"Bello y la Judicatura: ¿Qué permanece y qué ha cambiado?"

Lucas Sierra
Profesor de Derecho, U. de Chile. Socio de Lupa Legal Ltda.

Andrés Bello llegó a Chile en 1829 y empezó a escribir en El Araucano el año siguiente, 1830. Ese mismo año 1830 publicó un artículo que es revelador de su visión sobre el Derecho y sobre dos de sus elementos fundamentales: los jueces, por una parte, y la ley, por la otra.[1]

El artículo se llama "Publicidad de los juicios" y en él Bello es crítico de la situación de la judicatura en los nacientes Estados americanos. Y, a través de esta crítica de la judicatura, también critica las normas que eran aplicadas por ella.

El punto de vista de la crítica es interesante porque es muy moderno: la opacidad de la judicatura, su falta de publicidad. Los procesos eran opacos y las sentencias no se fundaban. Esto se veía agravado por el hecho de que la inmensa mayoría de las normas a ser aplicadas por estos jueces opacos venía de la monarquía, de la que los nacientes Estados americanos se habían emancipado. Estas normas, además, eran múltiples e inciertas en su aplicación a un caso particular.

En esta crítica, Bello sugería la necesidad de la ley, de la legislación, como una norma general y cierta. La combinación entre jueces obligados a dar razón de sus decisiones, por una parte, y una legislación general, uniforme y cierta; conformarían la majestad de la ley y, con ésta, se daría el paso institucional necesario para afianzar estos nacientes Estados.

Se puede pensar que Bello tuvo éxito en estos empeños. A partir de las *Leyes Marianas* de 1837, lentamente, la Judicatura se fue ajustando al modelo republicano. En 1875 hubo una reforma importante de los tribunales y en 1902 se dictó el CPC aún vigente. Respecto de la ley como la figura majestuosa del orden jurídico, también se puede pensar que fue exitoso, con el proceso de codificación iniciado por el CC de Bello en 1855. Todo esto, me temo, hasta la Constitución de

---

[1] En 1830, su primer año en El Araucano, Bello escribió sobre la judicatura a propósito la "Publicidad de los juicios". En 1835 volvió sobre la materia bajo el título "Resumen de la publicidad de los juicios, sacado de las obras de Bentham". En 1836 publicó "Observancia de la ley". En 1837 escribió sobre la "Independencia del Poder Judicial" y en 1839 sobre la "Necesidad de fundar las sentencias".
Este conjunto de textos, escritos en algo menos de un decenio, dan buena cuenta de la concepción de Bello sobre los tribunales como poder público.

1980, que dio paso a una constitucionalización del Derecho que plantea una nueva amenaza a la majestad de la ley.

Una cosa ha cambiado desde los tiempos de Bello: el papel de la Constitución en las operaciones cotidianas del sistema jurídico. Para Bello la Constitución era un orden que era aplicado mediante la ley. La constitucionalización del Derecho ha hecho que la Constitución sea aplicada directamente, sin mediación de la ley, y con esto se ha generado un sistema jurídico con subjetividad e incertidumbre que, en alguna medida, se asemeja a la situación que Bello criticaba.

Ésta es la idea que trataré de desarrollar en los minutos que siguen.

En la "Publicidad de los juicios" en 1830, Bello piensa la judicatura consciente del momento histórico que le tocó vivir: el cambio de régimen político, de la monarquía a la República[2]. Dice:

La constitución judicial, asunto de inmensa importancia en todos tiempos, y principalmente en las revoluciones que transfieren el poder político de unas manos a otras, no ha excitado todavía en los nuevos estados americanos la atención que merece… [y después de compararlo con otros sectores del Estado concluye que] "…ha sido enteramente descuidado, resultando de este olvido no pocos de los desórdenes y vicios que han mancillado su gloriosa revolución y hecho vacilar sus gobiernos (91).

Bello detectaba una asincronía en el enorme cambio político que se venía desarrollando en Chile con la emancipación, pues en "la organización política" (94) de la nueva República: la "organización de los juzgados" (94) era una rémora del pasado. Aquí los nuevos Estados necesitaban reforma.

"De todas éstas [mejoras progresivas] …la más importante, por los [sic] que influye sobre las otras, es la organización de los juzgados. Si entre ésta y la forma constitucional, no hay una conexión estrecha; si ambas no tienen un mismo carácter; si no las vivifica un mismo espíritu, es vago esperar que nuestros gobiernos satisfagan a las necesidades del cuerpo social" (94).

Para Bello, con razón, en la judicatura en América y en Chile, el régimen político derrotado por los movimientos de Independencia se mantenía con vida. Aquí es especialmente elocuente:

---

[2] Las citas que siguen corresponden a la versión de "Publicidad de los Juicios" publicada en *Andrés Bello. Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. Prólogo de Agustín Squella. EDEVAL, Valparaíso, 1979.

"… 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" (95).

Es interesante lo que aquí Bello entiende por el "genio del despotismo", pues esto sugiere lo que él piensa sobre la ley y el papel que juega en el orden social:

"… donde las leyes no son reglas ciertas, fijas, inmutables, donde hay arbitrariedad, cualquiera que sea el sentido en que se manifieste (…) existe de hecho el despotismo, y derrama su pestífera influencia sobre la virtud y felicidad del pueblo" (95).

En esta cita, Bello aludía al sistema jurídico de la época, constituido por un entramado normativo de Castilla que, en el tránsito hacia las Repúblicas, siguió rigiendo según se encontraba en el momento de la emancipación. Y, a menos que fuera modificada por las leyes que fuera dictando por el nuevo Estado, esa normativa se aplicaba siguiendo un orden de prelación de ocho escalones, que iban desde los ordenamientos y pragmáticas dictadas después de 1805 (año de la *Novísima Recopilación*), es decir, normas muy recientes al momento de la independencia; hasta las *Partidas* (S. XIII).[3]

Esa realidad jurídica compleja, diversa, incierta, generaba una intensa necesidad de ser interpretada a la hora su aplicación y, por lo mismo, transfería un poder muy importante a los jueces. Y estos jueces estaban regulados por el mismo ordenamiento complejo, pues el Derecho procesal vigente a la Independencia también siguió rigiendo después de ésta.

---

[3] Primer grado: Ordenamientos y Pragmáticas. Tenían preferencia para su aplicación 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.
Octavo grado: Las Partidas (siglo XIII), cuya vigencia oficial empieza al promulgarse el Ordenamiento de Alcalá.
En: *MARIANO EGAÑA Y LA CODIFICACIÓN PROCESAL EN CHILE. Las instituciones de los Fueros, Implicancias y Recusaciones, Conciliación y Fundamentación de las Sentencias*, CAROLINA BEATTIE CRUZ. Disponible en: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106909/Mariano%20Ega%c3%b1a%20y%20la%20codificaci%c3%b3n%20procesal%20en%20Chile.%20Las%20instituciones%20de%20los%20fueros%2c%20implicancias%20y%20recusaciones%2c%20conciliaci%c3%b3n%20y%20fundamentaci%c3%b3n%20de%20las%20sentencias.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Andrés Bello criticaba esa transferencia de poder:

“Uno de los defectos que nosotros notamos en nuestros juzgados y que nos parece enteramente incompatible con la naturaleza de los gobiernos representativos, en que la justicia se administra en nombre del pueblo, es la poca o ninguna publicidad de los juicios (…) La publicidad de los juicios (…) es, de todas las instituciones políticas, la más fecunda de buenos efectos. Ella es el único preservativo seguro de la arbitrariedad y de las prevaricaciones” (95).

Bello ve en la publicidad de los juicios una herramienta para educar a la ciudadanía y aumentar el peso del sistema jurídico en la sociedad. Y, también, para reducir la arbitrariedad judicial, pues con la publicidad se logra que la opinión pública “presida” sobre la administración de justicia.

En 1830, Bello escribió que la reforma debida a la judicatura exigía un “empeño de una magnitud que acobarda”, pues implicaba transformar enteramente los procedimientos judiciales. Entonces, aparece su espíritu pragmático:

“Pero caminando paso a paso, adoptando hoy una medida y mañana otra, dividiremos en partes que podrán allanarse sucesivamente y darán tiempo para se formen sin violencia los hábitos que exige todo establecimiento nuevo. Estamos convencidos de que sin esta revolución serán siempre de poquísimo valor real todas las otras, porque sin ella no puede existir ni aún la sombra de la libertad, que no es otra cosa que el imperio de las leyes” (97).

Sus textos influyeron para ir dando pasos. Bello tuvo que ver con las *Leyes Marianas* que se publicaron en 1837, una de las cuales reglamentaba, precisamente, la obligación de fundar las sentencias, y parecen haber iniciado en Chile ese modo de producir el Derecho que entendemos como codificación.

Es interesante advertir en Bello la idea de que la publicidad de los juicios es un instrumento para permitir el imperio de la ley, para la majestad de la ley como fuente fundamental del Derecho, algo que consagraría después en los Arts. 1°, 2° y 3° del Código Civil.

Estos establecen: la ley como la declaración de la voluntad soberana, el valor no autónomo de la costumbre (sólo cuando lo autoriza la ley), y el efecto relativo de la interpretación que de la ley hagan los jueces, una interpretación que sólo vale para ese caso. Los jueces no pueden interpretar con carácter general la ley, esto sólo puede hacerlo el propio legislador.

La publicidad de los juicios contribuiría a esta majestad de la ley, la que, con su carácter general, más o menos uniforme y, por lo mismo, generador de certeza; metería de vuelta al “genio del despotismo” en su botella.

Se podría decir que el camino por el que se podría reformar la judicatura para que fuera funcional a la majestad de la ley, se fue recorriendo paso a paso a partir de las Leyes Marianas de 1837, luego con la Ley de Atribución y Organización de los Tribunales de 1875, hasta el CPC y COT dictados durante la primera mitad del siglo pasado y que, en lo grueso, siguen vigentes.

La publicidad de los juicios ya no es un problema en nuestro país. Pero la majestad de la ley no goza de toda la buena salud que, para Bello, le traería dicha publicidad. La majestad de la ley hoy está amenazada no por la opacidad de la judicatura: las sentencias son, por regla muy general, públicas y fundadas. La amenaza a la majestad de la ley hoy viene de algo distinto, imposible de prever en los tiempos de Bello: la intensa constitucionalización de la que viene padeciendo el Derecho.

Por constitucionalización del Derecho entiendo el uso de la Constitución como premisa normativa inmediata de una decisión judicial. Especialmente, a partir de la introducción en nuestro sistema jurídico de la acción de protección a fines de los años 1970 y luego en la Constitución de 1980.

En tiempos de Bello, la Constitución constituía el orden político de la República, pero no una norma que -como la ley o un reglamento- recibiera aplicación directa e inmediata por un tribunal al resolver un caso.

Desde los años 1980, sin embargo, esta lógica constitucional ha inundado el trabajo de la judicatura. Por ejemplo, de los 62.009 ingresos a la CS el año 2024, 43.968 (casi el 71%) correspondieron a apelaciones de protección. Las casaciones, en cambio, sólo alcanzaron un 7,2%.

Estos datos sugieren que buena parte del razonamiento que despliega la CS está basada en estándares constitucionales, de textura necesariamente abierta, propio de una jurisdicción de equidad y lejos de una de Derecho estricto. Es decir, se trata de decisiones basadas en consideraciones sustantivas de justicia material a partir de principios abiertos, y no en un razonamiento más formalista a que conduce el carácter general y más preciso de la ley. En alguna proporción, esto ha hecho volver el Derecho chileno a una situación en que “*las leyes no son reglas ciertas, fijas, inmutables, donde hay arbitrariedad”.*

El ejercicio por años de estas amplias facultades hermenéuticas ha facilitado en la judicatura superior y, en especial en la CS (Tercera Sala), el desarrollo de una actitud expansiva, activista. Y esta actitud se ha extendido más allá del recurso de protección, alcanzando materias que la Tercera Sala conoce gracias a su competencia en Derecho Administrativo.

Un caso notable de esto es el área de las telecomunicaciones y la asignación de espectro radioeléctrico para los servicios móviles que tenemos. En los últimos 15 años, en el que se ha pasado de la tecnología 2G a 3G, luego a 4G y últimamente a 5G, la CS, un tribunal generalista, a decidido en contra de la opinión de los dos órganos especializados a los que la ley encarga la regulación de la materia: al TDLC, desde el punto de la libre competencia, y a la SUBTEL, desde el punto de vista de las telecomunicaciones. El TDLC ha fallado que un determinado concurso para adjudicar espectro no vulnera la libre competencia, y la CS ha dicho que sí la vulnera. Por su parte, la SUBTEL ha dicho que, según la LGT, el hecho de que un servicio inalámbrico sea fijo o móvil no constituye un elemento esencial de una concesión de telecomunicaciones, pero la CS ha dicho que sí. Se trata de una jurisprudencia muy poco deferente frente a la especialidad que la ley les entrega a esos dos órganos (TDLC y SUBTEL).

En este afán expansivo la CS ha llegado a sostener que sus decisiones van “más allá” del caso en que se pronunciaron, dándoles un alcance general que desconoce el efecto relativo de las sentencias que Bello veía, con razón, como garantía necesaria para el imperio de la ley.

¿Qué ha cambiado, entonces, desde la realidad observada por Bello en 1830? Los juicios ya no son opacos.

¿Y qué permanece? La amenaza a la posición de ley como eje (democrático) del Derecho, generada ahora no por la opacidad, sino que por la constitucionalización del Derecho chileno.