

UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

**MARIANO EGAÑA Y LA CODIFICACIÓN  
PROCESAL EN CHILE.**

***Las instituciones de los Fueros, Implicancias y  
Recusaciones, Conciliación y Fundamentación de las  
Sentencias.***

*Memoria para optar al grado de  
licenciado en ciencias jurídicas y sociales*

ALUMNA: CAROLINA BEATTIE CRUZ  
PROFESOR GUÍA: BERNARDINO BRAVO LIRA

SANTIAGO, ABRIL 2009

## **ÍNDICE**

<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	1
----------------------------------	---

### **CAPÍTULO I**

<u>El tema y las fuentes</u> .....	2
------------------------------------	---

### **CAPÍTULO II**

Proyecto de ley de administración de justicia y organización de tribunales de Mariano Egaña

1 Derecho vigente a la época de los inicios de la codificación procesal .....	4
1.1 Derecho de Castilla .....	6
1.1.1 Los prácticos .....	7
1.1.2 Conclusiones .....	10
1.2 Legislación nacional .....	12
1.3 Hacia la codificación .....	12
2 Críticas a la legislación vigente .....	13
3 Recepción de las críticas .....	16
3.1 Argentina .....	17
3.2 Perú .....	18
3.3 Bolivia .....	18
4 Descripción del proyecto de 1835 .....	19
4.1 Lo que se proyectó .....	19
4.2 Lo que se realizó .....	23
4.3 Lo que se promulgó .....	24

## **CAPÍTULO III**

### **Estudio de fuentes**

1	Los fueros .....	26
1.1	Los fueros en el Derecho Indiano .....	26
1.2	Los fueros en el Proyecto de Administración de Justicia .....	29
1.3	Antecedentes del Proyecto de Administración de justicia en el tema de los fueros .....	33
1.4	Conclusiones .....	35
2	Implicancias y recusaciones .....	36
2.1	Las recusaciones en el Derecho Indiano .....	36
2.2	Las recusaciones en el Derecho Patrio .....	38
2.3	Las recusaciones en el Proyecto de Administración de Justicia .....	40
2.4	Antecedentes del Proyecto de Administración de justicia en el tema de las recusaciones .....	42
2.5	Conclusiones .....	45
3	Conciliación .....	47
3.1	La conciliación en el Derecho Patrio .....	47
3.2	La conciliación en el Proyecto de Administración de Justicia .....	50
3.3	Conclusiones .....	55
4	Fundamentación de las sentencias .....	57
4.1	La fundamentación en el Derecho Indiano .....	57
4.2	La fundamentación en el Proyecto de Administración de Justicia ..	57
4.3	Antecedentes de la norma sobre fundamentación de sentencias ..	60
4.4	Conclusiones .....	61
	<b><u>CONCLUSIONES GENERALES</u></b> .....	62
	<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b> .....	63

## **INTRODUCCIÓN**

El estudio de las fuentes del derecho es sin duda una tarea que debe ser llevada a cabo. Conocerlas es necesario tanto para comprender el origen y los fundamentos de las instituciones jurídicas que nos rigen como para proyectar las modificaciones legislativas futuras que los cambios de época exigen constantemente.

Los códigos que hoy rigen en Chile son, como en gran parte del mundo occidental, la vía fundamental de expresión del Derecho. Han sido el resultado de todo un camino recorrido en pos de lograr la mejor forma de regulación de la vida en sociedad y de contar con una herramienta eficaz para el progreso de los pueblos.

Es por esto que, a pesar de todas las críticas y reparos que puedan hacerse al analizar esta técnica legislativa y de que ya se haya empezado a hablar del fin de la era codificadora<sup>1</sup>, las investigaciones sobre el proceso codificador en nuestro país tienen especial importancia.

Los trabajos al respecto son escasos y han sido desarrollados fundamentalmente en el campo del Derecho civil<sup>2</sup>, siendo aún necesarios en otras áreas del saber jurídico, en particular en materia procesal<sup>3</sup>.

Este trabajo tiene por objeto completar en alguna medida los vacíos referidos intentando el estudio sistemático de los primeros pasos que se dieron en nuestro país en orden a lograr la codificación de las leyes procesales. Para esto, se analizará la labor codificadora del jurista Mariano Egaña a quien en el año 1834 fue encomendada la misión de elaborar un proyecto de ley de administración de justicia y organización de tribunales, trabajo que culminó con la promulgación de las llamadas "Leyes Marianas" en el año 1837.

---

<sup>1</sup> MONTT OYARZÚN, Santiago. *Ocaso del ideal codificador*, en Revista de Derecho y Humanidades, nº 6, 1998. pp 105-111.

<sup>2</sup> Al respecto cabe mencionar los trabajos de BRAVO LIRA, Bernardino. *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*, en Revista de Estudios Historico-Jurídicos IX, 1984. pp. 51-64; *La codificación de los derechos nacionales en Europa e Iberoamérica y su disociación del derecho común*, en Revista Chilena de Historia del Derecho, nº 15, 1989 pp. 147-172; GUZMÁN BRITO Alejandro. *La fijación del derecho*, Ediciones Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1977; Andrés Bello *codificador*. Ediciones Universidad de Chile, Santiago, 1982, 2 tomos.

<sup>3</sup> Al respecto ver: BRAVO LIRA Bernardino. *Los comienzos de la codificación en Chile. La codificación procesal*, en Revista Chilena de Historia del Derecho nº 9, 1983, pp. 191-210; y MORA MIRANDA Marcial. *Las Leyes Marianas*. Imprenta Gutenberg ,Santiago, 1917.

## **CAPÍTULO I**

### **El tema y las fuentes**

*"Al ver su volumen, se creará que sus 963 artículos son otras tantas disposiciones copiadas de códigos extranjeros, más el que los lea con meditación pensará de otro modo. En él se ve depurado el fondo de nuestras leyes de todo lo relativo a los tiempos en que se formaron..."<sup>4</sup>.*

Esto escribió Andrés Bello en "El Araucano" comentando las reglas sobre sustanciación de los juicios del Proyecto sobre Administración de Justicia de Mariano Egaña<sup>5</sup>, considerando de este modo, que el rasgo distintivo de esta obra fue el haber reformulado el derecho que a la sazón regía, formando un código propio de derecho nacional. Sin discurrir soluciones jurídicas propias, ni por cierto copiar códigos extranjeros, Egaña logró, en este cuerpo normativo que nunca llegó a ser el primer Código de Procedimiento Civil de la República, poner en técnica codificadora el derecho vigente.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las fuentes del proyecto de 1835. Para esto se revisarán, por una parte, las legislaciones procesales extranjeras que pudieron ser tenidas en vista por su autor<sup>6</sup>. Entre estas destacan la Ley Española Sobre Causas de Comercio de 1830<sup>7</sup>, complementaria del Código de Comercio de

---

<sup>4</sup> BELLO, Andrés. *Obras Completas*. Tomo VII: *Opúsculos jurídicos*. Editorial Nascimento, Santiago, 1932. p. 187.

<sup>5</sup> *Proyecto de Administración de Justicia y Organización de Tribunales*. Imprenta de la Independencia, Santiago, 1835.

<sup>6</sup> En orden a determinar los textos considerados por Egaña para elaborar su normativa es útil consultar: SALINAS, Carlos. *La Biblioteca de don Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de derecho*. En, *Revista de estudios histórico-jurídicos* VII, 1982, pp. 389-540. En relación a este tema, dentro de la extensa colección se encuentran, por ejemplo: Código de Procederes de Santa Cruz de 1832, Código de Procedimiento del Estado de Luisiana de 1825, Código de Procedimiento Civil francés de 1805, La Ley de Enjuiciamiento sobre las Causas de Comercio, de 1830, el Código de Comercio español de 1829, etc.

<sup>7</sup> *Código de Comercio español, concordado y anotado, seguido de la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio*. Imprenta de D. Anselmo Santa Coloma, Madrid, 1855.

1829, el Código de Procederes de Santa Cruz<sup>8</sup>, Bolivia, del año 1833, el Código de Procedimiento Civil francés<sup>9</sup> de 1805 y austríaco de 1781.

En segundo lugar, y siguiendo la pista dada por Bello, se tendrá muy especialmente en vista la legislación Indiana que regía aun después de la revolución emancipadora. Para este objeto son de gran valor los prontuarios de juicios de mayor uso en la época que intentaban determinar el derecho vigente entre la frondosa legislación peninsular.

Finalmente debe señalarse respecto del método que se observará en este trabajo, que la labor comparativa se llevará a cabo a nivel institucional. Es decir, se estudiarán las principales instituciones contenidas en el proyecto de 1835 en relación con las mismas en las diversas legislaciones que se estima sirvieron de base para su elaboración, con el objeto de llegar a determinar su verdadero origen y fundamento.

En orden a acotar este estudio de fuentes, se ha escogido llevarlo a cabo sobre cuatro instituciones procesales. Estas son: los fueros, las implicancias y recusaciones, el procedimiento de conciliación y finalmente la fundamentación de las sentencias en el proyecto de 1835, intentando dar así el primer paso en una investigación que se estima necesaria para llegar a un conocimiento más cabal de los orígenes de nuestro derecho.

---

<sup>8</sup> *Código de Procederes Santa Cruz*, Tipografía de Gutierrez, Cochabamba, 1862.

<sup>9</sup> Code de Procédure Civile. Chez Firmin Didot Librairie, París, 1808.

## **CAPÍTULO II**

### **Proyecto de ley de administración de justicia y organización de tribunales de Mariano Egaña.**

#### 1. Derecho procesal civil vigente

En sus inicios, como Reinos de la Corona española, en América hispana rigió el Derecho Indiano, que es el conjunto de normas jurídicas vigentes durante la época monárquica. Estaba compuesto por: el Derecho indígena, que el colonizador español respetó siempre que no se opusiera a la religión católica y a las nuevas normas imperantes; el Derecho especial para Indias, que comprende las normas jurídicas que expresamente se han dictado para América, y que se manifiesta fundamentalmente a través de la ley y la costumbre, y el Derecho de Castilla, que adquiere vigencia en América con carácter subsidiario<sup>10</sup>.

Posteriormente, luego de la revolución emancipadora, Chile adquiere su plena autonomía, lo que trae consigo la formación del Estado independiente y la creación de un Derecho nacional.

Para entonces el panorama jurídico cambia, y la legislación vigente en el país quedó de la siguiente manera: como norma general siguió en vigencia la legislación castellana aplicable en América al momento de producirse la emancipación, según el orden de prelación existente, salvo en lo que se opusiera a las nuevas leyes dictadas por el Estado.

---

<sup>10</sup> EYZAGUIRRE Jaime. *Historia del derecho*. Editorial universitaria, Santiago, 1989, p 129.

El orden de prelación para la aplicación de este derecho supletorio de Castilla puede resumirse de la siguiente manera:

- *Primer grado*: Ordenamientos y Pragmáticas. Tenían preferencia para su aplicación las dictadas con posterioridad a la Novísima Recopilación, que era la más reciente.
- *Segundo grado*: La Novísima Recopilación, de 1805.
- *Tercer grado*: La Nueva Recopilación de 1567. Estas leyes regían en lo que no se encontraren derogadas por disposiciones ulteriores.
- *Cuarto grado*: Las leyes de Toro de 1505.
- *Quinto grado*: Las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenanzas de Montalvo, de 1484.
- *Sexto grado*: El Ordenamiento de Alcalá de 1348.
- *Séptimo grado*: Las Leyes de Estilo, el Fuero Real y los Fueros Municipales, que se probaren en uso.

Ya en el proyecto de Constitución de Juan Egaña, redactado en 1811 y publicado en 1813, se dispone que rijan "*las leyes corrientes en los puntos en que no se opongan a la Constitución o a las leyes y reglamentos del Gobierno, Censura y Junta*".

En la Constitución de 1818 en su Título V, que trata "De la autoridad judicial", se lee en el artículo 2º que los miembros del poder judicial "*juzgaran todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el Senado que proveerá de remedio*"<sup>11</sup>.

En segundo lugar, hubo casos durante el período republicano en que se dio expresa aplicación en Chile a leyes peninsulares que en los tiempos de la dominación española no tenían vigencia, ya sea por no contar con el requisito de haber sido despachado por el Consejo de Indias una cédula especial que ordenase guardarlas en las provincias o por haberse dictado después de producida la independencia<sup>12</sup>.

Por último, regían con preponderancia sobre las anteriores las diversas leyes nuevas dictadas por el Estado independiente.

Este era el contexto legislativo chileno imperante durante los primeros años de vida independiente<sup>13</sup>; y como puede apreciarse, en los albores de la República en el país regía en gran medida la legislación española del mismo modo en que lo había hecho en

- 
- *Octavo grado*: Las Partidas, cuya vigencia oficial empieza al promulgarse el Ordenamiento de Alcalá. CORVALÁN, Jorge y CASTILLO, Vicente. *Derecho procesal indiano*. Editorial Jurídica, Santiago, 1951. p. 45-46.

<sup>11</sup> EYZAGUIRRE Jaime. Op.cit. p.201.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Mientras tanto, en Europa diversos códigos ya habían visto la luz: Baviera, a mediados del siglo XVIII codifica el derecho penal (Codex Iuris Bavarici Criminalis), civil (Codex Iuris Bavaricus Civilis), y procesal civil (Codex Iuris Bavarici Judicialis). Prusia: Codifica en primer término la legislación procesal civil (1781) y en 1794 culmina la codificación civil. Austria: Durante el reinado de José II se promulgan los códigos de procedimiento civil (1781), penal (1787), y el de procedimiento criminal (1788). En 1811 es finalmente promulgado el Código Civil. Italia: En 1786 se promulga el "Código Leopoldino" que recoge la legislación penal, y en 1865, el Codice Civile. Francia: En 1804 surge el símbolo de la codificación, que es aprobado por la Asamblea Nacional como Code Civil des francais, conocido más tarde con el nombre de Code Napoleón. Este código fue el principal modelo de los elaborados por otros países durante el siglo XIX. Luego fueron promulgados otros códigos, como el Code de Commerce, Code de Procédure y el Code Penal. GONZALEZ VERGARA Paulina. *Codificación y técnica legislativa*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Profesor guía: Alejandro Vergara B. Santiago Universidad Católica, 1997, p. 41-42.

la época monárquica. Por esta razón, en orden a determinar el derecho vigente, se distinguirá el derecho castellano de la legislación nacional posterior a la independencia.

### 1.1 Derecho de Castilla

Llegar a determinar mas o menos satisfactoriamente cual era, dentro de este marco, el derecho vigente (y dentro de este, el derecho procesal civil vigente) en estos primeros tiempos, no es de ningún modo tarea sencilla. Precisamente las críticas al ordenamiento jurídico que finalmente desembocaron en la adopción de la técnica legislativa codificadora se referían a la poca claridad que exhibía el sistema recopilador propio de la legislación castellana. Este, basado en la casuística, superposición de normas, agrupación de disposiciones según criterios dispares, sin grados decrecientes de generalidad, presentando multitud de glosas y comentarios a las normas, conducía al desconocimiento e incertidumbre acerca del derecho vigente, amplios sectores en desuso, incoherencia y contradicciones.

Una fórmula utilizada incluso desde la época en que este regía, para conocer el derecho vigente, es la de determinarlo a través de los libros de derecho de uso corriente en aquel entonces, pues las dificultades y el mucho tiempo que demandaba el interiorizarse debidamente de aquella legislación esparcida en numerosos volúmenes, influían para que se diera preferencia a los tratadistas y comentadores antes que dedicarse a su conocimiento directo. Hurgando en estas publicaciones sería posible, entonces, hacerse una idea bastante exacta del Derecho Indiano y su pervivencia hasta la codificación.

En materia propiamente procesal es posible identificar varias obras de práctica forense elaboradas por destacados juristas para facilitar el trabajo de los operadores del derecho. Ya a través de ellos es posible observar un intento, no sólo de decir cual es la norma vigente, sino también de alcanzar cierto grado de sistemática, de organicidad de los temas.

Dado que el objeto de este trabajo no es el Derecho Procesal Indiano sino los inicios de la era codificadora en materia procesal, en las líneas siguientes se intentará presentar, a través de una breve descripción de los prácticos mas relevantes todavía en uso en la época y presentes en la biblioteca de Egaña según el trabajo ya referido de Carlos

Salinas, un panorama general del procedimiento civil subsistente aún en las primeras décadas del siglo XIX, con el objeto de otorgar una perspectiva de aquel derecho que, como se sabe, sirvió de base fundamental a los codificadores para llevar a cabo su empresa. Por lo demás, diversas instituciones de Derecho Indiano serán examinadas con mayor detención al analizar las partes del proyecto de 1835 objeto de este estudio, y sus fuentes.

### 1.1.1 Los prácticos

#### Curia Philipica

De Juan Hevia Bolaños. Es un libro de Derecho Procesal publicado por primera vez en Lima en 1603 que alcanzó una gran difusión en América española y España por más de dos siglos y medio, con numerosas ediciones en ambos continentes. Está dividida en dos tomos: el primero trata en su primera parte del juicio civil e incluye tanto materias de organización (cabildo, elección de oficios, recibimiento, ministros, etc) como de procedimiento (libelo, citación, dilatorias, etc). La segunda parte se refiere al juicio ejecutivo; la tercera regula el procedimiento criminal; la cuarta, el juicio de residencia, y la quinta está reservada a la segunda instancia, en particular a los recursos que pueden oponer los litigantes (apelación, mejora de la apelación, recurso de agravios, de primera y segunda suplicación y apelación al cabildo).

El Tomo II, en tanto, está dedicado al derecho mercantil<sup>14</sup>

#### Manual de Práctica Forense

De Manuel Antonio Castro, impreso en Buenos Aires en 1834. Se divide en tres tratados. El primero está dedicado a materias orgánicas (del orden y organización de las magistraturas y tribunales de justicia), reglas comunes a todos los juicios (del juicio en general y de las personas que intervienen en él, de la recusación de jueces superiores e inferiores, asesores, relatores y escribanos), juicio ordinario (orden y

---

<sup>14</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan. *Curia Philipica*. Oficina de Ramón Ruiz, Madrid, 1797.

forma del juicio civil en primera instancia), y recursos (de la apelación y sus efectos, del recurso de súplica, de la segunda suplicación, de los recursos de fuerza).

El tratado II ordena los trámites del juicio ejecutivo, y el tercero se ocupa de diversos procedimientos especiales (juicio de cuentas, denuncia de obra nueva, juicio de retracto, etc)<sup>15</sup>.

#### *Prontuario de los Juicios: su orden, sustanciación e incidencias*

Elaborado en 1782 por el abogado de la Real Audiencia de Charcas Francisco Gutierrez Escobar pero erroneamente atribuido a José Marcos Gutierrez, uno de los continuadores de la saga de los "Febrero", ampliamente conocido como el "Cuadernillo de Gutierrez".

Consta de dieciséis capítulos. Los dos primeros se destinan al juicio civil ordinario (advertencias preliminares a todos los juicios, primera instancia, segunda instancia, primera suplicación, segunda, recurso de fuerza y juicio contra reo contumaz). Los capítulos III, IV y V se refieren al procedimiento ejecutivo (del juicio ejecutivo, de los juicios de espera de acreedores, cesión de bienes, juicio de concursos, pleito de acreedores). El capítulo VI, en tanto, regula el procedimiento criminal, distinguiendo aquel con reo presente del contra reo ausente.

De aquí en adelante (capítulos VII a XVI) trata sobre distintos juicios especiales, como juicio de competencias, de inventarios y partición de bienes, sumarios de despojo, juicios de cuentas, etc.<sup>16</sup>

#### *Librería de Escribanos o Instrucción Jurídica Teórico-Práctica de Principiantes*

Sin duda, el de mayor difusión dentro del género de los prácticos fue la obra de José Febrero Bermúdez, cuya primera edición data de 1769. Tuvo numerosas reediciones y actualizaciones, incluso hasta fines del siglo XIX. Una de ellas, la más cercana a la fecha del proyecto de Egaña y que fue probablemente la que este tuvo a la vista, es el Febrero Novísimo o Librería de Jueces, abogados y escribanos, elaborado por Eugenio Tapia y publicado en 1828.

---

<sup>15</sup> CASTRO, Manuel Antonio. *Prontuario de práctica forense*. Imprenta de la Independencia, Buenos Aires, 1834.

<sup>16</sup> GUTIERREZ; José. *Prontuario de los juicios: su orden, sustanciación e incidencias*. Imprenta de los tribunales, Santiago, 1846.

Consta de diez tomos, y en cuanto a la materia, está dividido en libros y tratados. Los libros I y II se refieren a asuntos civiles de naturaleza sustantiva, como las personas (estado de las personas, patria potestad, matrimonio, dotes, arras, prohiaciones, emancipaciones, legitimaciones, tutelas, curadurías, etc); las cosas (sus clasificaciones, el dominio, servidumbres, sucesiones hereditarias, mayorazgos, patronato, capellanías), las obligaciones, pactos y contratos, y derecho mercantil.

El libro III está dedicado al procedimiento civil y se titula "de las acciones y de los juicios".

El título 1º se refiere a las acciones y excepciones. El Título 2º regula el juicio civil ordinario y contiene materias orgánicas (de los jueces árbitros y arbitradores, de los abogados, asesores, definición y división de los juicios y personas que intervienen en ellos, jueces ordinarios y delegados y su jurisdicción) y procedimentales (de la demanda, citación y emplazamiento, contestación y sus efectos, de la prueba, del término probatorio, tachas, conclusión de los autos para definitiva, de la sentencia definitiva, apelación, mejora de la apelación, del recurso de súplica, de la segunda suplicación, de injusticia notoria). El título 3º, en tanto, se ocupa del juicio ejecutivo, mientras que el cuarto lo hace del concurso de acreedores y sus clases.

A continuación, la sistemática que se observaba hasta aquí parece perderse: el tomo VI, que es el que sigue al procedimiento concursal, a pesar de señalar que es la continuación del Libro III, parte con un título 1º referido al inventario y tasación de los bienes de la herencia, sigue con el 2º sobre la división de la herencia entre la viuda y los herederos del difunto, y finaliza con el 3º reservado a la partición de bienes.

Siguiendo la lógica inicial, esta materia debería haber sido colocada a continuación del título 2º del Libro II (de las sucesiones hereditarias); sin embargo cabe pensar que tal incongruencia solo resulta problemática a la luz de los criterios de división por materias, grados decrecientes de generalidad, etc, imperantes hoy. En tanto que a principios del siglo XIX tal forma de organizar el derecho estaba recién en sus inicios.

En todo caso, el tomo VII vuelve a los juicios, en particular al juicio criminal. Sin embargo no lo designa con el Título IV, sino solo con: "Tratado del Juicio Criminal". Luego viene el "Tratado de los recursos de fuerza", y finalmente cierra con un "Índice general y razonado, por orden alfabético, de las materias contenidas en el Febrero

Novísimo”, de gran utilidad para ubicar en donde, exactamente, dentro de los diez volúmenes que comprende la obra, se encuentra cada materia<sup>17</sup>.

### 1.1.2 Conclusiones

Examinando las obras de práctica forense expuestas en líneas anteriores es posible darse cuenta de los intentos sistematizadores en ellos. Se ve claramente delineado un esquema de contenidos que posteriormente se consolidaría con la codificación y que organiza el Derecho procesal dividiéndolo en 4 grandes áreas:

a. Juicio Civil Ordinario: Todos los prácticos destinan uno o dos de los Títulos, o Capítulos, o Libros en que se divide la obra, a este juicio (Curia Philipica. 1ª Parte: Del Juicio Civil; Febrero. Título 2º, Libro III: Del Juicio Civil Ordinario; Gutierrez. Capítulo I: Del Juicio Civil Ordinario; Castro: el Tratado I sin denominación está íntegro referido al procedimiento civil ordinario).

Dentro de esta gran categoría, eso sí, agrupan indistintamente materias que posteriormente se diferenciarían claramente, como:

- Normas sobre organización: La Curia Philipica le dedica los números 1 (Cabildo), 2 (Elección de oficios), 3 (Recibimiento), 4 (Jurisdicción), y 6 (Ministros), de su Parte 1ª; Febrero en sus cuatro primeros capítulos del Libro III regula materias orgánicas: De los jueces ordinarios y delegados y de su jurisdicción, De los jueces árbitros y arbitradores, como también de los compromisos, De los asesores y abogados; Castro en el Título 2º del Tratado I se refiere al “Orden y organización de las magistraturas, y tribunales de justicia”; en Gutierrez ocurre algo distinto, pues es procedimental y no contiene materias orgánicas.
- Normas comunes a todo procedimiento: También se insertan dentro del juicio ordinario normas sobre fueros, sobre las personas que intervienen en los juicios, mandato judicial, requisitos de las resoluciones judiciales, recusaciones de los jueces, etc.
- Procedimiento: en que la tramitación presenta básicamente las mismas fases que se observan incluso hoy para igual clase de controversias: de discusión, de

---

<sup>17</sup> TAPIA, Eugenio. *Febrero Novísimo, o librería de jueces, abogados y escribanos*. Imprenta de Ildefonso Mompié, Valencia, 1828.

prueba, de alegatos sobre la prueba rendida, y resolución del asunto. La Curia Philipica destina la parte final del capítulo sobre juicio civil al tema procedimental: nº 12: citación; nº 13: dilatorias; nº 14: contestación; nº 15: perentorias; nº 16: dilaciones; nº 17: prueba; nº 18: sentencia; Febrero hace algo similar, pues luego de reglar los asuntos orgánicos y comunes se refiere a: la demanda; la citación o emplazamiento; contestación y sus efectos; compensación; reconvencción y sus efectos; prueba que puede hacerse en juicio y sus especies; término de prueba; publicación de probanzas; conclusión de los autos para definitiva; sentencia definitiva.

b. Juicio ejecutivo: Los tratadistas desarrollan este procedimiento de una forma extensa, detallada y dentro de capítulos completamente independientes. Así por ejemplo, Hevia le dedica toda la Parte 2ª de su Curia Philipica; Febrero lo regula en el Título III; Castro en el Tratado II, y Gutiérrez, por último, en el Capítulo III de su "Cuadernillo".

c. Juicio Criminal: Se encuentra en la Parte 3ª de la Curia Philipica: "Del juicio criminal"; En el "Tratado del juicio criminal", en Febrero, quien no le otorga numeración; en el Capítulo VI de Gutiérrez; en este punto Castro difiere, pues no regula el procedimiento para perseguir los delitos.

d. Recursos: A partir de este punto los comentadores se vuelven menos homogéneos de lo que habían sido. En el caso de los recursos no todos le dedican una sección exclusiva. Por ejemplo, Gutiérrez y Castro se refieren a ellos dentro del Capítulo I y Tratado I respectivamente, dentro del juicio ordinario. La Curia Philipica, en cambio, les destina toda la parte 5ª: "De la segunda instancia"; Febrero, si bien los agrupa en la parte final del Título sobre juicio ordinario, reserva un tomo completo (IX) a los recursos de fuerza.

Respecto de los juicios especiales, su presencia en los prácticos es irregular: la Curia Philipica no se refiere a ellos en absoluto, y lo mismo ocurre con Febrero.

Castro en cambio, les dedica todo el Tratado III; y Gutiérrez los regla en sus Capítulos VII a XIV<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Esto sin considerar al juicio ejecutivo entre los especiales

## 1.2 Legislación nacional

A pesar de que, como se señaló, el Derecho Castellano constituyó la base del Derecho Procesal Civil que regía durante los años que siguieron a la independencia, no fue este el único. Fuera del Derecho de la metrópoli, durante los primeros años de vida independiente del país, y antes de darse los primeros pasos en el camino de la codificación, se intentaron algunas innovaciones en materia de procedimiento.

En primer lugar, en la *Constitución de 1823* la Cámara de Apelaciones, que desde 1817 había reemplazado a la Real Audiencia como cabeza de la judicatura ordinaria fue transformada en Corte de Apelaciones. Por sobre ella se instituyó una Corte Suprema de Justicia que pasó a ser el máximo tribunal. Además se establecieron jueces letrados de primera instancia en todo el territorio, los que reemplazaron a los auditores letrados, a los alcaldes y corregidores. De esta forma se configuró la judicatura en forma piramidal que subsiste hasta hoy, cuya base la conforman los juzgados de letras de primera instancia, por encima de ellos las Cortes de Apelaciones, y en la cúspide, la Corte Suprema.

Otra importante modificación procesal la constituyó el *Reglamento de Administración de Justicia* de 1824, complementario de la Constitución del 23, que, entre otras reformas introdujo normas sobre impugnaciones y recusaciones, los llamados juicios prácticos, y el trámite previo de conciliación obligatoria<sup>19</sup>.

## 1.3 Hacia la codificación

Posteriormente, conforme avanzaba el proceso de consolidación del Estado independiente, la necesidad de contar con un Derecho nacional se hizo cada vez más apremiante, no solo con el fin de contar con normas acordes con la época en curso y con la idiosincracia del país, sino también como un acto de ruptura formal con la Metrópoli, ya que un pueblo que se autodetermina a través de la dictación de las

---

<sup>19</sup> BRAVO LIRA Bernardino. *Bello y la Judicatura*. En: Congreso internacional "Andrés Bello y el derecho". Santiago, 1982, pp.51-52.

normas que han de regirlo, es un pueblo soberano. Este es el rasgo distintivo de la codificación hispanoamericana respecto de la europea<sup>20</sup>.

La forma lógica de llevar a cabo esta creación del Derecho nacional era a través de la dictación de códigos siguiendo la tendencia imperante en Europa, y así se hizo.

Es de creencia general que en Chile la codificación comenzó con la dictación del Código Civil en 1855 y terminó medio siglo más tarde con la promulgación de los códigos de Procedimiento Civil de 1901 y de Procedimiento Penal de 1906. Sin embargo esto no es efectivo, la codificación en Chile produjo sus primeros frutos en 1837, es decir, veinte años antes de que entrara en vigencia el Código Civil. Tuvo por objeto precisamente materias de derecho procesal. Y sirvió para definir las líneas fundamentales de la codificación posterior<sup>21</sup>.

## 2. Críticas a la legislación vigente

Ya desde los primeros años de vida republicana del país existía la conciencia de que era necesaria una profunda reforma al régimen procesal. A este respecto, la lista de las críticas que se formulaban al sistema de enjuiciamiento vigente es larga. Iban desde la multiplicidad de actuaciones judiciales, que alargaban innecesariamente los pleitos, hasta la necesidad de fundamentar las sentencias, pasando por muchos otros vicios del procedimiento que los juristas de la época denunciaban.

Andrés Bello, por ejemplo, desde su llegada al país en 1829, se preocupó del tema. Lo sustancial acerca de su pensamiento sobre la judicatura fue publicado en *El Araucano* entre 1830 y 1837. Posteriormente la codificación civil concentró toda su atención, ocupándose desde entonces solo contadas veces del tema judicial. A continuación se transcriben los artículos que contienen las principales críticas que el redactor del Código Civil formuló a la administración de justicia y su pensamiento acerca de la imperiosa necesidad de alcanzar una reforma:

---

<sup>20</sup> GONZÁLEZ, Paulina. Op. Cit, p,28.

<sup>21</sup> BRAVO LIRA Bernardino. Op cit. (nota 3), p. 191.

*"... ¿Pudieron, no decimos los sucesores de Fernando el Católico, sino los Alfonsos, los Éjicas, los Ervijios, o subiendo mas arriba, los Justinianos y Teodosios, dar reglas para la administración de los negocios de sociedades que habian de levantarse en un mundo tan diferente del suyo ... por una fatalidad común a todos los nuevos estados, mientras el hacha de la revolución ha derribado sin piedad tantos establecimientos antiguos, el genio del despotismo ha encontrado un asilo impenetrable en el foro...*

*Creemos pues, que el punto capital a que debe dirigirse la atención de los nuevos gobiernos, es a establecer una administración de justicia verdaderamente republicana y liberal, carácter que no tendrá mientras las leyes no sean escrupulosamente observadas".<sup>22</sup>*

*"Reconociendo las cualidades que adornan a los dignos individuos que componen la alta magistratura de Chile ... nada es más a propósito para obscurecer el brillo de la magistratura y para envilecerla en cierto modo a los ojos de sus compatriotas y de las naciones extranjeras, que la dura necesidad en que está colocada de administrar un sistema vicioso, cuyos malos efectos se imputa sin razón a los jueces, en vez de atribuirse a las leyes y prácticas establecidas".<sup>23</sup>*

*"Leyes sabias hemos tenido, es cierto, desde la dominación española, aunque exijan algunas reformas análogas a los adelantamientos del siglo y a nuestras actuales instituciones. Pero estas mismas leyes, diseminadas en vastos volúmenes, oscurecidas por el desorden, por las contradicciones y por las innumerables glosas de los comentadores, no podían presentar una norma segura a los ciudadanos para dirigir sus acciones, ni a los jueces para decidir con acierto las cuestiones sometidas a su conocimiento. Era preciso salvar todos estos inconvenientes; era preciso purgar nuestra legislación de toda especie de trabas que coartasen la libertad civil, desnudarla de todas las contradicciones que ofuscasen los preceptos de la ley, sacarla del tenebroso laberinto de los comentarios, presentarlas en cuerpos ordenados y reducidos que faciliten su conocimiento a toda clase de*

---

<sup>22</sup> *El Araucano* nº 9, de 11 nov. 1830.

<sup>23</sup> *El Araucano* nº 280, de 15 enero 1836.

*individuos y que a una rápida ojeada ilustrasen a los jueces en el ejercicio de sus importantes atribuciones. Todo esto es el objeto de la operación que el célebre Bentham (sic) ha designado con el nombre de codificación; y esto es cabalmente lo que el gobierno ha querido hacer al presentar a las Cámaras un proyecto de reglamento de administración de justicia"*<sup>24</sup>

Por otra parte, el propio Mariano Egaña expuso su pensamiento acerca del estado actual del sistema de justicia en la Memoria que presenta al Congreso Nacional en el año 1839. Sus críticas corrían por dos vertientes: los procedimientos judiciales por una parte, y la organización de tribunales, por otra.

Respecto del primer punto, señala:

*Jamás podremos lisonjearnos ... mientras permanezca un sistema judicial que, establecido para el régimen de una monarquía semi-feudal i despótica, contiene primeramente el vicio radical de no ser adaptable a nuestras actuales instituciones i derecho público. ¿Quién podrá ver sin asombro tantos principios, tantas garantías judiciales, tantas disposiciones conformes a la moralidad i luces del siglo, mandadas ejecutar por el ministerio de unas leyes que las desconocen o positivamente las reprueban? Obligando a que por otra parte a que los pleitos de algún interés se ajiten siempre por escrito: multiplicando las actuaciones judiciales i prolongando la duración de los procesos con dilaciones inútiles o vejatorias: alejando el conocimiento de la verdad por el defectuoso método de recibir las pruebas: rechazando, por medio de una práctica que parece evitar cuidadosamente que el litigante se ponga en contacto con sus jueces, las ventajas de las conferencias, esplicaciones i trámites verbales: permitiendo recursos lejanos y dispendiosos, cuyos gastos exceden al interés cuestionado: i dando sobre todo amplio lugar a los entorpecimientos y depravada astucia de algunos litigantes...*<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> *El Araucano* nº 324, de 18 nov 1836.

<sup>25</sup> EGAÑA Mariano. *Memoria que el Ministro de Estado en el departamento de Justicia, Culto e Instrucción pública presenta al Congreso Nacional* el año 1839. Documentos Parlamentarios, I. Imprenta del ferrocarril, Santiago, 1858, p.202.

En segundo lugar, Egaña expone cuales, a su juicio, son las principales deficiencias en el sistema de organización de los tribunales y las más urgentes reformas que deben practicarse en orden a que estos cumplan de mejor forma con su tarea de administrar justicia:

*Cuantos tribunales contiene la nación ... se dirijen por las leyes españolas, i lo que es todavía más chocante, por nuestras leyes coloniales que no solo no han tenido presentes ni aún imaginado las nuevas atribuciones i planta de los actuales tribunales, sino que las más de las veces les son opuestas ... La defectuosa organización del tribunal establecida para recibir las apelaciones, hace que no alcance a conocer de todas ellas, i que para remediar este mal se haya trasladado también el conocimiento en segunda instancia a la Suprema Corte, erigido así el tribunal supremo a quien está encargada la superintendencia económica, directiva y correccional sobre todos los tribunales i juzgados de la nación, en una corte ordinaria... En esta parte puede asegurarse con toda la certidumbre a que dan lugar la experiencia i el conocimiento del estado actual de la nación, que sin una arreglada división del territorio de la República en distritos judiciales: sin que los jueces letrados de primera instancia visiten en determinadas épocas del año la parte señalada a su jurisdicción, para sentenciar en cada pueblo las causas pendientes, principalmente las criminales: i sin que se constituyan en jueces de apelación para conocer en última instancia de aquellos pleitos cuyo monto no excede a los gastos que emprenderían las partes si ocurriesen a la Corte de Apelaciones, no obtendremos una razonable administración de justicia ni una acertada organización de los juzgados de primera instancia<sup>26</sup>.*

Como es posible apreciar claramente a partir de los escritos de estos dos ilustres juristas de la época, en el país se percibía que ya era hora de modernizar el aparato administrador de justicia, no sólo con el fin de afianzar a la nueva República, sino también como respuesta a la necesidad de adaptarse a los nuevos tiempos, para los que el antiguo sistema ya no aparecía como el más idóneo.

### 3. Recepción de las críticas

---

<sup>26</sup> Ibid. p. 203.

Siempre que se habla de modificar el sistema de administración de justicia, incluso hoy, los objetivos centrales invariablemente son los mismos: la simplificación de los trámites por una parte, y la resolución de los conflictos en menor tiempo, por otra.

Como se vio, por la multiplicidad de objeciones al derecho imperante durante los primeros años republicanos este caso no fue la excepción. Se hablaba de dilación interminable de los procesos, tramitación enmarañada, gastos desproporcionados para los litigantes, burla a la justicia, falta de unidad, abundancia injustificada de recursos, inexactitudes, ambigüedades, etc, etc. Y no solo en Chile, sino en todo el continente.

Para la época en que Mariano Egaña proyectaba su obra, pocas naciones de las que formaron parte de la monarquía española habían logrado reformar su legislación procesal:

### 3.1 Argentina.

Solo a partir de 1852 surge una firme voluntad codificadora del derecho procesal al dictar el Director provisorio de la Confederación Argentina Justo José de Urquiza el 24 de agosto de ese año un decreto designando las comisiones encargadas de redactar los códigos que reformarían la justicia. La tarea, sin embargo, no se realizó, y fue solo en 1863 que se promulgó la Ley Nacional 50 de Procedimientos para la Justicia Federal, redactada por la Corte Suprema de Justicia.

Antes de esa fecha, la mayoría de las provincias promulga elementales reglamentos de administración de justicia en los que se insinúan reformas dirigidas a simplificar los trámites, abreviar la duración de las causas y facilitar las actuaciones de las partes. Estos, sin embargo, desde el punto de vista formal eran tradicionales ya que no estaban redactados en técnica codificadora. Entre estos cabe destacar el Reglamento Provisorio dictado por el Congreso de Tucumán el 3 de diciembre de 1817, cuyas disposiciones fueron a menudo reproducidas por otras constituciones y leyes provinciales.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> LEVAGGI, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino*. Tomo II Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1987, p. 85; y *La codificación del procedimiento civil en la Argentina*, en Revista Chilena de Historia del Derecho, nº 9, 1983, p. 212-213.

### 3.2 Perú.

En este país, producida la independencia el 28 de julio de 1821, continuaron rigiendo las leyes españolas tanto en la organización judicial como en los procedimientos.

Solo en 1836, con el establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana rigió en materia de procedimiento civil el Código de Procederes boliviano por imposición del protector Santa Cruz. Esta situación duró lo que el gobierno que la introdujo. En 1838 el general Obregoso los declaró insubsistentes, así como también el Reglamento Orgánico de Juzgados y Tribunales de 10 de diciembre de 1836 y se reestableció en consecuencia, la observancia de la legislación preexistente y se ordenó que los juzgados y tribunales se arreglaran a ella hasta que el Congreso resolviese lo conveniente.

Sin embargo, la nueva forma de gobierno dada al país y las leyes y decretos promulgados para constituirla, hicieron evidentemente dificultosa la aplicación de las leyes españolas. No obstante, las convulsiones políticas que agitaron a este país en los años 1840 y siguientes impidieron la regularización del sistema jurídico y solo por decreto de 22 de noviembre de 1850 se mandó publicar los Códigos Civil y de Procedimientos.<sup>28</sup>

### 3.3 Bolivia.

El caso boliviano fue algo distinto: ya en los comienzos del régimen republicano, Simón Bolívar dictó el Decreto Supremo de 21 de diciembre de 1825 por el que los tribunales de justicia debían sujetarse en materia procedimental a la Ley de las Cortes Españolas de 9 de octubre de 1812.

Sin embargo, la insuficiencia de esas leyes y su falta de concordancia con el nuevo orden jurídico y político adoptado, hicieron que la Asamblea Constituyente de 1826 dictara la ley de 8 de enero de 1827 que consta de 281 artículos, distribuidos en siete títulos, en los cuales se detalla con bastante amplitud la jurisdicción de los tribunales, el número de estos y los procedimientos que deben adoptarse en la tramitación de las

---

<sup>28</sup> MAC LEAN ESTENÓS, Percy. *Historia del derecho procesal en el Perú*, en Revista de Derecho Procesal III, 1ª parte, 1945, p. 239-268.

contendidas judiciales. Para la época, y de acuerdo con la Constitución Política Bolivariana, satisfacía en parte las necesidades del momento y daba ya una orientación republicana a los procedimientos supeditados hasta entonces por ideas y costumbres emanados del antiguo régimen.

Aquella ley estuvo en vigencia hasta el año 1832 en que se promulgó el Código de Procederes de Santa Cruz, inspirado también en la legislación española. Los redactores, profundos conocedores de las leyes peninsulares en tanto que abogados recibidos en la época colonial, en el proyecto que elaboraron hicieron predominar los preceptos de derecho procesal de la legislación española con algunas modificaciones, en la forma mas que en el fondo.<sup>29</sup>

#### 4. Descripción del proyecto de 1835.

##### 4.1 Lo que se proyectó.

Según la idea inicial, este trabajo debía abrazar tres partes. La primera debía tener por objeto "la administración de justicia en negocios civiles", la segunda debía referirse a "la administración de justicia en lo criminal", y finalmente la tercera debía comprender "la erección y organización completa de cuantos tribunales i juzgados deben existir en la República para hacer efectiva la administración de justicia, según lo establecen las dos leyes precedentes".

Egaña, en las Memorias Ministeriales del año 1839, explica detalladamente al Congreso cual era el plan a seguir, y la estructura de la nueva legislación:

*La lei de administración de justicia debe necesariamente preceder a la organización de tribunales, porque esta es una consecuencia de aquella; i sin que se establezca primero el sistema de los juicios, sus diversas instancias, los fueros si los hubiere de haber, la prolongación o brevedad de los trámites: en suma, sin decidir las formas i método de administrar justicia, no podrá saberse que número de tribunales o que número de jueces en cada uno bastarían para desempeñar estas funciones: qué atribuciones*

---

<sup>29</sup> PAREDES M, Rigoberto. *Historia del derecho procesal boliviano*, en Revista de derecho procesal II , 1ª parte, 1944, p. 366-379.

*deben señalarse a cada uno: qué deberes se les han de prescribir. Por estas razones lo primero que se propondrá al examen de las Cámaras será el sistema de administración de justicia, o llámese lei de enjuiciamiento; concluyéndose con la organización de tribunales i, en jeneral, de todos los establecimientos pertenecientes al orden judicial<sup>30</sup>.*

A continuación, pasa a detallar los contenidos de cada una de las partes a abordar, y los objetivos que se alcanzarían en cuanto a mejorar la administración de justicia en el país. Respecto de la primera parte señala:

*Los trabajos del Gobierno están divididos en tres partes. La primera comprende la administración de justicia en negocios civiles. No serían los pleitos una de las graves presiones de la vida, si para juzgarlos no se exigiese más trámites que los necesarios para oír los alegatos de las partes, i esclarecer la verdad de los hechos, pero se ha abusado tanto de las formas i dilaciones establecidas para estos objetos, i nuestras leyes i usos forenses dejan un campo tan abierto a la astucia i depravación de los litigantes interesados en retardar la conclusión del juicio, que con los entorpecimientos, costos, pérdidas que causan, destruyen los fines de la administración de justicia, entre las cuales, despues de la rectitud de la sentencia, es el primero la prontitud en pronunciarla. El gran designio, pues, en toda reforma de esta clase, debe ser promover la pronta terminación de los pleitos i para ello disminuir los trámites, diligencias i actuaciones que no se consideren absolutamente necesarios, e impedir por medio de reglas severas e inexorables, que el descuido de los jueces o la malicia de las partes las introduzcan. No presenta la historia una época en que las naciones civilizadas se haya tratado con mas zelo de reformar las instituciones judiciales que en los últimos 7 años; i es digna de observarse la tendencia jeneral que se descubre en todos sus reglamentos, hacia evitar las actuaciones por escrito, i subrogarlas con comparencias i esplicaciones verbales. Este es en efecto el modo mas pronto, fácil, i tal vez el mas seguro de instruir a los jueces i examinar la verdad, i este es seguramente el que mas bien evita los entorpecimientos<sup>31</sup>.*

---

<sup>30</sup> EGAÑA, Mariano. Op.cit. p.245.

<sup>31</sup> Ibid.

Concretamente, los beneficios del nuevo sistema se traducirían en los siguientes aspectos:

*Después de dar una sustanciación más rápida a aquellos (juicios) en que o por la cortedad de la materia disputada, o por la naturaleza de la contienda, ocasiona mas perjuicios la demora, no permite más actuaciones por escrito que las que en los juicios graves se conceptúan indispensablemente necesarias: reduce los demás trámites precisos a comparecencias i diligencias verbales: suprime toda actuación escrita en los artículos interlocutorios, en estos episodios de los pleitos mas dilatados a veces que la acción principal, i que son el arbitrio seguro de vejar i entorpecer: limita las instancias i recursos extraordinarios: establece un sistema de probanza fácil, sencillo, que no da lugar a dilaciones maliciosas, i en que recibiendo los hechos todo el esclarecimiento de que son susceptibles, queda al juez la satisfacción de haber examinado por si mismo la verdad, i a las partes la seguridad de haber probado fiel i lealmente cuanto les convenía: cierra la puerta a los recursos lejanos i dispendiosos que deben causar gastos superiores al interés cuestionado: proporciona facilmente i a la mano los recursos cuando estos se consideran necesarios: establece reglas seguras para no dar cabida a entorpecimientos i demoras: refrena i castiga la malicia de los litigantes, e indemniza al litigante honrado a costa de su injusto contendor<sup>32</sup>*

Posteriormente, se refiere a la segunda parte del proyecto. A saber, la justicia penal:

*La segunda parte del proyecto comprende la administración de justicia en lo criminal. Las dilaciones que tanto vejan i perjudican en las causas civiles son todavía más funestas en las criminales, por la necesidad que hai de dar inmediata satisfacción a la vindicta pública i por la penosa situación en que por lo regular se encuentran los reos<sup>33</sup>.*

---

<sup>32</sup> Ibid. P. 245-246.

<sup>33</sup> Ibid. p.246.

Siendo las bondades de este nuevo conjunto de normas, las que, entre otras, pasa a detallar:

*... La pronta averiguación de los delitos i la sustanciación i terminación de los procesos, ... franquear, del modo más liberal, todos los medios necesarios para la protección de la inocencia i defensa de los acusados, ... no se condenará por las deposiciones de los testigos que el mismo reo o juez no hayan oído o examinado, ... el acusado se confrontará con sus acusadores o delatores, ... el mismo juez que ha de pronunciar la sentencia será quien practique personalmente el examen de testigos i las otras actuaciones indagatorias, ... el castigo será pronto para que tenga efecto el escarmiento, único fin que se propone la lei en la aplicación de las penas<sup>34</sup>.*

Por último, expone a las Cámaras la tercera parte del proyecto, que comprende los tópicos orgánicos:

*La tercera parte del proyecto comprende la organización completa de cuántos tribunales i juzgados deben existir en la República para hacer efectiva la administración de justicia, según la establecen las disposiciones de las dos partes precedentes.*

También detalla algunas normas en particular que contendrán novedades en esta materia:

*... ha procurado evitar la multiplicidad de fueros que en todos los países, i especialmente en Chile, por circunstancias particulares, es un grave inconveniente para la pronta i cumplida administración de justicia.*

*... los pleitos en general se dividen en pleitos de mayor, de menor i de mínima cuantía; i para las dos últimas clases se establecen juzgados separados i de fácil recurso i donde se decidan las contiendas sumariamente: proporcionando recursos, igualmente fáciles sólo en aquellos casos en que la cuantía de la demanda es de alguna consideración i los inconvenientes i costos de la segunda instancia, aunque verbal i rápida, no igualan o exceden el valor de lo que se disputa.*

---

<sup>34</sup> Ibid.

*... dividido el territorio de la República en distritos judiciales, se establece que los jueces designados al efecto, recorran, en determinadas épocas del año, su respectivo territorio, para sentenciar las causas pendientes.*

*... se determinarán los deberes jenerales de los jueces i los particulares de cada uno.*

*... se establecen las reglas convenientes sobre su responsabilidad i sobre la forma de hacerla efectiva.*

*... les señala salarios competentes que los proporcionen desahogo i faciliten que estos importantes destinos se desempeñen por los ciudadanos más honrados i sabios.*

*... se organiza la superintendencia directiva, correccional i económica sobre todos los tribunales i juzgados de la República<sup>35</sup>.*

#### 4.2 Lo que se realizó.

En el año 1835 se publicó la primera parte sin que las restantes llegaran algún día a materializarse.

Constaba de 963 artículos, divididos en 19 títulos. Bravo Lira en su obra "Los comienzos de la codificación en Chile", distingue tres grandes temas en los que se divide el proyecto de 1835.

En primer lugar, las Materias Generales de Procedimiento, a las que se refieren los siguientes títulos:

- Título I: De los recursos judiciales y división de los pleitos.
- Título II: Del fuero competente
- Título XI: De la apelación y segunda instancia.
- Título XII: De la ejecución de las sentencias.
- Título XIII: De los recursos extraordinarios. (de nulidad, vejaciones, de responsabilidad personal del juez, de fuerza).
- Título XV: De las implicancias y recusaciones.
- Título XVII: Disposiciones jenerales sobre todos los juicios.
- Título XIX: De las declaraciones de pobreza.

---

<sup>35</sup> Ibid. P. 247.

En segundo término, el Juicio Civil Ordinario está regulado en el título IV, subdividido a su vez en cinco secciones: La primera, dedicada a la demanda y procedimiento hasta el estado de prueba; la segunda, a la prueba y absolución de posiciones; la tercera, al procedimiento posterior a la prueba y la sentencia; la cuarta, al procedimiento contra contumaces y ausentes; y finalmente, la sección quinta trata de las disposiciones especiales en los pleitos de menor cuantía.

El tercer gran tema de la primera parte del proyecto de Egaña es el de los Procedimientos Especiales. Son bastante numerosos y se encuentran en los siguientes títulos:

- Título III: De la conciliación.
- Título V: Del orden de proceder en el juicio práctico
- Título VI: Del juicio ejecutivo.
- Título VII: De la oposición de terceros al juicio ejecutivo y concurso de acreedores.
- Título VIII: Del orden de proceder en la cesión de bienes y convenio entre el deudor y sus acreedores.
- Título IX: Del orden de proceder en los juicios sumarios de posesión.
- Título X: Del orden de proceder en la partición de herencia.
- Título XIV: Del juicio arbitral.
- Título XVI: Del procedimiento en los pleitos de mínima cuantía y en los sujetos al conocimiento de los tribunales domésticos y juzgados de abastos.
- Título XVIII: Disposiciones especiales en el conocimiento de algunos negocios. (sección primera: disposiciones especiales en los juicios sobre materias de Hacienda; sección segunda: disposiciones especiales en los juicios sobre materias mercantiles; sección tercera: disposiciones especiales en los juicios sobre materias de minería).

#### 4.3 Lo que se promulgó.

No sólo, como se dijo anteriormente, Mariano Egaña jamás llegó a publicar las dos últimas partes de su proyecto, sino que además la primera parte sobre procedimiento civil nunca llegó a ser sancionada como un todo. Solo algunas partes de ella, en el año

1837, fueron promulgadas a través de decretos leyes conocidos con el nombre de "Leyes Marianas", en honor a su autor.

Estas fueron: el decreto ley que ordena que se funden las sentencias de los jueces de 2 de febrero de 1837 y complementario de 1º de marzo de 1837; decreto ley sobre implicancias y recusaciones también de 2 de febrero de 1837; de juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837; y decreto ley sobre recurso de nulidad, de 1º de marzo de 1837.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Hay que precisar, no obstante, que fuera de aquellas que eran parte integrante del proyecto de 1835 y estaban referidas a procedimientos judiciales, las "Leyes Marianas" fueron muchas y versan sobre un sinnúmero de materias de diferente interés, como por ejemplo: Ley Orgánica de Ministerios; Decreto que crea los Consejos de Guerra permanentes y fija su organización y atribuciones; Decreto sobre los requisitos que deben tener los empleados de los ministerios; sobre qué se entiende por delitos leves y penas que a estos corresponden; sobre ejecución de sentencias; sobre pedimentos de minas, etc, etc, que fueron elaborados por Egaña entre los años 1837 y 1839. MORA MIRANDA, Marcial. Op cit, p.18.

## ***Estudio de fuentes***

### **CAPÍTULO III:**

#### 1. Los fueros

##### 1.1 Los fueros en el Derecho Indiano

Sobre una explicación general acerca del tema de los fueros y la aplicación de esta institución por el Derecho Indiano, se utilizará como guía fundamental las investigaciones que en este tema ha realizado el profesor Abelardo Levaggi, de la Universidad de Buenos Aires<sup>37</sup>.

Forum o forus, señala este autor, era entre los romanos el lugar destinado para los negocios y la ventilación de los pleitos. Este foro o fuero es competente si es propio de los que llevan a él sus pleitos, y por lo mismo es foro propio y competente el de aquel juez que tiene potestad de conocer en la causa y jurisdicción sobre el reo. Fuero especial o privilegiado, en tanto, es la reunión de exenciones concedidas a determinadas clases de personas, y también de poder conocer en las causas civiles y criminales de cierta clase o relativas a ciertas personas que las leyes han sustraído de la jurisdicción ordinaria.

En América Hispana se podía distinguir dos clases de fueros especiales, desde el punto de vista de su elemento preponderante: los estrictamente personales, y aquellos que tenían carácter profesional y se emparentaban con los actuales fueros reales.

Los primeros abarcaban todos los asuntos judiciales que se referían a la persona del titular. Perteneían a esta categoría el fuero eclesiástico, el militar y de marina. Los segundos comprendían solamente los asuntos vinculados con el ejercicio de la profesión respectiva. Por ejemplo, el fuero mercantil y el minero.

---

<sup>37</sup> Estos trabajos sobre los fueros han sido publicados en: *Manual de historia del derecho argentino*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1987; y *Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata*, en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, nº 22, 1971. pp. 44-91.

Otra clasificación tiene en cuenta la extensión de este: por una parte podía alcanzar la totalidad de los asuntos en los cuales la persona aforada era parte (civil y criminal; activo y pasivo), o solo algunos. También en cuanto extensión del fuero podía ser personalísimo o amplio, o sea, beneficiar solo al titular o, además, a sus familiares y criados.

#### Fuero eclesiástico.

Desde los primeros tiempos, la Iglesia Católica reconoció en los obispos el poder de juzgar e imponer penas a los clérigos y los fieles de su diócesis, y el de actuar como pacificadores y árbitros en sus pleitos. Este es el origen del fuero eclesiástico.

La intervención del obispo creció en la Edad Media al admitirse que un litigante podía elegir a un obispo por juez, aun contra la voluntad de la otra parte, pasando así estos a detentar un verdadero poder jurisdiccional.

A partir del siglo XIV, fueron frecuentes en Castilla las quejas y peticiones hechas en las cortes para que se impidiera a los obispos entender de los pleitos correspondientes a la jurisdicción real y se penara a los legos que emplazaban o citaban para ante la justicia eclesiástica sobre cosas temporales. Así se hizo, y se prohibió el sometimiento a la jurisdicción eclesiástica de cuestiones de deudas u otras cosas profanas.

El Derecho Indiano admitió el privilegio del fuero a todos los clérigos, tanto de órdenes mayores como menores, con tal que sirvieran algún ministerio o cursaran estudios y vistieran hábito. Como fuero personalísimo que era, no se extendía a otras personas.

La materia que comprendía era amplia. En principio, se extendía a todas las causas civiles y criminales de los clérigos. De sus causas civiles, no obstante, se sostenía que siendo actor el clérigo y lego el demandado, debía conocer el juez secular, salvo que hubiera costumbre contraria en el lugar.

Además, eran de competencia de la justicia eclesiástica, por razón de la materia, las de contenido espiritual y anexas: aquellas sobre sacramentos (matrimonio), sepulturas, capellanías, delitos de blasfemia, sacrilegio, robo a iglesias. Como la Iglesia no tenía poder temporal, la aprehensión de personas, embargo de bienes, y ejecución de penas materiales, debía obtenerlos mediante el auxilio del brazo secular.

#### Fuero militar.

Se remonta al derecho romano. Aceptado en Castilla, pasó a las Indias y revistió en todo momento gran importancia para la gente de armas, al punto de constituirse a veces en el único incentivo de la carrera.

De todos los fueros, fue el más extenso: abarcaba las causas tanto civiles como criminales, activo y pasivo, y comprendía a los familiares y criados del militar.

Todas las tropas profesionales lo gozaban. El problema se presentó con las milicias (tropas no profesionales), que registraron un notable desarrollo en las Indias en la segunda mitad del siglo XVIII, a causa de la insuficiencia de las primeras, y de las necesidades defensivas que se suscitaron. Se resolvió asimilando las milicias disciplinadas, es decir, aquellas con plana mayor formada por soldados profesionales y sus miembros sujetos a los derechos y obligaciones de los reglamentos militares, a las tropas profesionales, pero dándole a su fuero carácter personalísimo.

La segunda clase de milicia, llamada urbana, que consistían en meros alistamientos cada vez que se presentaba la necesidad, solo gozó de fuero cuando estuvieron en servicio, o sea, con las armas en la mano.

#### Otros fueros especiales.

La lista era extensa. Entre otros, Levaggi identifica:

*Fuero de marina.* Presentaba características parecidas al fuero militar. El juez de las flotas era el capitán general de la armada y el almirante. También ejercieron funciones jurisdiccionales el Consejo de Indias, la Junta de Guerra de Indias, el Supremo Consejo de Guerra y el Consejo Supremo del Almirantazgo.

*Fuero de hacienda.* Beneficiaba al personal ocupado en la administración fiscal. Era personalísimo. Sin embargo, existía no solo en razón de la persona sino, además, por materia en todos los asuntos relacionados con el cobro, administración e inversión de las rentas fiscales, incluidos los de contrabando.

*Fuero minero.* Era un fuero real, como el mercantil, comprensivo de las personas dedicadas a esa actividad. Se designó a un alcalde mayor de minas encargado de juzgar todos los asuntos mineros regidos por las ordenanzas respectivas. Donde no había alcalde mayor, conocían los jueces ordinarios.

*Fuero del protomedicato.* Abarcaba a quienes legalmente ejercían el arte de curar. El protomedicato fue una institución de naturaleza corporativa, destinada a regular y controlar la práctica de la medicina e impartir su enseñanza. Entre sus atribuciones

tenía la de juzgar los crímenes y excesos cometidos por los profesionales con motivo de la profesión, y las cuestiones civiles y criminales que surgían entre ellos.

*Fuero universitario.* De origen medieval, era propio de los doctores, maestros, lectores y estudiantes. Abrazaba todos los delitos y excesos cometidos dentro de las universidades siempre que no merecieran pena corporal, y los cometidos fuera de ellas pero vinculados con los estudios. La jurisdicción recaía en el rector.

## 1.2 Los fueros en el Proyecto de Administración de Justicia

El proyecto de 1835 trata del fuero en su Título II (Del fuero competente), entre los artículos 14 a 45<sup>38</sup>, donde lo más interesante fue la forma en que Mariano Egaña trató de restringir los fueros personales, y entre estos, especialmente el eclesiástico y militar.

Ya la primera disposición del Título II señala la que será la regla general de la nueva legislación: el fuero común. El artículo 14 establece: *"No habrá más que un solo fuero para toda clase de personas, sin otras excepciones que las que espresamente establece la presente ley"*.

Dejando claro que la intención de la ley es que todas las causas y todas las personas sean juzgadas por la jurisdicción ordinaria, y que solo de forma excepcional se admitirán tribunales especiales.

Luego se refiere a las excepciones a esta regla general, que son, en primer lugar, el fuero personal fundamentado en el estado, profesión o jerarquía de las personas, y en él se incluyen los eclesiásticos, militares, y algunas autoridades administrativas. En segundo lugar está el fuero real, introducido en consideración a la naturaleza de la materia litigiosa, enumerados en el art. 19. Entre ellas, los juicios que se refieren a objetos espirituales, de hacienda, minería, comercio, etc.

En efecto, el artículo 15 señala que *"los eclesiásticos continuarán gozando del fuero particular, en los términos que previenen las leyes actuales, o previnieren en adelante, ..."*, pero agrega que este se sujetará a las excepciones que establece la ley: *" ... y con la excepción que previene el artículo"*

---

<sup>38</sup> Proyecto de Administración de Justicia y Organización de Tribunales. pp. 3-10 .

Inmediatamente al artículo 16 consagra el fuero eclesiástico exclusivamente pasivo: *"El fuero de los eclesiásticos es puramente pasivo"*, esto es, opera sólo si el individuo del clero ha sido demandado por un tercero y no si actúa como demandante.

El 17 por su parte, se refiere al fuero militar: *"Así los individuos del ejército permanente de mar y tierra, como las milicias, continuarán gozando del fuero particular que les señala la respectiva ordenanza, en todas las causas que se versen sobre delitos militares: pero queda abolido el fuero militar en todas las causas civiles, y en todas las criminales que se formaren para la averiguación y castigo de los delitos comunes"*.

Adicionalmente, otros artículos del título II también se ocupan de limitar este fuero. El artículo 25, que autoriza la prórroga de la jurisdicción cuando las partes han consentido expresa o tácitamente, dice en su inciso 2º: *"Sin embargo un lego no puede someterse a un juzgado eclesiástico en causa que por derecho no corresponde a este"*.

Por otra parte el artículo 37 establece que *"el fuero correspondiente a la calidad del negocio u objeto disputado prefiere siempre al fuero personal"*.

Este intento de limitar el fuero de los militares y eclesiásticos encontró fuerte oposición nada menos que en Andrés Bello quien, no obstante alabar entusiastamente la obra de Egaña en términos generales, en este tema en particular manifestó sus críticas en una serie de artículos escritos en "El Araucano" en los meses de marzo y abril de 1836.

A continuación se revisan los comentarios más relevantes expresados por Bello en aquel semanario:

A propósito de lo dispuesto por la parte final del artículo 17 que reconoce el fuero militar solo para las causas que versen sobre delitos militares, quedando abolido en las civiles y en las criminales que se refieran a delitos comunes, Andrés Bello manifiesta su total disconformidad basado en razones del tenor de que *"los militares forman una clase enteramente diversa en hábitos, en trabajos i, sobre todo, en una obediencia tan ciega a las leyes de la milicia i a las órdenes de sus jefes que no admite interpretaciones ... Esto supuesto, nada nos parece tan justo como que ciudadanos tan estrictamente ligados al rigor necesario para la conservación de la milicia, no reconozcan otra dependencia que la de los jefes, ... "*

Y se pregunta: “ ... después de esto, sujetar a ese mismo militar a otra dependencia, cuales las de los jueces civiles ... ¿no es añadir un verdadero gravamen a su condición? ... ¿no es además distraerle en cierto modo de la obediencia, del respeto, de la absoluta sumisión que debe a los jefes de la milicia?”.

Añade incluso argumentos que dicen relación con el resguardo del bien común: “el mismo juez civil podrá verse muchas veces burlado mandando comparecer al militar al mismo tiempo que sus jefes han dispuesto de su persona” o: ”¿quién no ve cuanta carga se agrega a los juzgados comunes, conociendo de las causas que hoy conocen los juzgados militares?”<sup>39</sup>.

Siguiendo la misma línea formula férrea oposición al art. 37 transcrito anteriormente que hacía primar siempre el fuero real por sobre el personal. Objeta que “ ... viene en cierto modo a reducir a la nulidad todo fuero particular i especialmente el eclesiástico continuado por el artículo 15, atacando a más de esto de un modo notable la inmunidad eclesiástica, establecida y respetada por todos los derechos; en la que no encontramos necesidad ni justicia para hacer variación alguna ... pues si bien se mira, no hai cosa que no tenga una autoridad a que corresponda el conocimiento sobre ella en el fuero ordinario ... Por ejemplo: una causa sobre propiedad de ciertas tierras, por la naturaleza del objeto de la disputa, pertenece a los juzgados ordinarios; pues a ellos deben ocurrir siendo demandados el militar i el eclesiástico ...”<sup>40</sup>.

Sin reparar en que el artículo 37 se refería, obviamente, solo a los fueros especiales del artículo 19 y no al fuero común general del artículo 15 sobre el que seguiría primando el fuero personal.

Otro poderoso motivo que, al parecer de Bello, reafirmaba su postura en orden a mantener los fueros sin variaciones, era que su existencia, y no su supresión, garantizaba la igualdad entre los litigantes:

*“el establecimiento de este fuero no es tanto a favor de las personas de las clases a quienes se termina, cuanto en beneficio de los que se ven obligados a litigar con aquellos que por razón de su destino deben presumirse con influencia capaz de hacer temer ... ciertas contemplaciones ...*

---

<sup>39</sup> El Araucano n° 288 de 11 de marzo de 1836.

<sup>40</sup> El Araucano n° 293 de 15 de abril de 1836.

*Por esto, el juzgado o tribunal que haya de destinarse a los juicios de que tratamos, debe formarse de los individuos más calificados ... para que, en cuanto es dable, pueda creerse que obrarán con la firmeza que acaso no se encontraría en los jueces ordinarios, tratándose de asuntos en que fuesen interesados los mismos de quienes tienen dependencia ...<sup>41</sup>*

Es de este modo entonces, que el fuero no importaría un privilegio para determinadas clases sino la garantía de un trato igualitario y un juicio justo para todos.

Sin embargo, al abundar en consideraciones sobre este mismo punto el redactor del Código Civil parece por fin expresar claramente lo que en realidad pensaba acerca de los motivos que aconsejaban conservar inmutable el régimen foral:

*“es absolutamente indispensable que la lei establezca ciertas distinciones entre los que mandan y los que obedecen ... Desde el momento en que todos los del pueblo se miren iguales con el majistrado, sus preceptos no pueden contar con el acatamiento que corresponde ... es preciso que la lei proceda de tal suerte que establezca entre ellos i los demás cierta distinción i que, sin eximirlos de su imperio, los haga parecer de una clase distinta a los ojos del pueblo ...<sup>42</sup>”.*

Por último, dos comentarios más vertidos en “El Araucano” son sintomáticos. Aunque se trata de críticas más bien de tipo formal y sin ir al fondo del asunto, dejan entrever la suerte de irritación que generó este afán expropiador de privilegios:

Primero, al comentar al art. 16 (el fuero de los eclesiásticos es puramente pasivo) señala que nunca las leyes han consagrado el fuero eclesiástico activo: *“subsistiendo el fuero eclesiástico conforme a las leyes actuales, no encontramos en ellas que en caso alguno los eclesiásticos gocen de fuero atractivo, que consiste en obligar al demandado a que litigue precisamente en el fuero del demandante; y bajo este supuesto nos parece inadmisibile el artículo dieciséis, pues hace una declaración absolutamente innecesaria, después que el artículo precedente ha dicho todo cuanto puede decirse sobre el particular”<sup>43</sup>*. De este comentario se desprende que lo que se habría buscado mediante la inclusión del referido artículo 16 sería solamente enfatizar el nuevo status de fuero restringido que a partir de entonces correspondería a los miembros del clero.

Al artículo 25 sobre la prórroga de la jurisdicción (*Sin embargo un lego no puede someterse a un juzgado eclesiástico en causa que por derecho no corresponde a este*) también se le formulan reparos de la misma índole. El inciso 2º de este, al prohibir a los legos que otorguen competencia por medio de prórroga a los tribunales eclesiásticos parece estar limitando las atribuciones de estos. Ante esto, Bello comenta

---

<sup>41</sup> El Araucano nº 289 de 18 de marzo de 1836.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> El Araucano nº 288 de 11 de marzo de 1836.

lo siguiente: “... no espresa, como debió espresar, que un eclesiástico tampoco puede someterse a un juez lego en causas que espresamente no estén designadas por derecho; porque según el mismo derecho no puede ni aun con juramento renunciar su fuero, según es demasiado sabido; porque tanto en el juez eclesiástico como en el lego falta en estos casos el principio de jurisdicción que es necesario para que ella sea prorrogable: debe pues en nuestro concepto hacerse esta adición al artículo porque la falta de ella haría se creyese que entre nosotros desde la publicación de un nuevo reglamento de justicia podía el eclesiástico apartarse de su fuero y prorrogar jurisdicción.<sup>44</sup>”.

### 1.3 Antecedentes del Proyecto de 1835 en el tema de los fueros.

Luego de analizar las disposiciones del proyecto de Mariano Egaña respecto de los fueros, claramente aparece la voluntad de este de restringir los privilegios lo máximo que era posible en aquella época. Por lo demás, el mismo Egaña lo dice expresamente al dar cuenta de su proyecto al Congreso (*... ha procurado evitar la multiplicidad de fueros que en todos los países, i especialmente en Chile, por circunstancias particulares, es un agrave inconveniente para la pronta i cumplida administración de justicia*)<sup>45</sup>

Sobre el origen de este régimen limitado de privilegios, dos alternativas son las que parecen más plausibles a la hora de intentar explicar las razones que pudieron llevar al legislador a instaurarlo: en primer lugar, la consagración del principio ilustrado de igualdad ante la ley proclamado ya a fines del siglo XVIII y según el cual “por la naturaleza y ante la ley, todos los hombres son iguales” (artículo 3º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano), contra el cual evidentemente atenta la legislación indiana, pródiga en fueros de todo tipo.

Sin embargo, Egaña nunca se caracterizó por ser un férreo defensor del ideario liberal, sino más bien por haber sido uno de aquellos patriotas desencantados con el proceso de desorden y anarquía que ocasionó en el país la implementación apresurada del liberalismo europeo<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> El Araucano nº 292 de 8 de abril de 1836.

<sup>45</sup> Ver p. 22

<sup>46</sup> En orden a conocer los sentimientos de Mariano Egaña sobre este punto, las cartas llenas de amargura escritas a su padre desde Londres, durante los años que ejerció las funciones de Ministro Plenipotenciario de Chile en Inglaterra, son muy decidoras. En ellas se refiere a su

Más acorde con las ideas del jurista parece en cambio la segunda alternativa explicativa: ya se ha visto en las críticas que Egaña formulaba a la justicia heredada de la monarquía hispánica que, en su concepto, el principal vicio de que adolecía este régimen era su poca eficacia a la hora de resolver los pleitos, originada por los múltiples entorpecimientos a los que las partes debían enfrentarse, como actuaciones judiciales inútiles, excesiva cantidad de recursos, defectuosa organización de los tribunales, etc.

En este mismo sentido, la multiplicidad de fueros también constituía un escollo para la buena administración de justicia debido al gran número de tribunales que se requerían, las contiendas de competencia a que daba lugar, pues debía determinarse quien era el juez competente según el fuero, y porque los litigantes solían suscitarlas deliberadamente para enredar y dilatar los juicios.

Reafirma esta teoría el hecho de que el jurista inglés Jeremías Bentham, de quien el chileno era ferviente seguidor<sup>47</sup>, se pronunció en este mismo sentido. En este tema Bentham consideraba que, salvo escasas excepciones, cada tribunal debía tener competencia universal. De lo contrario surgen inconvenientes del tipo de: existencia de un número superfluo de tribunales, incertidumbre acerca de cual es el competente para conocer, y perjuicio al principio de publicidad, por cuanto al fragmentar la jurisdicción, se está del mismo modo fragmentando la atención de la opinión pública<sup>48</sup>.

---

humillante situación de ser el representante, en la primera potencia del orbe, de un país en continuas revueltas e incapaz de cumplir con sus compromisos financieros. EGAÑA, Mariano. *Cartas de don Mariano Egaña a su padre (1824 - 1829)*. Introducción de Aniceto Almeyda. Editorial Nascimento, Santiago, 1948.

<sup>47</sup> Por una parte, en la biblioteca de Egaña se encontraban casi todas las obras de Bentham. Por ejemplo: *De la organización judicial y la codificación*, traducida al castellano; *Traité de législation civile et penal*, *Théorie des peines et recompenses*, *Tactique des assemblées législatives*, *Essais sur la situation politique de l'Espagne*, y *Traité des preuves judiciaires* en francés; *Letters to Count Toreno on the proposed Penal Code*, y *Panopticon, or the inspection-house*, en su idioma original; SALINAS, Carlos. Op cit.

En segundo lugar, puede apreciarse su influencia sobre padre e hijo Egaña en el tema de la codificación. En diversos escritos suyos sobre el tema se encuentran presentes las ideas del padre del utilitarismo. Al respecto ver: GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Bello codificador*. pp. 198-202.

<sup>48</sup> BENTHAM, Jeremías. De *L' Organisation judiciaire et de la codification*. Traducida al francés por Estevan Dumont. Librairie de Hector Bossange, París, 1825, pp. 21-24.

#### 1.4 Conclusiones

A partir de lo señalado respecto de los fueros en el Proyecto de Administración de Justicia, se desprenden las siguientes conclusiones:

- La multiplicidad de fueros del Derecho Indiano y Castellano iba en contra tanto del ideario ilustrado que promovía la igualdad entre todas las personas, como de la buena administración de justicia, pues su existencia fomentaba que las partes suscitaran conflictos de competencia entre los jueces potencialmente hábiles para conocer.
- Debido a estos inconvenientes, tanto ideológicos como prácticos, las legislaciones más modernas optaron por restringirlos o derechamente suprimirlos.
- Egaña en su proyecto se sumó a esta tendencia a pesar de su conocida postura conservadora o "pelucona" y a pesar incluso del desacuerdo manifestado por Andrés Bello; aunque presumiblemente mas inspirado por la influencia de su propia experiencia y por las ideas del inglés Bentham en la búsqueda de una justicia mas ágil y expedita que en garantizar el principio de igualdad entre todas las personas.

## 2. Implicancias y Recusaciones

La palabra recusación viene del latín, de la voz "recusare", y es la herramienta que la leyes otorgan a los litigantes contra la parcialidad del tribunal u otros funcionarios que intervienen en el litigio.

### 2.1 Las recusaciones en el Derecho Indiano.

Para definir el carácter de esta institución dentro de una legislación determinada, el rasgo esencial que hay que tener en cuenta es la mayor o menor amplitud que se otorga a la facultad de los litigantes para recusar. De este modo, se estaría frente a un régimen de amplias libertades para recusar cuando no se exige expresar causa para pedir que se inhabilite a un juez, o si no se contempla sanción alguna para el que recusa injustificadamente.

En este sentido suele decirse del Derecho Indiano que el ejercicio de esta prerrogativa habría sido tolerada en exceso, al punto que dio lugar a abusos de los litigantes, quienes lo usaron para dilatar los procesos y evitar, en último término, que se hiciera justicia<sup>49</sup>

Sin embargo, no aparece tan claro este régimen irrestricto de recusaciones al revisar las disposiciones contenidas en las obras de los tratadistas.

Por ejemplo, a este respecto la Curia Philipica establece una diferenciación según el tipo de magistrado de que se trate. En el caso de juez eclesiástico, ordinario o delegado "se ha de espresar legítima causa de ella, como de enemistad, amistad, parentesco, interés particular y otras semejantes, que lo fueren"<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Luis Zarazaga dice que "en la antigüedad en el derecho español, Ley 22, Título 1, Libro 2 del Fuero Juzgo y Título 7, del Libro 1, del Fuero Real, Título 4º, Partida 3 y Título 2 Libro 11 Novísima Recopilación establecía que la recusación de los jueces podía hacerse sin alegar ni probar justa causa, bastando que se expresara existir causa, y que se jurase no proceder con malicia" El objeto de esta recusación sin causa, agrega el autor, "tenía por fin evitar que se abriera una discusión que pudiera afectar la dignidad de la magistratura". ZARAZAGA, Luis. *Recusación y excusación en el derecho indiano*, en Revista Chilena de historia del Derecho, nº 13, 1997, p. 121.

<sup>50</sup> Curia Philipica. P. 36.

Lo mismo ocurre *"en lo tocante a la recusación de los del Consejo, y Audiencias Reales, la petición en que se hiciere, ha de ser firmada, o jurada de la misma parte, o su procurador, que para ello tenga bastante poder. Asimismo, en esta petición de recusación se ha de espresar la causa legítima de ella, y si se recusa por parentesco de consanguinidad, o afinidad, se ha de decir de donde viene, y en que grado, y si por amistad, o enemistad, la causa de que procede, y no generalmente, aunque se diga capital, siendo la causa honesta; y de otra suerte no se ha de admitir"*<sup>51</sup>.

En tanto que tratándose de juez secular *"no es necesario espresar por qué se recusa, sino que solo el recusante diga, que le tiene por sospechoso, y lo jure"*<sup>52</sup>.

Por otra parte el "Cuadernillo de Gutierrez" titula su capítulo XV como "Del modo de proceder en las recusaciones que en toda especie de juicios se hacen de los jueces, así superiores como inferiores, de los asesores de estos, de los relatores de la Real Audiencia, i de los escribanos de cualquier tribunal i juzgado".

En materia de expresión de causa para recusar dice respecto de los superiores que *"para recusarse a la verdad, a un señor ministro, deben indispensablemente expresarse las causas que lo motiven, especificando v.g. si es de parentesco, de donde viene, i en qué grado, i si es por amistad, o enemistad, la causa de que procede, porque de lo contrario no se admite"*.<sup>53</sup>

En el caso de los demás (jueces inferiores y sus acompañados, asesores, relatores, escribanos y notarios) *"no debe expresarse la causa de ella, i así solo basta diga jurando el recusante, tenerlo por odioso i sospechoso"*<sup>54</sup>.

El Diccionario de Escriche, por su parte, establece que *"si el juez es inferior, como corregidor o alcalde, no es necesario espresar causa o motivo para recusarle, pero tratando de recusar a los jueces de tribunales superiores, es preciso alegar justa causa ... En la recusación del juez inferior no es necesario expresión de causa. Como ya*

---

<sup>51</sup> Ibid. P. 39.

<sup>52</sup> Ibid. P. 37.

<sup>53</sup> Cuadernillo de Gutierrez. p. 134.

<sup>54</sup> Ibid. P. 136.

*hemos indicado, sino que basta que el recusante alegue que le tiene por sospechoso, jurando al mismo tiempo que no le recusa por malicia ni por calumniarle*<sup>55</sup>.

Tapia en su "Febrero", sostiene que *"si el juez letrado es ordinario, o delegado secular no es menester expresar la causa de la recusación, pues basta jurar que no se le recusa de malicia, ni por calumniarle, sino porque se le tiene por sospechoso"*<sup>56</sup>.

Respecto de los magistrados superiores la regla mencionada antes se repite: *"Para recusar al juez eclesiástico ordinario se ha de expresar ante él la causa, ya sea de amistad, enemistad, parentesco, interés u otra"*<sup>57</sup>; *"Los jueces árbitros o compromisarios elegidos por las partes para dirimir y decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad nacida despues de su elección, o descubierta entonces, aunque antes naciere, o por soborno. Esta recusación se puede hacer requiriéndoles el recusante a presencia de hombres buenos que no se entrometan a conocer del negocio, pues los tiene por sospechosos por tal causa, nombrándola"*<sup>58</sup>. Y finalmente: *"Para la recusación de alguno de los señores ministros de los Reales Consejos, alcaldes de Corte, oidores y alcaldes de las Reales chancillerías y audiencias ..., se han de observar seis requisitos: ... 5º que se especifique con claridad la causa legítima que impele a la recusación"*<sup>59</sup>.

O sea, en Derecho Indiano, de acuerdo con los prácticos, no era tan ilimitado el régimen de recusaciones, pues las disposiciones transcritas indican claramente que la regla general era que respecto de los magistrados superiores había que motivar, en tanto que en el caso de los inferiores estaba permitido recusar incausadamente.

## 2.2 Las recusaciones en el Derecho Patrio.

En derecho patrio, el tema de las recusaciones aparece tratado por primera vez en el Proyecto de Constitución de Juan Egaña de 1811. Posteriormente vuelve a ser recogido

---

<sup>55</sup> ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense*. Casa de D. Mariano Alcober, París, 1831, p.583.

<sup>56</sup> Febrero Novísimo, Tomo III. P. 302.

<sup>57</sup> Ibid. p. 308.

<sup>58</sup> Ibid. p. 309.

<sup>59</sup> Ibid. pp. 310-311

en el Proyecto de Constitución provisoria de 1818, en la Constitución o'higiniana de 1822, y en la Constitución Política del Estado de Chile de 1823. Todos estos cuerpos, sin embargo, establecieron solo los lineamientos generales en cuanto al punto sin regular procesalmente su implementación.

Recién el Reglamento de Administración de Justicia de 1824 reguló el tema detalladamente, y lo hizo siguiendo la misma línea observada por el Derecho Indiano. De esta manera, los artículos 112 y 115 se refieren a la necesidad de expresar causa para separar del conocimiento de un determinado asunto a los magistrados de más alta jerarquía:

*Art. 112: Los inspectores, prefectos, subdelegados, Alcaldes ordinarios y Delegados de apelaciones pueden ser recusados por primera vez sin expresión de causa, y deben abstenerse siempre que la parte exponga llanamente ante ellos mismos que les recusa.*

*Para recusarlos por segunda o mas veces se necesita expresión de causa legal.*

*Art. 115: Los Jueces compromisarios, los Jueces prácticos, los Jueces de letras, los Ministros de la Corte de Apelaciones, la Suprema Corte de Justicia, y los funcionarios que esten señalados por la lei para subrogarles deben ser recusados con expresión de causa legal.*

Hasta aquí, como se ve, las cosas seguían bastante similares a como habían sido tradicionalmente, es decir, un régimen moderadamente limitado de inhabilitaciones. Sin embargo, Mariano Egaña consideraba que debía limitarse la facultad de recusación aun más, a juzgar por el encabezamiento que redactó para el decreto ley por el que finalmente fue promulgada su normativa sobre el particular: *"Atendiendo que la ilimitada libertad concedida para la recusación es el principal fundamento de las quejas que se emiten contra la morosidad en la administración de justicia, como un abuso que entorpece el curso de los juicios y ofrece ocasiones a los litigantes de mala fe para burlas las acciones mas legítimas en los juicios civiles, y diferir el castigo o buscar la impunidad en los criminales ...* <sup>60</sup>"

---

<sup>60</sup> En: Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del Gobierno, Libro VIII. Imprenta de la Independencia. Santiago, 1841. p. 105.

### 2.3 Las implicancias y recusaciones en el proyecto de Administración de Justicia.

El proyecto de Administración de justicia regula el trámite de las inhabilitaciones en su título XV "*De las implicancias y recusaciones*". Consta de 78 artículos entre el 738 y 816.

Este cuerpo normativo, a diferencia del Reglamento del 24 y con mayor razón de la legislación anterior establece una tramitación diferenciada para las implicancias y las recusaciones: en cuanto a las primeras, el tema de la expresión de causa para su admisibilidad está tratado en el Art. 745 del Proyecto: "*La parte a quien conviniere reclamar la implicancia, lo hará por escrito o verbalmente, especificando la causa y la lei que la declara tal, y presentando los documentos que la comprueban, u ofreciendo probarla en caso necesario.*"

En tanto que en las recusaciones lo está en la sección segunda, en los siguientes artículos:

Art 757: "*Solo puede recusar el que fuere parte formal y directa en la instancia o recuso judicial.*

*La recusación se interpone con espresión de la causa legal en que se funda; o esponiendo simplemente que se recusa, en los casos que así lo permite la lei*".

Art. 760: "*En todos los casos en que la lei permite recusar sin espresión de causa, la recusación se entiende admitida por el solo hecho de interponerse.*"

Art. 761: "*Para recusar a un compromisario; a un oidor de distrito, a un miembro de los consulados; a un vicario jeneral o capitular eclesiástico; a un juez de presas; al regente u oidores; a un ministro de la corte de Superintendencia; y al Gran Canciller, se necesita espresión de causa*".

Art: 768: "*Si para la recusación se necesitare espresión de causa, el recusante deberá señalarla determinadamente, citando la lei que la declara tal; o si mejor le conviniere le bastará hacer presente, que se reserva espresar la causa dentro de las veinticuatro horas siguientes, ante el juez que ha de conocer el artículo de recusación*".

O sea, a diferencia de todas las legislaciones anteriores Mariano Egaña supedita la manifestación o no de causa legal no a la jerarquía del recusado sino, en primer término, a la causal de que se trate: si esta es de implicancia debe sin excepciones ser expresada, mientras que si la causal es de recusación, ahí recién pasa a tener relevancia la circunstancia de la jerarquía del funcionario que se recusa.

Además, no solo esta mayor rigurosidad en cuanto a la exigencia de señalar causa evidencia el carácter restrictivo de las normas sobre implicancias y recusaciones. Otros artículos reafirman esta posición. Por ejemplo:

*Art 786: "La recusación no embarazará en manera alguna el inmediato cumplimiento y efectos de las disposiciones dictadas por el juez antes de ser recusado, ni el que este las haga ejecutar cuando amenazan peligros o graves daños en la demora."*

*787: "Cuando en los casos en que la recusación no queda admitida de hecho, ocurrieren durante la secuela del artículo de recusación, providencias urgentes que tomar en el pleito principal, que sin grave peligro o daño no admitan espera, el juez recusado, nombrandose en el acto un acompañado ad hoc, dictará con su acuerdo las providencias urjentes que correspondan en justicia, con la calidad de provisionales y para evitar el perjuicio de la demora."*

*816: "Las personas que hubieren sido declaradas por pobres, estarán dispensadas de consignar multa para las recusaciones que interpusieren; pero no proponiendo o no probando una causa legal, o recusando en los casos en que no debe oirse la recusación, sufrirán un arresto en una cárcel o casa de corrección."*

**A partir de los artículos transcritos no cabe duda de la característica rectora que imprimió Egaña a su obra en esta materia, característica que por lo demás concuerda perfectamente con el afán de este, expresado repetidamente cada vez que se refería al sistema procesal, de llevar a cabo una reforma al sistema de justicia dirigida hacia un modelo más eficaz, ágil, simplificado y sin los entorpecimientos e imperfecciones que según su concepto constituían un verdadero azote para los litigantes y, en definitiva, para la buena administración de justicia.**

2.4 Antecedentes del Proyecto de Administración de Justicia en el tema de las implicancias y recusaciones.

En general, las legislaciones procesales modernas adoptaron el modelo limitado de recusaciones: disposiciones en el mismo sentido de las del proyecto del 35 es posible encontrarlas en los distintos códigos que se habían promulgado a esa fecha y que fueron conocidos por Mariano Egaña. Por ejemplo, la Ley española sobre Causas de Comercio de 1830, respecto de la necesidad de motivar, dice en su artículo 96: "*Los jueces de los tribunales de comercio pueden ser recusados por las partes litigantes, expresando la causa y con juramento de no hacerlo de malicia.*"

El Código de Procederes de Santa Cruz, sobre la misma materia establece en su artículo 1459: "*Para que tenga lugar la recusación, es necesario que el que la propone determine la causal i la pruebe*"; y en el 1472: "*Toda recusación deberá ser por escrito que contenga la causal específica i juramento de que no se hace de malicia, ni por infamar al sospechoso.*"

Sin embargo, y a pesar de las similitudes en cuanto al régimen de restricciones para admitir o no la inhabilitación de un magistrado, a diferencia de lo que ocurrió con las legislaciones codificadas comparadas y por cierto con las disposiciones indianas, el proyecto de Egaña distingue entre implicancias y recusaciones.

En efecto, en el caso del Derecho Indiano, como se señaló en el punto 2.1, solo se refería a las recusaciones, sin hacer jamás referencia a la posibilidad de que el juez estuviera obligado a "autoinhabilitarse" por causa de falta de imparcialidad<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> No obstante, a nivel ideológico sí existen antecedentes, al menos a nivel conceptual. El jurista peruano Manuel Lorenzo Vidaurre, escribió en 1831 lo siguiente: "*El señor Solorzano, que tanto me interesa por su sabiduría, y por otras razones, que hoy me pondrían en ridículo si las insinuase, con la prudencia que tanto lo distingue, da su parecer, que yo quisiera fuera una ley. Propone la diferencia entre la recusación que se haga por parte del estado y la que se interpone por el particular que litiga. En la primera concede mucha libertad, y aún advierte a los fiscales que deben separarse por sí mismos, si conocen motivo legal para ello. Tal es, si fue abogado del que tiene pleito legal con el fisco.* VIDAURRE, Manuel Lorenzo. "*Discurso sobre recusaciones*". Imprenta de J.M Masías, Lima, 1831, p. 18.

El citado, Juan de Solorzano y Pereira, en tanto, señala: "*Si la recusación que se hace al fiscal es por la parte del fisco, porque por alguna causa justa le tiene en la que se ofrece por sospechoso, no hay duda alguna que puede ser recusado, o por mejor decir que se debe abstener de abogar, y proceder en ella, luego que esto se le ordenare por el Rey que le nombró, o por el Virrey, Presidente, y audiencia Real que tienen sus veces, y en su nombre se lo ordenan, declarando que así conviene a su real servicio ...*

*Pero si no estuviésemos en este caso, sino en el contrario, de que la recusación se intentase, y pusiese por la persona particular, contra quien el fiscal mueve, y sin que algún pleyto civil, o criminal, haciendo su oficio por parte del fisco, entonces convendrá ir con mas tiento, y proceder con madura deliberación.*" SOLORZANO Y PEREIRA, Juan de. "Política indiana". Tomo II, Libro V, Cap. VI. Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1776. pp. 303-304.

De la misma manera, y en cuanto a las primeras manifestaciones del derecho procesal codificado, por una parte la ya mencionada Ley Española sobre Causas de Comercio sigue en esta materia la legislación antigua y su título III se denomina solo "*De las recusaciones en los tribunales de comercio*".

Algo parecido ocurre con el Código de Procedimiento Civil francés de 1805 y el Código de Procederes de la República de Bolivia de 1833. En este no se observa rastro alguno de implicancias en su capítulo III del libro III titulado "*De las recusaciones*"; mientras que aquel, en la misma línea, denomina al título XXI "*De la recusation*".

En cuanto al derecho inglés, que Egaña seguía fundamentalmente a través del ya citado Bentham, tampoco aparece rastro alguno de la distinción en comento. De hecho Bentham incluso no ve con buenos ojos siquiera la posibilidad de inhabilitar a los jueces<sup>62</sup>.

Tampoco los primeros textos constitucionales nacionales se hacen cargo de la distinción: el proyecto de Constitución Política de 1811 todavía trata el asunto a la usanza del Derecho Indiano, es decir, refiriéndose a estas sólo como *recusaciones*, y sin indicios de considerársela como una prohibición legal sino solo como una facultad: el artículo 11 de este cuerpo legal establece que "*La facultad racional de recusar los jueces es una de las salvaguardias de la seguridad: La ley no debe poner trabas penosas a este precioso derecho*".<sup>63</sup>

Lo mismo ocurría con el proyecto de Constitución provisoria de 1818, en cuyo artículo XVII, del Capítulo I (De los derechos de los hombres en sociedad) escuetamente se leía: "*Todo juez puede ser recusado con arreglo a las leyes*".<sup>64</sup>

Solo en la Constitución de 1822 aparece por primera vez el concepto de *implicancia*; y lo que es más importante, confiriéndosele el sentido que la hace distinguible de las recusaciones. Así se refleja en los artículos 168 y 169 de la normativa constitucional:

---

Los párrafos transcritos prueban que a nivel doctrinario la idea de la distinción existía desde antiguo en derecho indiano, si bien no llegó a ser sancionada legalmente.

<sup>62</sup> BENTHAM, Jeremías. "*De l'Organisation ... etc*". pp. 93-95.

<sup>63</sup> EGAÑA, Juan: Proyecto de Constitución Política para el Estado de Chile. Imprenta del Gobierno, Santiago, 1813.

<sup>64</sup> Proyecto de Constitución provisoria para el Estado de Chile. Imprenta del Gobierno, Santiago, 1818.

Art. 168: *Podrán recusarse con causa los Ministros de este tribunal (Supremo de Justicia), conociendo de la recusación el Senado, si estubiese reunido, o la Corte de Representantes, en el perentorio término de ocho días; y depositándose la multa de doscientos pesos aplicables al fondo público, si se declara haber lugar a la recusación.*

Art. 169: *En los casos de implicancia, lo que no la tengan, nombrarán abogados que llenen el tribunal, prefiriendo a los Ministros no impedidos de la Cámara de Apelaciones.*<sup>65</sup>

Posteriormente, y constituyendo el antecedente más próximo del Título XV del proyecto de Egaña el Reglamento de Administración de Justicia de 1824 que, aunque denomina al título X solo como "De las recusaciones", en su artículo 98 dispone que "*Se distinguirá siempre lo que es implicancia legal del juez, proveniente de declararle la lei sin aptitud para conocer, en atención a los particulares intereses y circunstancias del pleito: y lo que es siempre recusación proveniente de la voluntad personal de la parte recusante, que recela conozca aquel determinado juez en su causa.*"<sup>66</sup>.

El Reglamento también contempla en su artículo 100 causales de implicancia, y en el 107, de recusaciones. Sin embargo cabe la renuncia a pedir que se inhabilite a este juez por incurrir en causal de implicancia, como señala el artículo 102, lo que significa que no se le dio cabalmente el carácter que verdaderamente las diferencia: que las implicancias son verdaderas prohibiciones a los jueces y a otros funcionarios de intervenir en determinados negocios, y como tales de orden público e irrenunciables; mientras que las recusaciones son meros arbitrios otorgados a las partes para separar del conocimiento a esas mismas autoridades, si lo estimaban necesario. En cambio, lo que hizo el Reglamento del 24 y posteriormente el Proyecto de 1835 en su artículo 740 fue establecer que tanto unas como otras eran perfectamente renunciables.

Aún así, es innegable que la distinción comenzaba a perfilarse. Doctrinariamente como se vio, a partir de los citados Solórzano y Vidaurre, se empezó a entender que debía existir una institución que separase *necesariamente* al juez poco imparcial del conocimiento del asunto, debido a que se trataba de una cuestión de orden público que

---

<sup>65</sup> Constitución Política del Estado de Chile. Imprenta del Estado, Santiago, 1822.

<sup>66</sup> Reglamento de Administración de Justicia. Imprenta Nacional, Santiago, 1823.

no se resolvía aplicando las normas sobre recusaciones entregadas a la voluntad de las partes sino que debía tratársela como una verdadera prohibición al magistrado. En la legislación nacional, en tanto, continuó perfeccionándose a través de los textos legales mencionados, especialmente el Proyecto de Egaña, y no tardaría demasiado en consolidarse definitivamente.

Esto vino a suceder con la Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales, redactada por Francisco Vargas Fontecilla, y promulgada finalmente en 1875 luego de numerosas modificaciones<sup>67</sup>, en cuyo mensaje puede leerse que, *a diferencia del decreto de 2 de febrero de 1837, vigente como lei hasta ahora, hizo una extraña confusion de las implicancias i de las recusaciones*<sup>68</sup>, la nueva legislación sí daría a ambas instituciones el carácter que verdaderamente las distinguía, pues *el Proyecto distingue cuidadosamente las implicancias, verdaderas prohibiciones impuestas a los jueces, a los oficiales del Ministerio Publico, a los defensores publicos i a otros funcionarios de la administración de justicia para intervenir como tales en determinados negocios; i las recusaciones, meros arbitrios otorgados a las partes para separarlos, si lo estiman necesario del conocimiento e intervención que naturalmente les corresponde en ellos*".<sup>69</sup>

Es decir que la institución comentada, luego de un recorrido de un siglo entero a partir de las elucubraciones doctrinarias de Juan de Solórzano en 1776, vendría a encontrar su punto de mayor perfección con la Ley de Organización de Tribunales de Chile de 1875, perdurando hasta el día de hoy de la misma manera.

## 2.5 Conclusiones.

Cabe, a partir de lo ya dicho, extraer las siguientes conclusiones en el tema de las recusaciones:

---

<sup>67</sup> *Lei de Organización y Atribuciones de los Tribunales de la Republica de Chile*. Librería del Mercurio, Valparaíso, 1886.

<sup>68</sup> BALLESTEROS E. Manuel. *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*. Imprenta Nacional, Santiago. 1890. p. 317.

<sup>69</sup> Ibid.

- En Derecho Indiano el sistema de inhabilitación de los jueces por falta de imparcialidad no era tan amplio ni tan irrestricto como suele pensarse.
- Mariano Egaña en el Proyecto de 1835 implementó un régimen de inhabilitaciones todavía más estricto al exigir expresión de causa para declarar implicado a cualquier clase de juez y recusar a los de más alto rango, y al establecer otras normas restrictivas.
- La legislación nacional, antes que cualquier otro código procesal, incorporó la diferencia entre implicancias y recusaciones, distinción que se fue implementando de manera paulatina a partir de la Constitución Política de 1822, el Reglamento de Administración de Justicia de 1824, el Proyecto mariano de 1835, materializado como Decreto de 2 de febrero de 1837, para consolidarse definitivamente en 1875 con la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile.

### 3. La Conciliación

#### 3.1 La conciliación en el derecho patrio.

Como se desprende de toda la legislación castellana e indiana analizada hasta aquí, no se ve en ella rastro alguno del trámite previo de conciliación, ni tampoco de otra institución que pudiera asimilársele.

Las fuentes de la conciliación en el derecho chileno ha sido estudiado en detalle por Antonio Dougnac en su trabajo *La conciliación previa a la entrada en juicio en el derecho patrio chileno (1823 - 1855)*<sup>70</sup>. Aquí el profesor Dougnac reconoce solo fuentes patrias como inmediatas al proyecto mariano:

En primer lugar el Proyecto de Constitución de Juan Egaña de 1811, el que, en su artículo 139 de la Sección 2ª (De la administración de justicia), reza: *"En todas las provincias (y aun en todas las ciudades, villas y lugares que se pueda) habrá un tribunal de paz compuesto de cuatro individuos (o dos si ocurre un inconveniente para nombrar los cuatro) sobresalientes en luces y providad: se elegirán en la forma que los cabildantes. Estos tribunales tienen por objeto dirimir prudencialmente todos los pleitos civiles y criminales que admitan transacción sin perjuicio de la causa pública, y aun los eclesiásticos transigibles en dicha forma, y fuero. Ningún litigante podrá demandar en los tribunales con acción civil, por escrito, sin que con ella acompañe un documento de haber ocurrido previamente a dichos jueces ... "*

En segundo término, el Proyecto de Reglamento de Administración de Justicia de 1823. Aquí el tema de la conciliación ocupa las primeras disposiciones. El artículo 1º señala: *"Los alcaldes ordinarios de cada pueblo ejercerán en él el oficio de conciliadores"*. El 2º, en tanto, dispone que *"Todo el que tuviese que demandar civilmente o por injurias, antes de presentarse al juzgado de primera instancia, ocurrirá ante uno de los alcaldes del domicilio de la persona a quien intentare demandar, i el alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, las oirá a ambas, se enterará de las razones que alegan, i oído el dictamen de los*

---

<sup>70</sup> En: *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº XVIII, 1996, pp. 111-168.

*dos asociados, dará por si solo, dentro de ocho dias a mas tardar, la providencia de conciliación que le parezca oportuna para para terminar el litijio sin ulterior progreso, i esta providencia lo terminará en efecto si las partes se aquietasen con ella”.*

Por último, cabe resaltar el artículo 5 que establece que *“En ningún juzgado de primera instancia, cualquiera que sea su clase i fuero, podrá admitirse demanda civil o de injurias intentadas por una o mas personas particulares, sin que se presente certificado en que conste haberse intentado el medio de la conciliación”*<sup>71</sup>

Otro de los textos base del Título III del proyecto de 1835 mencionados es la Constitución de 1823. Esta dedica al trámite del avenimiento todo su título XV: *De los jueces de conciliación*. Entre las disposiciones relevantes de este apartado pueden señalarse la del artículo 167 que establece que *“Ninguno puede presentarse a los tribunales ordinarios con demanda judicial, sin haber ocurrido a los de conciliación”*; la disposición siguiente señala que *“Debe llamarse a conciliación toda demanda civil, y las criminales que admitan transacción sin perjuicio de la causa pública. Pueden llamarse también las eclesiásticas sobre derechos personales, y acciones civiles”*, ambas claramente similares a las normas antes transcritas del proyecto de Egaña padre.

Por último, aparece como fuente directa de la normativa mariana sobre conciliación el Reglamento de Administración de Justicia de 1824 (Título II, artículos 7 al 23), el que, por la controversia que generó en cuanto a su aplicación será mas adelante analizado con algún detenimiento.

Para concluir, debe señalarse que dentro de las fuentes inmediatas del proyecto del 35 debería añadirse a las mencionadas por Dougnac la Ley Española sobre Causas de Comercio de 1830, que parece haber servido en gran medida de base para su elaboración debido a las significativas similitudes entre ambas redacciones. A continuación se transcriben algunos de los artículos que lo ponen de manifiesto:

*Art. 46 PME:*

*“Ninguna demanda judicial de mayor o menor cuantía, ya sea civil,*

*Art. 1º LE:*

*“Conforme a lo prevenido en el art. 1205 del Código de Comercio, no*

---

<sup>71</sup> Sesiones de Cuerpos Legislativos. Tomo 23. Sesión de 19 de agosto de 1823. p. 45.

*o ya criminal que admita transacción sin perjuicio de la causa pública, podrá admitirse en ningún juzgado, cualquiera que sea su clase o fuero, sin que conste haberse intentado el remedio de la conciliación".*

**Art. 52 PME:**

*"En las demandas contra sociedades, corporaciones y establecimientos que no sean de los señalados en el número 1 del A. 47 (juicios exceptuados del trámite de conciliación), se citará para la conciliación a la persona o a cualquiera de las personas que tengan la administración de los negocios de la sociedad, corporación o establecimiento".*

**Art. 62 PME:**

*"Así la parte que promoviere la conciliación, como la que fuere citada, debe presentarse en persona a la comparecencia; pero si se hallaren fuera de la población en que reside el conciliador o les asistiere otro motivo justo para no hacerlo, podrá representarlos un apoderado, con obligación de manifestar en el mismo acto poder especial para aquel efecto".*

**Art. 66 PME:**

*"En el acto de comparecencia se observará rigurosamente el orden siguiente –  
El que ha promovido la conciliación explicará su solicitud, y los fundamentos en que se apoya.  
El demandado contestará lo que tuviere por conveniente, pudiendo replicar el actor y responder el demandado todas las veces que fuere necesario y el conciliador les concediere al efecto el uso de la palabra.  
En el discurso de sus alegatos*

*tendrá curso acción alguna judicial sobre negocios mercantiles, sin que se presente con la demanda la certificación que acredite haberse celebrado la comparecencia ante el juez avenidor competente, o que haya dejado de celebrarse por contumacia del demandado.*

*El juez o escribano que contravinieren a esta disposición incurrirán individualmente en la multa de mil reales vellón".*

**Art. 4 LE:**

*"En las demandas contra establecimientos públicos, corporaciones o sociedades, se entenderá la obligación de concurrir a la comparecencia en cualquiera de las personas que tengan la administración de los negocios del establecimiento, corporación o sociedad".*

**Art. 5 LE:**

*"Tanto la parte instante, como la citada, deberán presentarse en persona a la comparecencia, si residiere en el mismo pueblo. Hallándose ausentes, o si les asistiere otro motivo para no hacerlo, podrá representarlos un apoderado con obligación de producir en el mismo acto la escritura de poder que acredite su personalidad".*

**Art. 17 LE:**

*"En el acto de comparecencia se observará rigurosamente el orden siguiente:  
El actor explicará su pretensión y los fundamentos en que la apoya.  
El demandado contestará conformándose a aquella o impugnándola, o bien haciendo proposiciones de acomodamiento a que el actor podrá replicar lo que tenga por oportuno.  
Las partes podrán exhibir documentos para fundar sus pretensiones, teniéndose presente su*

*presentarán las partes los documentos y justificativos que hicieren a su derecho.*

*En seguida el conciliador les instruirá de sus derechos: les hará presente las esperanzas y temores que pueden concebir atendidas las particulares circunstancias del negocio, y los perjuicios que pueden resultar de su introducción en los tribunales, y los escitará a un avenimiento racional y prudente, proponiéndoles los medios oportunos.*

*Si las partes se propusieren mutuamente medios de avenimiento, el conciliador dándoles el valor que en equidad les encuentre, se los explicará, aclarará y esforzará instruyéndolas de sus derechos y proponiendo él mismo otros medios que hallare más conformes a justicia y equidad.*

*Aunque las partes no propongan medios de conciliarse, el conciliador deberá siempre proponerlos a no ser que el negocio fuere tan manifiestamente justo que no admitiere en equidad medios conciliatorios.*

*Las partes podrán conformarse o no con sus respectivas propuestas de avenimiento, o con las que les hiciere el conciliador.*

*Si resultare avenimiento, la acta contendrá solo la mención de la comparecencia, su objeto, y los términos y condiciones del avenimiento, a satisfacción de los interesados.*

*Si no resultare avenimiento la acta deberá contener una breve relación de la demanda y de las contestaciones, cuya relación pueden dictar las partes en el mismo acto si quisieren, espresándose a continuación los medios de avenimiento que se propusieron por el conciliador, o por las partes".*

*contenido en la conferencia; pero no se les permitirá presentar testigos ni otro medio de prueba.*

*El juez avenidor en vista de lo espuesto por ambas partes, les propondrá los medios de conciliación que halle más conformes a justicia y equidad, inclinándola a que transijan y se convengan.*

*Los interesados podrán conformarse o no con sus respectivas propuestas, o con las que halla hecho el juez avenidor.*

*Si resultare convenio, se extenderán en el acta las condiciones de este a satisfacción de los interesados; pero si no lo hubiere, se hará solamente una breve relación de las pretensiones respectivas de las partes y de que no se convinieron.*

*En seguida y sin separarse los interesados se les leerá el acta, y la firmarán con el juez y el secretario, espidiéndose certificación a la letra de ella a la que la solicitare".*

### 3.2 La conciliación en el Proyecto de Administración de Justicia

Para comprender cabalmente el contexto jurídico alrededor de las disposiciones marianas sobre conciliación es necesario revisar las consecuencias que trajo el Reglamento de 1824 en este mismo asunto:

Como ya se dijo, el reglamento de administración de justicia regló el trámite de conciliación en su título II (artículos 7 a 23).

La regla general del reglamento sobre quienes y en que casos deben intentar la conciliación se encuentra en el artículo 7º, primera parte:

*"Todo el que tuviere que demandar civilmente en materia de mayor cuantía (teniéndose por tal la que excede de ciento cincuenta pesos), o por injurias graves que admitan transacción, sin perjuicio de la causa pública, ocurrirá ante uno de los jueces conciliadores del domicilio de la persona a quien intentare demandar ... "*

También este artículo, en su parte final, se refiere a su tramitación:

*" ... , y el conciliador las oirá a ambas con los justificativos que presentaren de pronto, y basten a dar noción del negocio: se enterará de las razones que alegan; les propondrá medios de conciliarse espontáneamente; y no conciliándose en esta forma, dará dentro de ocho días a mas tardar la providencia de conciliación que le parezca oportuna para terminar el litigio sin ulterior progreso. Esta providencia lo terminará en efecto si las partes se aquietasen con ella. Si alguna disintiere podrá, la que lo tenga por conveniente, ocurrir a demandar ante el competente juzgado de primera instancia".*

Mas adelante, los artículos 13 y 14 se refieren a la conclusión y efectos de la conciliación:

Art. 13: *"Al margen de cada providencia de conciliación se pondrá una nota que exprese si los interesados se conformaron o no, y cual de ellos reusó la conciliación".*

Art. 14: *"Cuando alguna de las partes reusare la conciliación, se dará al demandante un testimonio de la providencia de conciliación, y su nota marginal para que ocurra ante los jueces de primera instancia, si lo tuviere por conveniente".*

En tanto que el artículo 15 deja claro el carácter de obligatorio de este procedimiento:

*“En ningún juzgado de primera instancia cualquiera que sea su clase, o fuero, podrá admitirse demanda civil, o de injurias intentada por una o mas personas particulares sin que se presente certificado en que conste haberse intentado el medio de la conciliación. Este certificado contendrá copia de la resolución dada por el conciliador, y de la nota marginal de que habla el artículo anterior.”*

Se tiene entonces que en el Reglamento la conciliación fue concebida como un trámite previo, obligatorio para todo el que pretenda demandar civilmente de mayor cuantía, siempre que el asunto no fuera de los exceptuados por la ley, y cuyo objeto era evitar los litigios, logrando que las partes llegaran a un avenimiento prejudicial con la ayuda del conciliador.

En la practica sin embargo, el juicio de conciliación no dio buenos resultados. Múltiples críticas evidenciaron las deficiencias que presentaba. Por ejemplo, esta moción de la Cámara de Diputados:

*“Aunque fueron mui laudables los fines que tuvieron los lejisladores i mui grandes los bienes que se propusieron obtener en beneficio público, al establecer el trámite de la conciliación previa a los juicios, el suceso ciertamente no ha correspondido a sus justas esperanzas, pues lo que debió servir para evitar infinitos pleitos, solo ha provisto de abundantes recursos a la mala fe de infinitos litigantes que, a la sombra de este trámite indispensable, abusan a su salvo de los mas justos derechos del ciudadano honrado. De cien pleitos que van a conciliarse, cuasi puede asegurarse que, dos o tres, cuando mas, saldrán avenidos de casa del conciliador, i para este pequeñísimo bien causado las mas veces por la buena disposición de las partes, antes que por las persuasiones del juez, vemos con dolor a infinitos desgraciados pedir justicia al cielo contra el abuso de los injustos detentadores de sus intereses, quienes, a merced de inasistencias, recusaciones, implicancias i otros ardidés bastante comunes, consiguen demorar el trámite insignificante de la conciliación por muchos meses, i talvez años, con enormes costos y gravísimos perjuicios de los hombres de bien.*

...

*Animado el que suscribe del mas vivo interés por el bien público, i condolido de las desgracias de los ciudadanos honrados, cuyos clamores se hacen sentir con voz cada vez mas lastimera, ha creído un deber de cuya omisión se haría responsable, el proponer a la deliberación de la Cámara, encareciéndola los altos deberes que la asisten para proveer de remedio a los males, el siguiente*

*Proyecto de Lei:*

*"Art. Único: Por ahora i mientras se dicta la lei de administración de justicia, queda suspenso el trámite de la conciliación previa a los juicios"*<sup>72</sup>.

O lo señalado a propósito del mismo asunto por Andrés Bello en "El Araucano", en 1836...

*"el campo que deja abierto a la mala fe es inmenso. Un tramposo sin ocurrir a mañas extraordinarias y usando solamente de los recursos que le suministran las mismas leyes, puede eternizar el curso de un proceso. Sus ocho días en las tres notificaciones de comparecencia ante el primer conciliador, otros ocho para comparecer ante el segundo por haber recusado al primero; la misma cantidad para con el siguiente; ocho o diez en que no alcanza a despacharse la causa, ya por enfermedad de la parte o del conciliador, ya por los muchos recursos que se agolpan ante el juzgado y no pueden concluirse en un día; veinte para reclamar del acta conciliatoria etc, etc."*<sup>73</sup>

Todas estas críticas y otras señalaron las falencias de este juicio bajo el reglamento de 1824. Sin embargo, y a pesar de su propia obsesión por dotar a la nación de un sistema de administración de justicia rápido y eficaz, Mariano Egaña seguía convencido de las bondades del procedimiento de conciliación y lo reiteró en su ley de enjuiciamiento.

El juicio de conciliación en el proyecto de 1835 se encuentra regulado en el Título III "De la conciliación", entre los artículos 46 y 106.

Ya la cantidad de artículos (61) dan una idea de la importancia que Egaña otorgaba al entendimiento prejudicial entre las partes<sup>74</sup>. A lo largo de ellos detalla minuciosamente la forma en que ha de nombrarse el conciliador, sus facultades y obligaciones, las formalidades de la audiencia, el procedimiento a seguir para lograr el avenimiento, las menciones que debe contener el acta de conciliación, etc, etc.

---

<sup>72</sup> Sesiones de Cuerpos Legislativos. Tomo 24, Sesión de 2 de septiembre de 1835. p. 151.

<sup>73</sup> El Araucano nº 283 de 5 de febrero de 1836.

<sup>74</sup> La conciliación en el Reglamento del 24 comprendía 17 artículos; en la ley sobre Causas de Comercio española, 27; en el CPC francés, 11; En el CPC chileno actual, 7.

Pero aun con esta detallada regulación, no logró el proyecto mejorar las deficiencias que hacían del procedimiento de conciliación un trámite tan odioso. Incluso lo empeoró.

Por ejemplo, estableció que en caso de diferencias irreconciliables entre las partes en los hechos, estas podían presentar testigos que el conciliador examinaría en una nueva audiencia (Art. 67); también estaba facultado para conceder un término prudencial en caso que alguno de los litigantes se lo solicitara para "*meditar con mas detención sobre los medios de avenimiento propuestos*" (art. 68); o en caso que la demanda recayese sobre materia objeto de juicio práctico, en caso de no resultar avenimiento el conciliador debía "*proceder personalmente a la inspección y examen del objeto de la disputa*" (Art. 69); mas aun, si observare "*demasiado acaloramiento, terquedad o rudeza en los interesados*" puede exigir que las partes nombren dentro de tercero día una persona de su confianza "*que en calidad de adjunto ilustre al conciliador con solo voto informativo*" (Art. 81).

Ante esto, las críticas del siempre lúcido Bello no se hicieron esperar. Como de costumbre desde su tribuna del "Araucano", expuso, según sus propias palabras "*por qué nos oponemos a este trámite tan pomposo en la teórica, tan filantrópico en la apariencia, tan desagradable en la práctica, tan perjudicial en la realidad*"<sup>75</sup>.

Por una parte no cree que sirva para el fin de evitar litigios: "*desde que hai conciliación, si se han cortado muchos litijios, han existido también muchos que jamás se hubieran producido si este trámite no hubiese hecho nacer, en los hombres de mala fe, la esperanza de sacar partido de un contrario, enemigo de contiendas, pusilánime o poco advertido. Entablar un juicio de conciliación es mui distinto a principiarlo con la seriedad conveniente ante un juez que debe decidirlo; en el primer caso, no se temen resultados de mayor consecuencia, no hai el temor de grandes costos ni es necesario todo aquel cuidado que exige un juicio formal, i por lo mismo, le es mucho mas fácil a la malicia emprender, segura de que, si no gana, ninguna o mui poca pérdida debe experimentar; i si saca un partido la ha costado mui poco obtenerlo.*"<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> El Araucano nº 293 de 15 de abril de 1836.

<sup>76</sup> Ibid.

Respecto del proyecto mismo se pregunta “¿No vemos en el proyecto la facultad de recusar a los conciliadores? ¿I queremos cerrar los ojos a cuanto puede estenderse la malicia de un litigante en solo este ramo? ¿No vemos, a pesar de que la conciliación no es un juicio, según se dice, formar un juicio verdadero con demanda, contestación, exámen de documentos i testigos, i últimamente, el pronunciamiento del conciliador cuando no hai convenio de las partes? ¿Para qué, preguntamos, invertir el tiempo i causar costos en lo que se dice no ser juicio, i que, al fin, sin la aquiescencia de los interesados, no puede tener efecto? ¿Para qué, sobre todo, el pronunciamiento del conciliador, si no hace sentencia?”<sup>77</sup>.

Pero a pesar de todas estas objeciones considera que el argumento mas poderoso contra este trámite es el pronunciamiento de la opinión pública, pues “casi no encontramos un hombre sensato que no sea decididamente opuesto a una institución que, en nuestro país, ha causado tantos males i ha sido el asilo de que se han valido todos los injustos litigantes para ganar tiempo i para perjudicar impunemente a sus contrarios”<sup>78</sup>.

Y concluye lapidariamente: “Somos, por tanto, de dictamen que se borre del proyecto hasta la palabra conciliación; i que ... no se haga otra cosa que mandar citar a los litigantes por el juez de la causa después de puesta la demanda, para excitarlos a cortar su litigio ... Si el interés no obra, si las partes persisten en la secuela del negocio, seguirlo por los trámites convenientes, i entonces no habrá habido dispendio de tiempo, i se habrán escusado costos i quitado a la malicia no poco espacio para ejercitar sus ardidess”<sup>79</sup>.

### 3.3 Conclusiones

- La conciliación es una institución típicamente ilustrada y, como tal, hace su aparición dentro de los textos legislativos solo a partir de los códigos modernos. Entre estos, el CPC francés de 1805 y la Ley Española sobre causas de Comercio de 1830.

---

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid.

- Dentro del derecho nacional, este trámite gozó de gran popularidad entre los juristas desde los mismos inicios del derecho patrio, al ser incluido ya en el proyecto de Constitución de Juan Egaña, persistiéndose en él a lo largo de todos los cuerpos normativos constitucionales y procesales dictados posteriormente.
- Todo este éxito, sin embargo, no estuvo respaldado por los buenos resultados en la práctica, porque resultó ser un trámite engorroso que entorpecía y dilataba los pleitos.
- A pesar de que uno de los objetivos primordiales de Egaña al redactar su código procesal había sido la simplificación de los trámites y la celeridad de los procedimientos, insistió en incluir nuevamente el ya comprobadamente poco eficaz procedimiento de conciliación.

## 4. Fundamentación de las sentencias

### 4.1 La fundamentación en el derecho indiano

Como señala Ítalo Merello, el origen de esta disposición no hay que buscarlo en el derecho castellano-indiano, el que por Real Cédula de 23 de junio de 1768 de Carlos III prohibió a los jueces fundar sus fallos *"para evitar los perjuicios que resultan en la práctica que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias ..."*<sup>80</sup> sino el pensamiento ilustrado, uno de cuyos postulados es obligar a los jueces a exponer la razón de sus fallos, debido a que estos debían dejar de valer tan solo como acto de voluntad de la autoridad judicial, sino como acto de razón fundado en la ley<sup>81</sup>.

### 4.2 La fundamentación en el Proyecto de Administración de Justicia.

Ciertamente, de todas las normas que tuvieron su origen en el proyecto de administración de justicia, la que ha sido estudiada con mayor profundidad es la que dice relación con la fundamentación de las sentencias.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Nov. Rec. L.8, Tit 16, Lib. IX.

<sup>81</sup> MERELLO, Italo. Op cit. p. 71

<sup>82</sup> Entre estos estudios cabe destacar: *"La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal"*, enfocado principalmente a la facultad que entregó la ley mariana a los jueces para suspender la ejecución de las penas excesivamente rigurosas. MERELLO, Italo. En Revista de estudios histórico-jurídicos, nº VIII, 1983, pp. 71-98; *"Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX"*, sobre una descripción histórica de la práctica de fundamentar sentencias tanto en el derecho indiano como patrio hasta la ley de fundamentación de 1851. HANISCH, Hugo. En: Revista de estudios histórico-jurídicos, nº VII, 1982, pp. 131-173. *"La fundamentación de sentencias en derecho indiano"*, acerca de los alcances que tuvo en el derecho indiano la Cédula prohibitiva de carlos III. LEVAGGI, Abelardo, en: Revista de historia del derecho Ricardo Levene, nº 6, 1978, pp. 47-73; *"Los comienzos de la fundamentación de sentencias en la Argentina"* sobre la influencia de la ley mariana sobre una ley del mismo tenor en la provincia de Mendoza. TAU ANZOATEGUI, Víctor, en: Revista de historia del derecho Ricardo Levene, nº 10, 1982, pp. 342 ss ; *"Fuentes del derecho chileno en la precodificación (1810-1857)"* respecto del verdadero alcance y aplicación que tuvo la ley mariana sobre

Esta disposición estuvo originalmente contenida en el artículo 224 del proyecto que rezaba: *“Toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá solo a establecer la cuestión de derecho o hecho sobre que recae la sentencia, y hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones”*.

Finalmente fue promulgada como una de las leyes marianas de 1837. En primer término, el 2 de febrero de 1837 se dicta la norma que manda motivar las sentencias, manteniendo la redacción del proyecto original; y posteriormente, el 1º de marzo siguiente, se publica la aclaración que el mismo Mariano Egaña, como fiscal de la Corte Suprema, hace a los Ministros en respuesta a doce consultas que estos le formularon sobre la ejecución de la ley de 2 de febrero.

Respecto de la aplicación definitiva de esta disposición, las reflexiones de los distintos autores que se han referido a este asunto parecen volcarse hacia dos puntos.

Primero, que la norma en comento revela que a su dictación todavía se tenía una idea bastante primaria de lo que debía entenderse por fundamentación, ya que no se obliga al juez a hacer un proceso de raciocinio jurídico, entendido en el sentido moderno, sino tan solo a indicar los hechos y la ley sobre la que se decide la cuestión. Sin embargo, aún así, se entiende que la importancia de la ley mariana en el camino de la motivación de sentencias en Chile fue determinante, por haber sido el punto de inicio para una mejor y más eficaz administración de justicia que cautelara las garantías de las personas y asegurara un debido proceso a través de contener posibles arbitrariedades por parte de la judicatura, obligar a los jueces a llevar a cabo su tarea de mejor manera, evidenciar posibles errores, dar credibilidad a la función judicial ante la comunidad, en fin, ganar la magistratura en prestigio y respetabilidad.

El segundo punto que llama la atención es la inclusión que hace Egaña de distintas fuentes de derecho, además de la ley positiva, entre aquellas que pueden, y deben ser usadas para motivar las sentencias. En la segunda ley mariana se señala que *“porque no se podría encontrar código que para cada caso particular de cuantos pueden ocurrir, contuviese una disposición*

*terminante i adaptada como ex profeso a él. Mas, para esto sirven las máximas eternas de derecho natural, los principios jenerales de jurisprudencia, las leyes análogas i las decisiones de los tribunales i opiniones de los jurisconsultos que esclarecen aquellos principios, descubren el espíritu de las leyes que pueden ser aplicables, i demuestran la estensión que puede dárseles a falta de otra disposición particular”.*

De esta manera, el legislador da muestras de un notable criterio de apertura a las distintas fuentes del derecho, que habrían sin duda de enriquecer la labor creadora del mismo a través de la jurisprudencia, la doctrina, además de la propia del órgano legislativo.

Sin embargo, sucedió que a la hora de tener que cumplir los jueces con el precepto señalado, estos se limitaron a citar escuetamente la ley aplicable, con escaso o nulo recurso a las otras fuentes permitidas.

Algunos autores ven en Bello la razón por la que esta forma, que en definitiva era la de enfrentar la creación del derecho, a la postre no prosperó: Aldo Topasio sostiene que “el teleologismo con que Bello entiende una jurisprudencia judicial es el de oficializar la interpretación de las leyes, buscando su coherencia y armonía, mas que abrirle ancho campo a un cuerpo razonado de principios forjados por vía jurisdiccional. Bello entiende que una labor interpretativa de los jueces armónica y coordinada, es una vía idónea para disminuir las divergencias de opiniones y para facilitar además el conocimiento mismo de la ley”.<sup>83</sup>

Mario Góngora va aún mas lejos. Ve que toda la gestación de la cultura jurídica nacional pasa por el haber definitivamente prevalecido el legalismo positivista de Bello en oposición al utopismo iluminista de los Egaña. Este autor sostiene que “hacia 1830, ese ambiente (utópico de la época independentista) cedió el paso a un realismo conservador, a una ‘institucionalización’, marcada por el cansancio postrevolucionario y la profunda desconfianza frente al pensamiento utópico de la época anterior. La voz de orden pasó a ser la vigencia de los medios, sin problematizar ya los fines. La inteligencia se acomodó a las instituciones, procurando el progreso paulatino dentro de sus cauces. Andrés Bello es el

---

<sup>83</sup> TOPASIO, Aldo. Op cit. p 58.

intelectual más significativo de este período, como Juan Egaña lo fuera del anterior".<sup>84</sup>

En realidad, el pensamiento más profundo del codificador civil en cuanto a su forma de entender todo el derecho, sale de los límites de este trabajo. Sin embargo, respecto del definitivo cariz que tomó la norma de la fundamentación de sentencias cabe anotar que el propio Mariano Egaña contribuyó no poco a que en definitiva los jueces optaran por fórmulas predominantemente legalistas en cuanto a la motivación. Debe recordarse que la ley mariana establecía que "*el fundamento se reducirá solo a establecer la cuestión de derecho o hecho sobre que recae la sentencia, y hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones*" "*propios más bien de una disertación académica que de una sentencia*", como agregó en la segunda ley mariana. Esto sin duda adicionaba un elemento discordante a la norma, pues no se ve como podría un juez fundar un fallo, por ejemplo en base a una máxima de derecho natural o principio general de la legislación, sin añadir "*comentarios ni otras explicaciones*".

#### 4.3 Antecedentes de la norma sobre fundamentación de sentencias

Respecto de las fuentes inmediatas de la norma del artículo 224, la primera vez que el ordenamiento jurídico chileno manda fundar los fallos es en la Constitución de 1822: esta en su artículo 219 dispone que "*Toda sentencia civil i criminal debe ser motivada*". Sin embargo, esta norma prácticamente no rigió por dos razones: primero, por lo efímero de este estatuto político que fue derogado con la renuncia de su gestor, el Director Supremo Bernardo O'Higgins, a principios de 1823; y segundo, porque no se alcanzó a implementar la correspondiente ley procesal que debía regular su cumplimiento.<sup>85</sup>

Por otra parte, aparece claramente que el texto base de la ley mariana fue el artículo 1213 del Código de Comercio español de 1829. Este dispone que "*Los tribunales de comercio fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias*

---

<sup>84</sup> GÓNGORA, Mario. *Estudios de historia de las ideas y de historia social*. Editorial Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1980. p. 230.

<sup>85</sup> Merello. Op. cit. p. 72

*que pronuncien. Los fundamentos se reducirán a establecer la cuestión de derecho o hecho sobre que recae la sentencia, y hacer referencia a las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras exposiciones ”.*<sup>86</sup>

#### 4.4 Conclusiones

- Si bien en derecho indiano la práctica de fundamentar sentencias existía antes de la Real Cédula prohibitiva de Carlos III, en su carácter garantizador de los derechos de las personas que conserva hasta hoy solo surge a partir de la ilustración.
- Ambas leyes marianas sobre este particular constituyeron el primer paso dentro del derecho nacional en el camino de la motivación racional de los fallos.
- Si bien con esta disposición se intentó no restringir las fuentes del derecho exclusivamente a la ley positiva, ese objetivo no se logró.

---

<sup>86</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. Op cit. (nota ) p. 146.

## **CONCLUSIONES GENERALES**

- A partir de mediados del siglo XVIII la mayoría de los países del mundo occidental empezaron a desarrollar un proceso de fijación del derecho denominado codificación y que persiste hasta nuestros días.
- En los países que fueron parte integrante de la monarquía hispana este proceso tuvo además otra significación: el ser un elemento que contribuyó a consolidar la soberanía nacional y la ruptura con la metrópoli.
- Puede considerarse el proyecto de administración de justicia de Mariano Egaña, al igual que el Código de Procederes de Santa Cruz de la Republica de Bolivia, como una expresión de la necesidad que en aquel momento histórico se sintió en las naciones recientemente emancipadas, de emprender una tarea ordenadora de las normas jurídicas.
- A pesar de no completarse la tarea propuesta por su autor y de ni aun promulgarse como un todo aquello que se alcanzó a realizar, puede considerarse el de Egaña el primer paso en la empresa codificadora nacional; primer paso que el mismo Bello valoró en su justa medida, como se desprende del extenso artículo en el que desde el Araucano este comentaba el Proyecto de Egaña.
- Las instituciones reguladas por el código mariano lo fueron teniendo como base fundamental el Derecho Indiano de la época hispana, con algunas excepciones.
- La idea central de Egaña al elaborar su proyecto fue lograr un cuerpo de leyes que contribuyera a una pronta y eficaz administración de justicia, subsanando los defectos que en materia procesal se arrastraban desde la época hispana, aunque para ello tuviera que agregarle elementos discordantes con la tradición jurídica nacional, siendo los ejemplo mas claros de esto el trámite de la conciliación entre las partes y la diferenciación entre implicancias y recusaciones, que a la postre constituiría uno de sus aportes más significativos al Derecho nacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **I. LIBROS**

BALLESTEROS E. Manuel. *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*. Imprenta Nacional, Santiago, 1890.

BELLO, Andrés. *Obras completas*. Tomo VII: *Opúsculos jurídicos*. Editorial Nascimento, Santiago, 1932.

BENTHAM, Jeremías. *De L'Organisation judiciaire et de la codification*. Librairie de Hector Bossange, París, 1828.

CASTRO, Manuel Antonio. *Prontuario de práctica forense*. Imprenta de la independencia, Buenos Aires, 1834.

CORVALÁN, Jorge y CASTILLO, Vicente. *Derecho procesal indiano*. Editorial jurídica, Santiago, 1951.

EGAÑA, Juan. *Proyecto de Constitución Política para el Estado de Chile*. Imprenta del gobierno, 1813.

EGAÑA Mariano. Memoria que el ministro de Estado en el departamento de justicia, culto e instrucción pública presenta al Congreso Nacional el año 1839, en Documentos Parlamentarios, Imprenta del ferrocarril, Santiago, 1858.

EGAÑA, Mariano. *Cartas de don Mariano Egaña a su padre*. 1824-1829. Sociedad de bibliófilos chilenos, Santiago, 1948.

ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Casa de D. Mariano Alcober, París, 1831.

EYZAGUIRRE, Jaime. *Historia del derecho*. Editorial Universitaria, Santiago, 1989.

GÓNGORA, Mario. *Estudio de la historia de las ideas y de historia social*. Editorial Universidad de Valparaíso, 1980.

GUTIERREZ, José. *Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidencias*. Imprenta de los tribunales, Santiago, 1846.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La fijación del derecho*, Ediciones Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1977.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Andrés Bello codificador*. Editorial Universidad de Chile, Santiago, 1982.

HEVIA BOLAÑOS, Juan. *Curia Philipica*. Oficina de Ramón Ruiz, Madrid, 1797.

LEVAGGI, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino*. Tomo II, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1987.

MORA MIRANDA, Marcial. *Las leyes marianas*. Imprenta Gutemberg, Santiago, 1917.

TAPIA, Eugenio. *Febrero Novísimo, o librería de jueces, abogados y escribanos*. Imprenta de Ildefonso Mompié, Valencia, 1828.

TOPASIO, Aldo. *Fuentes del derecho chileno en la precodificación (1810-1857)*. Editorial Edeval, Valparaíso, 1986.

## **II. OTRAS PUBLICACIONES**

BRAVO LIRA, Bernardino. *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, IX, 1984, pp. 51-64.

BRAVO LIRA, Bernardino. *La codificación de los derechos nacionales en Europa e Iberoamérica y su disociación del derecho común*, en Revista chilena de historia del derecho, nº 15, 1987, pp. 147, 172.

BRAVO LIRA, Bernardino. *Los comienzos de la codificación en Chile. La codificación procesal*, en Revista chilena de historia del derecho, nº 9, 1983, pp. 191-210.

BRAVO LIRA, Bernardino. *Bello y la judicatura*, en Congreso internacional "Andrés Bello y el derecho", Santiago, 1982.

DOUGNAC, Antonio. *La conciliación previa a la entrada en juicio en el derecho patrio chileno (1823-1855)*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, XVIII, 1996, pp. 111-168.

GONZÁLEZ, Paulina. *Codificación y técnica legislativa*. Memoria de grado. Universidad Católica, Santiago, 1997.

HANISCH, Hugo. *Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de sentencias en Chile durante el siglo XIX*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, VII, 1982, pp. 131-173.

LEVAGGI, Abelardo. *La codificación del procedimiento civil en la Argentina*, en Revista chilena de historia del derecho nº 9, 1983, pp. 212-247.

LEVAGGI, Abelardo. *Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el río de la Plata*, en Revista del instituto de historia del derecho Ricardo Levene, nº 22, 1971, pp. 44-91.

LEVAGGI, Abelardo. *Principios decimonónicos del proceso civil en el extremo sur de Hispanoamérica*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, XVIII, 1996, pp. 211-231.

LEVAGGI, Abelardo. *La fundamentación de sentencias en derecho indiano*, en Revista del instituto de historia del derecho Ricardo Levene, nº 6, 1978, pp. 47-73.

MaC LEAN ESTENÓS, Percy. *Historia del derecho procesal en el Perú*, en Revista de derecho procesal nº 3, 1ª parte, 1945, pp. 239-268.

MERELLO, Ítalo. *La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, VIII, 1983, pp. 71-98.

MONTT OYARZUN, Santiago. *Ocaso del ideal codificador*, en Revista de derecho y humanidades, nº 6, 1998, pp. 105-111.

PAREDES, Rigoberto. *Historia del derecho procesal boliviano*, en Revista de derecho procesal nº 2, 1ª parte, 1944, pp. 366-379.

SALINAS, Carlos. *La biblioteca de don Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de derecho*, en Revista de estudios histórico-jurídicos VII, 1982, pp. 389-540.

TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Los comienzos de la fundamentación de sentencias en la Argentina*, en Revista del instituto de historia del derecho Ricardo Levene, nº 10, 1982, pp. 342 ss.

ZARAZAGA, Luis. *Recusación y excusación en el derecho indiano*, en Revista chilena de historia del derecho nº 13, 1997, pp. 117-126.