849, cuatro [anteport. y port.] + 516 p. Las constituciones rolan entre las páginas 266 y 510, bajo el siguiente título: “Testos a que se refiere el precedente análisis histórico, de las cartas constitucionales que Chile ha tenido desde 1810 hasta el presente”, reproduciendo quince de ellos.

² Valentín LETELIER (compilador). *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile, 1811 a 1845*. Santiago: [varias imprentas], 1887-1908, 37 vols. El tomo I, que dio la pauta a la investigación, fue de responsabilidad de Domingo Amunátegui Solar; los demás estuvieron a cargo de Letelier.

³ Luis VALENCIA AVARIA, *Anales de la República: Textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810*.— 1ª ed.— Santiago: Imp. Universitaria, 1951, 2 vols., ilustr.

⁴ Luis VALENCIA AVARIA, *Anales de la República: Textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810*.— [2ª ed.].— Santiago: Ed. Andrés Bello, 1986, 2 vols. en un tomo (xxiii + 736 + vii 841 p., respectivamente). La Cámara Baja, por acuerdo de su Comisión de Régimen Interno, Administración y Reglamento, publicó unos nuevos *Anales de la República: Segunda época: Texto original de la Constitución política de 1980 y de sus reformas [,] Registro de los ciudadanos que han integrado los poderes Ejecutivo y Legislativo desde el 11 de marzo de 1990*. Compilación de Juan Carlos GONZÁLEZ RANSANZ, Jefe de Área Estudios Oficina de Informaciones. Valparaíso: Cámara de Diputados, 1997, 2 vols. (edición de 300 ejemplares s. num.) Cabe advertir que, siendo continuadora de los *Anales* anteriores, pero haciéndose cargo de la situación política y administrativa desde el 11 de marzo de 1990 en adelante, queda un interregno por llenar desde agosto de 1984 al 10 de marzo de 1990.

⁵ Enlista a todos los titulares del Ejecutivo desde 1810 —jefes e integrantes de juntas, directores supremos, presidentes— incluyendo a los ministros de despacho, así como a los senadores y diputados de todos los congresos.

todas sus reformas. La historia constitucional ha sido abordada ampliamente por los escritores nacionales, faltando hoy, sí, un trabajo de conjunto: uno de los primeros que se registran es un escueto escrito de Alejandro Reyes⁶, y otro ya algo más completo, el de José Victorino Lastarria con su *Bosquejo histórico de la Constitución del gobierno de Chile durante el primer período de la Revolución, desde 1810 hasta 1814*⁷, y que mereció un comentario de Andrés Bello. Después tendremos a varios autores que se preocupan acerca de algunas cartas políticas en particular, como Alcibíades Roldán⁸, Alberto Cumming⁹, José del Carmen Henríquez¹⁰, José María Cifuentes¹¹, Sebastián Donoso Rodríguez¹², José Guillermo Guerra¹³ y muchos más. Antonio Dougnac Rodríguez, indianista, ha espigado en el tema desde una perspectiva novedosa, estudiando la influencia del derecho indiano en las constituciones o proyectos de tales del período de la Patria Vieja¹⁴. Trabajos de síntesis que todavía se leen con provecho son los de Luis Galdames¹⁵, Julio Heise González¹⁶ y Fernando Campos Harriet¹⁷; Bernardino Bravo Lira posee algunos más¹⁸. Otro investigador del área es Sergio Carrasco Delgado, quien

⁶ Alejandro REYES, "Reseña sobre las diferentes constituciones políticas que an rejido a Chile desde su emancipación de la metrópoli asta la fecha, i en especial sobre la promulgada en 25 de mayo de 1833: Memoria presentada por el Bachiller D. ... para obtener el grado de Licenciado en la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile", en: *Anales de la Universidad de Chile*, correspondientes al año de 1843 i al de 1844, I, pp. 317-333. Santiago: la Universidad, octubre de 1846. Como puede verse, y conforme al estilo de la época, el texto está escrito de acuerdo a la ortografía promovida por Bello.

⁷ José Victorino LASTARRIA, *Bosquejo histórico de la Constitución del gobierno de Chile durante el primer período de la Revolución, desde 1810 hasta 1814*.— 1ª ed.— Santiago: Imp. Chilena, 1847. xxxii + 212 p. También en sus *Obras Completas: Estudios históricos, tercera serie*. Santiago: Imp., Lit. y Enc. Barcelona, 1909 Vol. IX, pp. 35-156.

⁸ Alcibíades ROLDÁN. *Las constituciones chilenas de 1818 y de 1822*. Santiago: Imp., Lit. y Enc. Barcelona, 1903.

⁹ Alberto CUMMING. *El Reglamento Constitucional de 1812*. Santiago: Imp. Universitaria, 1913.

¹⁰ José del Carmen HENRÍQUEZ. *Historia constitucional de Chile: Estudio sobre nuestras disposiciones constitucionales*. Talcahuano: Imp. Gutenberg, 1915.

¹¹ José María CIFUENTES, "La Constitución de 1833", en: *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, N° 1, pp. 31-44. Santiago, 1933.

¹² Sebastián DONOSO RODRÍGUEZ. "Fuentes de los derechos y garantías individuales en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812", en: *Patria Vieja*, año XVI, N° 30, Santiago: Instituto de Investigaciones Históricas General José Miguel Carrera, 1997; año XVII, N° 31, pp. 9-42, Santiago, diciembre de 1998. Editado después en forma de libro.

¹³ José Guillermo GUERRA. *La Constitución de 1925: (Obra premiada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales en el Certamen Bienal de 1926-1927)*. Santiago: Establecimientos Gráficos Balcells & Co., 1929. 569 p.

¹⁴ Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ, "El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)", en: *Revista de Derecho*, N° 8, pp. 235-264. Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000. Hay separata.

¹⁵ Luis GALDAMES, *Historia de Chile: La evolución constitucional. Tomo I*. Santiago: Universidad de Chile, 1925, 979 p.

¹⁶ Julio HEISE GONZÁLEZ, *Historia Constitucional de Chile: Esquema de las explicaciones dadas en clase por el profesor...*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, [1950], 149 + tres p.— (Colección de Apuntes de Clases; 3).

¹⁷ Fernando CAMPOS HARRIET, *Historia constitucional de Chile: Las instituciones políticas y sociales*.— 7ª ed.— Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997, 430 + dos p.

¹⁸ Bernardino BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*.— 1ª ed.— Santiago: Ed. Jurídica de Chile, Ed. Andrés Bello, 1986, 297 p. (Vd. especialmente sus capítulos 10, "Constitucionalismo y Estado Constitucional en los países de derecho castellano y portugués; 11,

en la última edición de su libro *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*¹⁹, se preocupa de historiar los distintos pormenores de nuestras cartas fundamentales, o bien proyectos o meros textos que oficiaron como tales, en períodos de estructuración institucional. En la especie, y retomando el hilo de las obras de Briseño, Letelier y Valencia Avaria mencionadas, Alejandro Guzmán Brito ha publicado un sesudo y erudito estudio bibliográfico acerca de las distintas ediciones originales o manuscritas de los proyectos y textos constitucionales chilenos entre 1810 y 2005, que prácticamente agota la materia²⁰.

A diferencia de los títulos precedentes –todos académicos–, en el caso del libro recopilado por José Antonio Gómez Caraball, y aparecido bajo el sello del *Diario Oficial*, estamos frente a uno editado siguiendo una evidente intencionalidad política antes que científica, ya sea desde una óptica histórica o jurídica; prescindible en cualquier caso frente a las recopilaciones de Briseño y Valencia Avaria, de las cuales es deudor, y atrasada e incompleta si se le compara ante la sola enumeración bibliográfica establecida por la de Guzmán Brito²¹.

¿Por qué entonces referirse a esta publicación en una revista universitaria, y no dejarla pasar, olvidándola –como de hecho lo está– para el ámbito académico? Por una razón muy simple: porque hay cosas que no se pueden eludir, como lo es la manipulación de hechos históricos, sabidos y probados, toda vez que de la tergiversación a la mentira, hay un paso.

“Consolidación del Estado constitucional en Chile, Portales”; 12, “El Estado constitucional católico y nacional en Chile (1830-1861)”, y particularmente la cuarta parte del libro que se dedica a “El Estado constitucional parlamentario (1861-1924)”. El libro tiene una 2ª edición, corregida y aumentada (Santiago: Ed. Andrés Bello, 1993, 359 p.); también posee el siguiente texto, aun cuando la perspectiva es desde una óptica mayor: *El Estado constitucional en Hispanoamérica: 1811-1991: Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*.— 1ª ed.— México: Escuela Libre de Derecho, 1992, 1 h. en bl. + ocho + 229 + nueve p. Otros artículos del mismo: “El primer constitucionalismo en Chile (1811-1861)”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, xv, pp. 303-331. Valparaíso, 1992-93. Hay separata, y “Entre dos constituciones, histórica y escrita. *Scheinkonstitutionalismus* en España, Portugal e Hispanoamérica”, en: *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, N° 27, pp. 151-167. Milano: Università di Firenze, Centro di Studi per la Storia del pensiero giuridico moderno, 1998, vuelto a publicar en: *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terræ*, año III, N° 3, pp. 5-17. Santiago: Universidad Finis Terræ, 1999.

¹⁹ Sergio CARRASCO Delgado, *Génesis de los textos constitucionales chilenos*.— 3ª ed., actualizada.— Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2002, 330 p. + 1 h. en bl.

²⁰ Alejandro GUZMÁN Brito, “Ficha bibliográfica de las ediciones originales o manuscritas de los proyectos y textos promulgados de declaraciones de derechos, leyes constitucionales y constituciones chilenas (1810-2005)”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, xxvi, pp. 187-220. Valparaíso, 2º semestre de 2005. Hay separata.

²¹ GUZMÁN Brito enumera 122 textos de carácter constitucional, incluyendo entre ellos a las leyes de reforma; GÓMEZ Caraball, siguiendo un procedimiento semejante cita 90, entre los cuales ciertos textos que no tienen el carácter constitucional que se le ha querido dar en la recopilación, a saber: el sermón pronunciado por Camilo Henríquez en la instalación del Primer Congreso Nacional, el 4 de julio de 1811 (pp. 40-45), que es pieza política o doctrinaria, pero no constitución o cosa que se le parezca, también agrega el *Manifiesto que hace a las naciones el Director Supremo de Chile de los motivos que justifican su revolución y la declaración de su Independencia*, de 1818 (pp. 69-79), firmado por O’Higgins; tampoco se entiende la incorporación del decreto de 29 de diciembre de 1823, firmado por Freire, y que manda erigir un monumento público en memoria de la constitución (p. 173). Caso distinto es la inclusión tanto del *Acta del cabildo abierto* del 18 de septiembre de 1810, como del *Acta de la Independencia* de 1818, porque su naturaleza, jurídica y política, como documentos que establecen el basamento institucional de la República, les otorgan ese privilegio.

Respecto a la intencionalidad que le atribuyo, considérense los siguientes antecedentes: 1° el patrocinio por parte del ministerio político por excelencia, el del Interior, 2° la oportunidad –la promulgación de la reforma constitucional de septiembre de 2005, que el gobierno de la época quiso se considerarse, a todas luces, fundacional– y 3° la división temática del material recopilado, en que sólo para lo correspondiente a la *Constitución* que nos rige, de 1980, el editor establece un “Período de quiebre constitucional, 11-IX-1973 al 10-III-1990” y otro de “reestablecimiento constitucional”, de 1990 en adelante. Dejando de lado el análisis de lo que resulta veraz en ese sentido –esto es que hubo un quiebre constitucional y luego una recuperación del mismo–, ello no es sino política pura y simple, que ignora, o calla malintencionadamente, la historia constitucional en Chile, toda vez que el período de 1973 no es el *único* de ‘quiebre constitucional’ y el de 1990 tampoco es el *único* de ‘reestablecimiento constitucional’, como un lector poco atento creería: ya los hubo antes en nuestra historia.

Pruebas al canto:

Si consideramos como quiebre constitucional, la interrupción de la vigencia de la carta política, o la violación de sus preceptos, sin que se persiga –necesariamente– a sus hechores, entonces en nuestra historia republicana, éstos han abundado. Sin querer ser exhaustivos, los hubo, por ejemplo, cuando José Miguel Carrera, tras la tercera de sus asonadas militares, clausuró el Primer Congreso Nacional, el 2 de diciembre de 1811, arrogándose toda autoridad, pasando sobre el *Reglamento de la autoridad ejecutiva provisoria* de 14 de agosto de 1811, o bien cuando Bernardo O’Higgins dejó el mando intempestivamente el 28 de enero de 1823, presionado por el vecindario de Santiago, que asumió la jefatura de la Nación provisoriamente, surgiendo después una Junta Gubernativa con “todas las facultades necesarias para conservar el orden interior y la seguridad exterior”²²; luego ciertamente existió otro quebranto constitucional cuando por medio de una simple ley, de 10 de enero de 1825²³, se declaró “insubsistente en todas sus partes” a la *Constitución de 1823*, lo que dejó a los gobernantes del momento, primero a Ramón Freire, y luego a quienes le sucedieron, gobernando de facto²⁴, sin norma fundamental que los encausara. Pasando por alto el resto del período de ensayos constitucionales, riquísimo en ejemplos, la época portaliana –que tantos matices nos daría también a este efecto– y los gobiernos de los decenios, particularmente las guerras civiles de 1851 y 1859 del tiempo de Manuel Montt, podremos ver que también lo hubo en la guerra civil de 1891, cuando ambas partes en conflicto –Presidente de la República y Congreso Nacional – violaron directamente la carta constitucional. Al gobernar por decreto y saltarse la norma constitucional de plano, pues Balmaceda pasó derechamente de ser presidente constitucional a un dictador, como la prensa de la época destacó. Ya en el siglo xx, los casos –previos a septiembre de 1973– menudean, como cuando se da una real anarquía, al finalizar la primera administración

²² *Reglamento orgánico provisional acordado en 29 de enero de 1823*, Vd. VALENCIA Avaria, *Anales*, cit. (n. 4), 2ª ed., p. 107.

²³ Como fuere, Isidoro ERRÁZURIZ considera que la *Constitución* fue suspendida ‘de hecho’ por el senado-consulta de 21 de julio de 1824, y ‘de derecho’ por la ley de 7 de enero de 1825, Vd. su: *Historia de la Administración Errázuriz: Precedida de una introducción que contiene la reseña del movimiento y la lucha de los partidos, desde 1823 hasta 1871*.— 1ª ed.— Valparaíso: Imp. de la Patria, 1877, p. 67.

²⁴ CAMPOS Harriet, *op. cit.* (n. 17), p. 348. ERRÁZURIZ, *op. cit.* (n. 23) es algo más explícito: “El general Freire había gobernado la República tres años tres meses ocho días, desde aquel en que la Junta de Plenipotenciarios de las tres provincias pronunciadas contra la Dictadura de O’Higgins le nombró Director Supremo.

“Durante ese tiempo –si se exceptúa los seis meses y dieinueve días de vigencia de la Constitución de 1823, la cual, sin embargo, no alcanzó a recibir completa aplicación–, durante ese tiempo, su voluntad y poder no estuvieron limitados por trabas constitucionales” (p. 67).

de Arturo Alessandri, y los distintos gobiernos de diferente laya que lo siguen, hasta que todo vuelve a su cauce a fines de 1932, cuando vuelve a asumir la Presidencia de la República, por un nuevo mandato. ¿Acaso no fue una violación a la constitución la deliberación militar iniciada con el llamado ‘ruido de sables’ de 1924, y que presionó al Congreso Nacional? ¿O tampoco lo constituyeron la dictadura –otra más dentro de nuestra historia– de Carlos Ibáñez, y el gobierno de la llamada República Socialista, que siguió al golpe de estado de 4 de junio de 1932, y que derrocó al presidente constitucional D. Juan Esteban Montero?

Con lo dicho entonces, peca de antojadiza y arbitraria la división que aparece en la recopilación de marras.

En lo que guarda relación con la ocasión en que vio la luz este libro –la reforma constitucional de 2005– no se puede dejar pasar el comentar algo acerca del ambiente que desde la Presidencia misma se quiso revestir el acto.

Ciertamente se trató de todo un hecho político e histórico, porque merced a ellas la *Constitución* vigente dejó atrás muchas de sus características más discutidas. El discurso político del momento, así como varias columnas de opinión de la prensa, destacaron la ‘nueva’ *Constitución* –algunos la han llamado la *Constitución de Lagos*– intentando presentarla como una carta fundamental distinta a la de 1980. Si hasta el título del libro conmemorativo, si se le lee atentamente, es ambiguo, y deja en el aire esa sensación. Lisa y llanamente no hay nueva *Constitución*, sino que es la misma que se promulgó hace 29 años, con un texto refundido y sistematizado, que ha erradicado las firmas de su anterior gestor: Pinochet y la Junta de Gobierno. Podrá discutirse si el texto, el contenido de la *Constitución de 1980*, es el mismo hoy que el de ayer, toda vez que en virtud de las reformas a las que se le ha sometido desde 1989, su ideario se ha desdibujado; pero no puede desconocerse que aun así sigue siendo, jurídicamente, la misma Carta que se promulgó hace ya más de un cuarto de siglo atrás.

En esa oportunidad La Moneda publicó entonces un libro especial para darle publicidad a la promulgación del nuevo texto constitucional²⁵, que carga las tintas –como no podía pedírsele de otro modo– hacia su propia tienda política. El impreso recoge el discurso que pronunciara el Presidente de la República, intenso, sentido, y con algunas expresiones rayanas en la poesía, pero que, tal como en los árboles, el exceso de flores no permite luego la cosecha de abundantes frutos. Un análisis histórico de las palabras del Jefe de Estado nos llevaría lejos, pero en ellas también se aprecia o un desconocimiento de nuestra historia patria –quiero quedarme con esta idea– o bien, lo que de ser cierto sería mucho más grave, una mañosa interpretación de los anales nacionales.

Al pasar, recordemos que el Presidente en sus palabras destacó que en 1833 “se promulgó la *primera carta fundamental* de nuestra república” (p. 23), la que “le permitió a Chile dar los primeros pasos en su desarrollo, *hacer sus primeros avances como nación libre, libre e independiente; en constituirse como un Estado organizado, unido*, moderno para su época y respetado por todos” (p. 24). En líneas siguientes destaca el Mandatario que por largos años los chilenos vivimos orgullosos de nuestro marco democrático, devenir que se vio interrumpido “de manera trágica el 11 de septiembre de 1973” (p. 24). Y añadió:

“Ese quiebre hizo que la república se apartara del norte de su permanente aspiración de creciente democracia y consiguiente ampliación de las libertades. Todos conocemos hoy la real magnitud del sufrimiento que provocó la violación masiva de los derechos humanos. Cualquier acto constitucional en ese contexto, como es comprensible, *carecía de la legitimidad histórica necesaria que toda carta fundamental requiere*. Ese Chile no podía perdurar, y no perduró” (p. 25).

²⁵ Véase su descripción en el encabezamiento de esta crítica.

El hecho de la 'legitimación histórica' está presente en otros párrafos, al agregar que con la promulgación del nuevo texto constitucional, la patria "termina de reencontrarse con su tradición histórica" (p. 31), o bien que la constitución "nos liga al pasado de Portales y los constructores de la República" (p. 31)²⁶. La, llamémosla, 'idea fuerza' de legitimación histórica, se ve reforzada con la puesta en escena del acto mismo, que colocó, destacándolos en lugar prominente –sobre el escritorio de la Presidencia– los textos originales, manuscritos, de las constituciones precedentes, la de 1833 y la de 1925 (*vid.* fotografías de las págs. 14, y 22-23), los mismos que el folleto reproduce en sus páginas interiores (págs. 5, 6, 26 y 29).

Quien le redactó el discurso al Presidente ignoró los hechos de nuestra historia constitucional derechamente, y tergiversó otros, en forma paladina, haciendo, de paso, que el primer mandatario suscribiera, con su autoridad, una falsedad.

Los alumnos de primer año de Derecho, en la mayoría de las universidades del país, ya saben al término de su año académico que en Chile, antes de la promulgación de la *Constitución* conservadora de 1833, la redactada en torno al llamado 'voto particular' de Mariano de Egaña, hubo otras: considerando en la puerta de entrada la *Constitución provisoria de 1812*, carrerista; O'Higgins promulgó dos dentro de su mandato, la de 1818 y la de 1822. Luego, bajo el período de 'ensayos constitucionales' –término que mejor grafica el lapso que tradicionalmente la historiografía ha dado en llamar 'de la anarquía'–, se promulgaron la 'constitución moralista' de 1823, redactada por Juan Egaña, las diversas leyes federales de corte constitucional de 1826 y que no engendraron ningún texto independiente, y finalmente la *Constitución* de corte liberal de 1828, en cuya redacción, según es fama, participó el gaditano José Joaquín de Mora. Así antes de la carta del 33, hubo cuatro al menos, un proyecto, y varias leyes de igual carácter. Todo ello difícil de obviar, e imposible de desconocer histórica y jurídicamente. Si un alumno hubiese respondido en su examen de fin de año que la *Constitución de 1833* fue la 'primera carta fundamental de nuestra república', lisa y llanamente habría reprobado, sin ulterior recurso. Podrá argüirse que cuando el Presidente se refirió a esa carta como 'la primera', se había hecho eco de su importancia, de su extendida vigencia, en fin, de su relevancia institucional. Aun en este aspecto, tal defensa carecería de validez absoluta, porque otras constituciones tienen también algunos cuantos méritos, como para ponerse en

²⁶ Resulta curiosa esta cita a Diego Portales en el contexto de la ceremonia y más aun en boca del Presidente. Se olvidó seguramente la idea del gran Ministro acerca de las constituciones, las leyes y la legalidad enfrentadas a una situación excepcional. En pocas palabras, ante una amenaza al Estado, al orden público y a la seguridad de los ciudadanos se hacen necesarias la toma de medidas extraordinarias fuera de, o contra, la legalidad: "¡Maldita ley entonces si no deja al brazo del gobierno proceder libremente en el momento oportuno!" (...) "De mí se decirle que con ley o sin ella, *esa señora que llaman Constitución, hay que violarla cuando las circunstancias son extremas*. ¡Y qué importa que lo sea, cuando en un año la parvulita lo ha sido tantas por su perfecta inutilidad!", *Vd.* "Carta de Portales a Antonio Garfias, Valparaíso, 6 de diciembre de 1834, en: Ernesto DE LA CRUZ (recopilador), *Epistolario de don Diego Portales, 1821-1837. Recopilación y notas de ...* Con un prólogo y nuevas cartas recopiladas y anotadas por Guillermo Feliú Cruz. Santiago: Ministerio de Justicia, 1937, t. III, pp. 378-379 (el destacado es mío). Mientras que el abogado y académico Alejandro GUZMÁN Brito entiende la posición de Portales, *Vd.* su libro *Portales y el Derecho*. Santiago: Ed. Universitaria, Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, 1988, pp. 33-35, el historiador Sergio VILLALOBOS R. la reprueba derechamente, no ocultando su disfavor sobre él: "Si todo esto no es el personalismo más marcado y la negación de toda institucionalidad, no se comprende qué pueda ser", *Vd.* su *Portales: Una falsificación histórica*.— 1ª ed.— Santiago: Ed. Universitaria, 1989, pp. 119-125. Si se tiene presente la trayectoria política del presidente Lagos, no se entiende la referencia; no hay armonía entre ella y su ideario, no hay consecuencia entre su actuar y éstas, sus palabras.

frente, o cuando menos disputarle su supremacía. Si bien la *Constitución de 1833* fue la que prevaleció durante todo el siglo antepasado, y parte del siglo xx —ha sido la que más tiempo ha regido los destinos de la República— no hay que olvidar que su antecesora, la *Constitución de 1828*, era no solo más liberal, sino que mucho más moderna y progresista que ella, o bien, se tendría que considerar que, en lo que respecta a la organización de la judicatura, lo subsistente de la *Constitución moralista* de 1823 es suficiente para darle algún crédito, dentro de todos sus desaciertos y evidentes desatinos. El campo en este punto queda abierto al intercambio de opiniones, y no es dable iniciar un análisis más prolongado en estas líneas.

Eso en cuanto a inexactitudes históricas. Veamos ahora las interpretaciones reñidas con ella, que merecen párrafo a parte, y que guardan relación con la ‘legitimidad histórica’ de la que no está investida la constitución que nos rige, o al menos no lo habría estado, hasta la promulgación de su nuevo texto en 2005.

Si tomamos por *legitimidad* el hecho de que toda carta constitucional debe originarse siguiendo ciertos procedimientos generalmente aceptados por la teoría política, esto es —hablando *grosso modo*— elección de una asamblea o congreso constituyente, discusión y aprobación en su seno de un proyecto constitucional, promulgación por el gobierno del momento, o bien, previo a ello, ratificación popular por medio de un referéndum de la constitución, así como disolución del congreso constituyente y llamado a elecciones generales conforme a la nueva norma fundamental, pues tendremos que de todas nuestras constituciones *solo una* tuvo un origen semejante, y no es ni la *Constitución de 1833* ni la de 1925, tenidas en ese acto, explícitamente, como ‘modelos’. Esta carta a la que aludo es la *Constitución de 1828*²⁷.

Después de los fracasos de la *Constitución Moralista* de 1823, y de las leyes federales de 1826, como productos de un racionalismo jurídico que prescindía de toda realidad histórica²⁸, el gobierno de D. Francisco Antonio Pinto convocó a elecciones para un Congreso Constituyente en enero de 1828, al que se le encomendó la elaboración de un nuevo código político; las elecciones estuvieron plagadas de irregularidades, abusos y fraudes²⁹. Instalado el Congreso el 23 de febrero, al poco tiempo se designó una comisión redactora, y dentro de ella se trabajó con base a un proyecto presentado por Melchor de Santiago Concha. El 5 de mayo se imprimieron 500 ejemplares del proyecto con el fin de que los pueblos lo conocieran y le formularan las observaciones que deseasen. La discusión propiamente tal se desarrolló entre el 3 de junio y el 6 de agosto; el 8 de este último mes se promulgó, jurándose por el Presidente de la República, así como por senadores y diputados el 8 de septiembre, y por los pueblos, el día 18 del mismo mes³⁰. El último artículo (134) mandaba expresamente:

“Inmediatamente después de firmada esta Constitución, el actual Congreso Constituyente se dividirá en dos Cámaras, debiendo nombrarse los Senadores á pluralidad

²⁷ José Guillermo GUERRA publicó un interesante artículo al cumplirse el centenario de esta Constitución: “La Constitución de 1828”, en: *La Nación*, Santiago, 8 de agosto de 1928, reproducido también en su libro *Temas Constitucionales: (Calamo corriente)*. Santiago: Imp. Universitaria, 1928, pp. 167-205.

²⁸ Julio HEISE González, *150 años de evolución constitucional*.— 7ª ed.— Santiago: Ed. Andrés Bello, 1990, p. 30.

²⁹ Diego BARROS Arana, *Historia General de Chile*.— 2ª ed.— Santiago: Ed. Universitaria, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2005, t. xv, p. 155. Más adelante agrega: “Las elecciones practicadas en enero de 1828, para la formación del Congreso Constituyente, demostraron un deplorable progreso en la carrera de los fraudes; de tal suerte que en vez de triunfar en ellas la influencia tradicional e incontestable de los señores territoriales, como era corriente en las antiguas elecciones, había triunfado en muchos casos la arteria y la audacia de los agentes electorales, que llegó en ocasiones hasta el exceso” (t. xv, p. 208).

³⁰ *Ibid.*, t. xv, pp. 195-196.

de votos. En este estado se ocupará exclusivamente en formar la lei de elecciones y demas necesarias para poner en ejecucion esta Constitucion, debiendo separarse ántes del 1° de febrero de 1829”.

La ley de elecciones tiene fecha de 16 de diciembre, y se imprimió sin mayor dilación³¹. Éstas se llevaron a cabo, como estaba previsto, pero con atrasos respecto a las fechas originales: primero para asambleas provinciales y cabildos (3 y 4 de mayo de 1829); para electores de Presidente de la República (15 y 16 de mayo); diputados (7 y 8 de junio), y senadores, escalonadamente. Todo el proceso, que se alargó en demasía, concluyó con la instalación del nuevo Congreso Nacional el 13 de septiembre, en Valparaíso. La historia de las vicisitudes en la elección de Presidente de la República, las torpes decisiones políticas de la mayoría pipiola en las cámaras, desencadenaron la guerra civil de 1829, que concluiría en los campos de Lircay, el 17 de abril de 1830. De ahí, a la desaparición de la *Constitución*, hubo un paso. El bando triunfante —opositor al que había redactado y promulgado la Carta de 1828— siguió rigiéndose por ella, hasta que a comienzos de 1831 se vio la necesidad de reformarla, como efectivamente ocurriría.

Ésa es, en apretada síntesis, la historia de la única constitución que debe su vida a los postulados teóricos de la doctrina política al respecto. Todas las demás tuvieron un origen distinto, reñido con la legalidad.

A fuer de ser majaderos, recordemos que la *Constitución de 1818* se originó en una comisión constituyente de siete miembros, todos designados por el director supremo, O’Higgins, y no elegidos por el pueblo. La que le sigue, la carta de 1822, nació en el seno de una convención preparatoria —elegida manidamente— que devino en Congreso Legislativo y luego en Congreso Constituyente, debido a la inventiva y maquinaciones de Rodríguez Aldea. Así nuestras dos primeras constituciones ‘en forma’ nacieron con pecado original. Pero ciertamente el Presidente no pensó en ellas cuando habló el 2005.

La *Constitución de 1833* se gestó pasando por sobre el proceso de reforma impuesto por la entonces carta de 1828 —vigente— y que establecía un mecanismo especial al efecto³². Lo que se hizo fue inconstitucional, saltándose a la torera los preceptos que regían: no hubo elecciones de ningún congreso o asamblea constituyente, sino que del seno mismo del Congreso del momento se eligió una Gran Convención: 14 eran congresistas en ejercicio y sólo seis fueron elegidos de entre personas de ‘reconocida ilustración y probidad’ de fuera de las cámaras. O sea, recurrir a las urnas para que el constituyente originario delegara su función específica en un órgano *ad hoc*, ni hablar³³.

³¹ Es un raro folleto hoy en día: *Reglamento de elecciones constitucionales iniciado en la Camara de Diputados, sancionado por el Congreso Nacional y mandado cumplir por el Poder Ejecutivo en 16 de diciembre de 1828*. Santiago: Imp. de N. Ambrosy y Compañía, por E. Molinare, 1828, 23 p.

³² Decía el artículo 133: “El año de 1836 se convocará por el Congreso una gran Convención, con el único y exclusivo objeto de reformar ó adicionar esta Constitucion, la cual se disolverá inmediatamente lo haya desempeñado. Una lei particular determinará el modo de proceder, número de que se componga, y demás circunstancias”. Cuando se adoptó esta decisión el Constituyente del 28 —en forma ciega— cerró toda posibilidad de ajustar las instituciones por la vía legal, abriendo camino justificado a las rupturas violentas, Vd. Jaime EYZAGUIRRE, *Historia de Chile*.— 2ª ed.— Santiago: Zig-Zag, 1973, t. II, p. 470.

³³ Las sucesivas reformas a la que se sometió a partir de 1865 a la *Constitución* conservadora, y particularmente las de 1874, la despojaron de sus características más singulares; así para un iushistoriador contemporáneo, esas habrían sido auténticas reformas ‘constituyentes’ —distintas de las que él mismo denomina ‘simples’— y que alterarían de raíz el orden constitucional, pasando de uno conservador a otro liberal democrático. Interesante punto de vista, respecto del cual mantengo ciertas reservas en cuanto a que ellas originaran una nueva carta política. Vd. Eric Eduardo PALMA González, *Historia del Derecho*

La *Constitución de 1925* –el otro modelo del acto presidencial de 2005– tuvo un origen tan reñido con la teoría política y constitucional, como las otras. Vuelto al poder Arturo Alessandri (20 de marzo de 1925), aprovechó la coyuntura política para cambiar el régimen de gobierno, dentro del plazo que restaba a su mandato. Sin desear restablecer el Congreso disuelto, ni convocar a nuevas elecciones para otro, así como tampoco acogiendo lo que la normativa constitucional mandaba para la reforma del texto –dos congresos consecutivos– el Presidente optó por una medida radical: nombró a una Comisión Consultiva, “encargada de informar al Gobierno sobre todo lo relativo a los procedimientos a que debe ceñirse la organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente y a la cual se someterán también en consulta las materias que el Gobierno estime conveniente”³⁴, e integrada –eso sí– por personalidades que reflejaban las distintas corrientes de opinión del país³⁵. Reunida la Comisión, y después de un debate, se formaron de su seno dos subcomisiones: una que prepararía el proyecto de reforma constitucional y otro que consideraría la manera de aprobarlo.

De la primera subcomisión, integrada por quince miembros designados por el Presidente –quien además la presidía– salió el proyecto que se elevó a la Comisión Consultiva entre el 22 y el 23 de julio de 1925, la que le hizo unas observaciones. Finalmente se evacuó el proyecto final, el cual se sometió a plebiscito el 30 de agosto del mismo año. La votación fue favorable a la nueva Constitución (43,03%), pero hubo una abstención estimada de un 54,63% ; cabe añadir que el voto no fue secreto.

La *Constitución* se promulgó el 18 de septiembre de 1925.

Algo más hay que agregar: Alessandri no deseó una Asamblea Constituyente por distintas circunstancias; el tenía “el convencimiento profundo”³⁶ –son sus palabras– de que si se llevaba el asunto a una Asamblea,

“[N]o saldría jamás de allí el necesario régimen presidencial. Un grupo de hombres constituido en Asamblea carece de la superioridad moral necesaria para despojarse de atribuciones y facultades”³⁷.

En cuanto a la *Constitución* actual, su historia no está más cercana al ideal político que las demás. Producido el golpe de Estado de 1973, la Junta de Gobierno se arrogó el poder constituyente y la Carta de 1925 quedó, de hecho, derogada. Luego se creó una Comisión de pocos integrantes de expertos constitucionalistas, y con una representación política ínfima, que preparó un anteproyecto, que pasó después al Consejo de Estado, y de ahí a la misma Junta, de cuyo seno emanó el proyecto definitivo, que se sometió a un plebiscito sin garantías de mínima transparencia. Todo esto es historia reciente y conocida, por lo que omito mayores detalles.

De este modo, todas nuestras constituciones –salvedad hecha, repito, de la liberal de

Chileno (1808-1924). Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, [2005], p. 304. el mismo concepto ocupa para referirse a las reformas introducidas a la *Constitución de 1980* en 1989, Vd. su artículo “De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución Binominal de 2005”, en: *Derecho y Humanidades*, N° 13, pp. 61-62. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, [Centro de Alumnos], 2008.

³⁴ Decretos N° 1422, de 7 de abril de 1925; N° 1784, de 22 de abril de 1925; N° 3543, de 17 de junio de 1925 y N° 3607, de 23 de julio de 1925, Cfr. CARRASCO Delgado, *op. cit.* (n. 19), p. 152.

³⁵ Arturo ALESSANDRI Palma. *Recuerdos de gobierno*. Santiago: Ed. Nascimento, 1967, t. II, p. 166.

El estudio de quiénes integraron esta Comisión se debe a Mario BERNASCHINA G. y Fernando PINTO L. *Los Constituyentes de 1925: Trabajo colectivo del Seminario de Derecho público con una introducción de su Director Profesor D. Aníbal Bascañán Valdés*. Santiago: Universidad de Chile, 1945, 303 p.

³⁶ Alessandri, *op. cit.* (n. 35), p. 229.

³⁷ *Ibid.*

1828–, tuvieron un origen espurio de acuerdo a la teoría política, y el hecho de que los congresos o las comisiones tuvieran en mayor o menor grado una legitimidad política, no desvirtúa el hecho de su excepcionalidad reñida con el derecho. En todas esas situaciones no hay, pues, un proceso democrático transparente involucrado y la ciudadanía, quien, recordemos, es la depositaria real del poder constituyente, no interviene, no se expresa respecto a la norma fundamental, sino cuando, eventualmente, debe ratificarla o no en un plebiscito. Siguiendo este argumento, y aceptando el criterio de un joven profesor, el resultado en cada una de esas situaciones no es sino una constitución de carácter meramente *semántica*³⁸, las que se validarían o con la práctica, o bien con las reformas consecuentes a las que se les someterían, y en las cuales el constituyente se expresaría.

“[E]n concordancia con la teoría democrática del poder constituyente, me parece necesario convenir que sólo es posible hablar de poder constituyente cuando es el pueblo quien se da a sí mismo un ordenamiento constitucional, directamente o no, como es más frecuente y deseable, por medio de sus representantes democráticamente electos; al hablar de poder constituyente, sólo puede hacerse referencia al pueblo. Por el contrario, si un sector del pueblo se arroga, por sí y ante sí, la facultad de crear una norma fundamental, desconociendo las funciones que a este respecto corresponden al pueblo y careciendo de una representación suficiente, no está ejerciendo el poder constituyente: dicha realidad histórica podrá recibir cualquier otro calificativo –como ocurre con las constituciones pactadas y otorgadas del siglo XIX europeo–, pero en ningún caso el de poder constituyente; consecuentemente, el producto de esta instancia mal puede ser identificada como una Constitución en sentido pleno”³⁹.

Así, los modelos históricos tenidos por tales en la ceremonia de septiembre de 2005 en La Moneda, son febles, y no representan cabalmente la idea de ‘legitimación histórica’ a la que aludió el Primer Mandatario.

En síntesis, la edición de este libro de las *Constituciones Políticas de la República de Chile: 1810-2005*, y su correlato con el folleto presidencial citado, constituyen un excelente ejemplo de cómo se manipula la historia, demostrando que cuando la política mete sus manos en asuntos científicos serios, sus esfuerzos degeneran en resultados panfletarios. La tergiversación histórica, la manipulación de los hechos, está bien para intelectuales sin escrúpulos, que carecen de sentido crítico, de medida, de sapiencia y hasta de preparación, y que en aras de la libertad de expresión, pueden publicar o decir lo que se les antoje; sin embargo no corresponde cuando son instituciones del Estado las que participan en el proyecto, gastándose en ello los fondos públicos, de los contribuyentes, o bien, cuando es la principal autoridad de la República a la que se arriesga al hacerla pronunciar palabras reñidas con la realidad. Esos tiempos de manipulación ideológica ya pasaron... o deberían de haber pasado.

Felipe Vicencio Eyzaguirre

³⁸ Jaime BASSA Mercado. *El Estado constitucional de Derecho: Efectos sobre la constitución vigente y los derechos sociales*. Santiago: LexisNexis, 2008, p. 37.

³⁹ *Ibid.*, p. 35.