

LAS IDEAS JURÍDICAS DE PORTALES*

I. *Introducción*

Si nosotros recorremos, incluso rápidamente, la galería de los personajes históricos de Chile, es natural que uno de ellos destaque por sobre los demás, debido a la complejidad de su personalidad y de su modo de pensar, lo mismo que a la magnitud, solidez y persistencia de su obra. Me refiero, por cierto, a don Diego Portales. No creo que alguna otra figura haya recibido tanto la atención de los investigadores ni sido objeto de tan encontradas interpretaciones. Pero la literatura existente en torno a dicho personaje no siempre es atendible, porque la pasión y el partido ha solido presidirla y porque los autores han preferido el método inverso a aquél que antes describíamos como propio de don Eugenio Pereira**, de estudiar lo singular para sólo luego remontarse a las grandes síntesis. Pese a que sobre Portales existen no escasas obras generales, la verdad es que aún hoy se dan aspectos ignorados de su pensamiento y de su obra. Uno de ellos refiérese a la formación cultural y legal en especial, de Portales y a su pensamiento propiamente jurídico; y es con el intento de cubrir semejante

*Discurso de incorporación como miembro de número de la Academia Chilena de la Historia. Publicado en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 93 (1982), pp. 17-41.

**Mi antecesor en la academia, en torno a cuya figura versó la primera parte de este trabajo: en *Bol. cit.* pp. 13-17.

laguna, que tal tema fue el que elegí como objeto de mi discurso de incorporación. Deseo, pues, someter al juicio de Uds. el resultado de mis investigaciones en torno a él.

II. *La formación jurídica**

1. Diego Portales cursó sus estudios superiores en el Convictorio Carolino, en la Universidad de San Felipe y en el Instituto Nacional.

a) En 1808, en efecto, a la edad de 14 años ingresó en el Real Colegio de San Carlos¹, también conocido como Real Convictorio Carolino de Nobles de Santiago de Chile². Las pasantías entonces vigentes incluían cursos de gramática latina, retórica, filosofía, teología y de cánones y leyes³; la parte de estos últimos concerniente a las leyes consistía propiamente en el estudio de las *Institutiones* de Justiniano⁴ (vulgarmente llamadas *Institutas*), con toda probabilidad, explicadas según

*ABREVIATURA: *Epist.* = *Epistolario de don Diego Portales* (ed. De la Cruz, E. Feliú, G., Santiago 1937-1938), 3 vols.

¹ Vid LIRA MONTT, L., *Los colegios reales de Santiago de Chile. Reseña histórica e índice de colegiales. 1584-1816* (Santiago, 1977), anexo III, que contiene la nómina de los colegiales; ahí, bajo el n° 383 (p. 85), figura "Portales y Palazuelos, D. Diego (1808-1814)".

Debo agradecer a mi amigo don Luis Lira los valiosos datos que me ha proporcionado para la redacción de este primer párrafo del capítulo sobre la formación jurídica de Portales.

²Disfrutó entonces de la beca Lecaros: Lira (n.l), p. 85.

³GONZÁLEZ ECHENIQUE, J., *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile* (Santiago, 1954), pp. 155, 157.

⁴Según el art. 59 de las constituciones del Convictorio, que se ven en Frontaura, J.M., *El Convictorio Carolino*, en *Anales de la Universidad de Chile* 75 (1889), p. 309.

el célebre comentario de Arnaldo Vinnius⁵. Pero dicho curso no tenía carácter obligatorio⁶; de hecho, Portales no lo siguió, como veremos.

- b) Con fecha 1º de septiembre del mismo año de 1808 se matriculó Portales en la Real Universidad de San Felipe para estudiar filosofía⁷. Su intención era obtener el bachillerato en tal disciplina, que le permitiera aspirar posteriormente al correspondiente en cánones y leyes y así quedar en condiciones de poder después recibirse de abogado, carrera a que su padre le tenía destinado⁸. Tal era el camino que debía seguir, porque desde 1807 el bachillerato en filosofía constituía requisito para poderse obtener aquél en cánones y leyes⁹. Portales consiguió el primero el 18 de enero de 1811¹⁰.
- c) El 31 de agosto de 1812 pudo él, en consecuencia, matricularse en la Universidad para estudiar cánones y leyes¹¹; pero es seguro que no alcanzó a frecuentar ninguna clase de curso, dada la situación desarreglada en que por aquellos días se

⁵GONZÁLEZ (n. 3), p. 160 que cita un testimonio del presidente Francisco A. Pinto. La aludida obra de Vinnius era: *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius academicus et forensis* (1642).

⁶GONZÁLEZ (n. 3), p. 157.

⁷Archivo Nacional, Real Universidad de San Felipe, vol. 7, pza. 3: *Segundo libro de Exámenes y Matriculas*, años 1770-1817, fs. 16 v. Véase: MEDINA, J. T., *Historia de la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile* (Santiago, 1928), t. I, p. 603 en donde aparece el nombre de Portales dentro del registro alfabético de estudiantes de la universidad. En el mismo volumen y pieza citados, a fs. 19 v., todavía figura él como matriculado el 28 de mayo de 1810.

⁸VICUÑA MACKENNA, B., *Introducción a la historia de los diez años de la administración Montt. Don Diego Portales* (Valparaíso, 1863), t. I, p. 31.

⁹GONZÁLEZ (n. 3), p. 125.

¹⁰MEDINA (n. 7), t. I, p. 552.

¹¹Archivo Nacional, R. Univ. de S. Felipe, vol. 7, pza. 3, fs. 264 v.

encontraba dicho establecimiento; tampoco pudo seguirlos en el Convictorio Carolino que había cesado de funcionar en 1812¹².

- d) Mas, al crearse el Instituto Nacional, matriculose Portales en él el 30 de agosto de 1813, para tomar el curso de "derecho natural y de gentes"¹³, que se enseñaba conforme con el texto de Heineccius, *Elementa juris naturae et gentium*¹⁴. No hay registro de su egreso; pero no pudo continuar ahí más allá del 17 de noviembre de 1814, fecha en que fue formalmente extinguido el Instituto, aun cuando había sido clausurado ya el 1º de octubre del mismo año, como consecuencia de la derrota sufrida por las armas patriotas en Rancagua y el restablecimiento del antiguo régimen. En todo caso, Vicuña Mackenna dice que Portales alcanzó a rendir sus exámenes¹⁵.
- e) Según el mismo Vicuña Mackenna, Portales "estudió en 1815, bajo la dirección de uno de sus condiscípulos, el doctor don José Gabriel Palma, el primer libro de la Instituta"¹⁶. De hecho, cuando por orden del gobernador Osorio se reabrió el Convictorio Carolino en febrero de 1815, el nombre de Portales no figura entre quienes se reintegraron en él y tampoco vuelve a aparecer en el registro de matrículas de la

¹²LIRA (n. 1), p. 27.

¹³Archivo Nacional, Fondos Varios, Vol. 113: *Libro de matrículas de Alumnos del Instituto Nacional, 1831-1814*, fs. 65. La ficha de matrícula de Portales la copian: Amunátegui Solar, D., *Los primeros años del Instituto Nacional. 1813-1835* (Santiago, 1889), p. 170; Gajardo. E., *Reseña histórica de la enseñanza superior en Chile y del estudio del derecho de gentes, antes y después de nuestra independencia*, en *Revista Chilena* 12 (1928) 95-96, p. 460.

¹⁴AMUNÁTEGUI (n. 13), p. 161.

¹⁵VICUÑA (n. 8), p. 31.

¹⁶VICUÑA (n. 8), p. 31. *Instituta*, como ya hemos indicado, era la denominación vulgar para las *Institutiones* de Justiniano.

universidad. Este aprendizaje de que da cuenta Vicuña, pues, tuvo carácter privado.

2. Con estos datos estamos ahora en condiciones de reconstruir el iter de los estudios jurídicos del futuro ministro.

Ya hemos dicho que el Convictorio Carolino incluía un curso de cánones y leyes, referido este último a las *Institutiones* de Justiniano, pero que no era obligatorio. Sabemos por Vicuña que en 1815 Portales comenzó a estudiar aquella obra bajo docencia privada. La consecuencia que se desprende de esto es la siguiente: mientras Portales permaneció en el Convictorio Carolino no siguió el curso de cánones y leyes, pues de lo contrario no se entendería por qué en 1815 habría vuelto a iniciar un estudio que ya había hecho antes. Que Portales no haya cursado esa materia en el Convictorio, se explica, en cambio, debido a la necesidad en que se encontraba de graduarse primero en filosofía antes de hacerlo en derecho, pues, como dijimos, el bachillerato en aquélla era prerequisite para el bachillerato en éste; de guisa que resultaba inútil adelantar estudios jurídicos mientras cursaba los de filosofía.

Recién en 1812 pudo intentar seguir aquéllos, una vez en posesión del bachillerato en filosofía, para lo cual se matriculó en la universidad, sin que su intento pudiera fructificar sino hasta el año siguiente, al ingresar en el Instituto Nacional, en donde debía seguir los cursos que le permitieran aprobar los exámenes para el bachillerato en cánones y leyes ante la universidad. En el plan de estudios del Instituto se contemplaba dos cursos de "derecho natural y de gentes" y dos de "derecho civil, canónico y leyes patrias", los primeros como prerequisites de los segundos¹⁷. Por ello es que Portales inició su carrera precisa-

¹⁷AMUNATEGUI (n. 13), p. 158, 161; 163.

mente con el curso de "derecho natural y de gentes". Dicha carrera quedó interrumpida con la clausura del establecimiento en octubre de 1814. Para después sólo sabemos que estudió privadamente el libro 1 de las *Institutiones*, muy posiblemente según el comentario de Vinnius, como era práctica universal. El hecho de haber comenzado este curso privado de *Instituta* concuerda con el de haberse restaurado el Convictorio Carolino en febrero de 1815, en cuyo plan se contemplaba, como vimos, precisamente un curso de *Instituta*. En otras palabras, en 1815 Portales se reciénó, sólo que bajo docencia privada, al plan antiguo restablecido, sin que sepamos por qué razón no se reintegró en el Convictorio Carolino.

Durante el curso del año 1815 debió de abandonar el estudio privado que había emprendido. Entre ese año y el siguiente aprendió el oficio de ensayador de la Casa de Moneda y en 1817 se recibió como tal; ejerció este oficio hasta julio de 1821, en que se dedicó a la actividad comercial; en 1822 dirigióse al Perú, siempre dentro de la práctica de aquella misma actividad, en la que perseveró hasta fines de 1827, al comenzar sus primeros pasos en la política y luego en la administración que ya no abandonaría, como tampoco lo hizo con el comercio, hasta su muerte.

En consecuencia, los estudios legales del futuro ministro han consistido en un curso de derecho natural y de gentes, en 1813-1814, seguido por los *Elementa juris naturae et gentium* de Heineccius en el Instituto Nacional; y en un curso privado sobre el libro 1 de las *Institutiones* de Justiniano, en 1815, muy probablemente seguido de acuerdo con el *Commentarius* de Vinnius. Mas derecho Portales no parece haber estudiado.

3. Veamos ahora cuál fue el contenido de esos estudios de derecho natural y gentes y de derecho romano cursados por

Portales, que será fácil determinar, conociendo los libros utilizados en su enseñanza.

Ya hemos indicado que el derecho natural y de gentes se cursaba en el Instituto Nacional de acuerdo con el texto de Heineccius, *Elementa juris naturae et gentium*. Esta obra¹⁸ se divide en dos libros, el primero, dedicado al derecho natural y el segundo, al de gentes. El libro I, a su vez, se subdivide en 15 capítulos. Los cuatro iniciales están dedicados al análisis de los conceptos de derecho natural y de gentes, de las acciones humanas, de las normas aplicables a dichas acciones y de las operaciones y valoraciones que resultan de tal aplicación. Los cinco capítulos siguientes vienen consagrados a los oficios del hombre, esto es, a sus deberes: para con Dios, para consigo mismo y para con los demás hombres. Todavía dentro de esta misma materia, hay que hacer notar que el capítulo IX, que trata de los deberes hipotéticos para con otros hombres, incluye una materia también perteneciente al derecho civil, como es la del dominio y de su adquisición originaria, tratada, por cierto, desde el punto de vista del derecho natural, aunque ella no resulte ser otra cosa que una generalización de las nociones romanas sobre el tema. Así por ejemplo, en ese capítulo Heineccius habla sobre la ocupación y sus diferentes especies y sobre la accesión y sus distintas clases. Los capítulos X y XI están consagrados a la adquisición del dominio por acto derivativo entre vivos y a su adquisición por sucesión, para lo que vale cuanto acabamos de decir sobre los modos originarios. El capítulo XII trata de los derechos y deberes dimanantes de la propiedad; el XIII, del comercio de las cosas, o sea, de los contratos y sus variados tipos;

¹⁸He visto: HEINECCIUS, I.G., *Elementa iuris naturae et gentium* (Genevae, 1975), en *Opera omnia* (Genevae, 1771), t. I.

el capítulo xiv se refiere a los pactos en un tratamiento especial que se justifica en atención al distinguo romano entre pactos y contratos; finalmente, el capítulo xv estudia los modos de extinguir las obligaciones.

El libro II, como ya indicamos, contiene el tratado sobre el derecho de gente; él se divide en diez capítulos. El primero está dedicado al estudio de los dos estados en que puede encontrarse el hombre: natural y social. Los cuatro siguientes, a los deberes humanos en cada uno de estos tipos de sociedades: conyugal, parental, heril y familiar. El capítulo VI trata del origen y forma de la sociedad civil o política; el VII, de la suprema potestad en la sociedad civil y de los modos de adquirirla; el VIII, de los derechos de soberanía; el IX, de los ciudadanos.

Ahora bien, difícilmente Portales tuvo oportunidad de estudiar todo el libro de Heineccius. Ya hemos indicado que el ramo de derecho natural y de gentes se desarrollaba en dos cursos anuales, mientras que Portales, al parecer, siguió tan sólo uno de ellos. Debemos agregar, además, que esos derechos se estudiaban conjuntamente con la economía política y la filosofía moral¹⁹. Por otro lado, el primer catedrático para tales ramos fue un eclesiástico: don José María Argandoña²⁰ quien, en consecuencia, fue el profesor de Portales, ingresado en el Instituto Nacional en el momento de su instalación. Todo esto hace decir al historiador de los estudios de derecho internacional en Chile, Enrique Gajardo, lo siguiente: "No hemos tenido a mano documentos que nos permitan afirmar con exactitud cuál fue el funcionamiento del Curso de Derecho de Gentes y la calidad de la enseñanza que en él se dio durante estos primeros años. Pero,

¹⁹ AMUNÁTEGUI (n. 13), p. 158.

²⁰ AMUNÁTEGUI (n. 13), p. 176.

no es temerario afirmar, como deducción de las investigaciones que hemos hecho, de que la enseñanza de la Economía Política y del Derecho Natural, sobrepasaron en mucho a aquél. Y era lógico que fuera así, tratándose en primer lugar de un profesor eclesiástico, y de un curso que funcionaba en la sección destinada al Seminario, en donde tenía que darse mucha mayor importancia al Derecho Natural”²¹.

De este modo, pues, Portales a lo más habrá alcanzado a estudiar el libro 1 de los *Elementa* de Heineccius referido al derecho natural, como vimos. Por lo demás, Vicuña Mackenna dice que Portales alcanzó a rendir su examen, precisamente de derecho natural²². Ello implicó, sin embargo, que aparte de las nociones concernientes a lo que podríamos llamar la teoría general del derecho natural (capítulo 1 a 1v). Portales debió de aprender también toda aquella materia romanístico-civilística perteneciente al derecho de bienes, de sucesiones y de obligaciones, que Heineccius, siguiendo, por lo demás, a todos los autores de derecho natural de su época y de las anteriores, trataba como propias de esa disciplina²³.

Vicuña Mackenna nos dice que en 1815 Portales estudió el libro 1 de las *Institutiones* de Justiniano; y posiblemente, según indicamos en su momento, lo hizo conforme con el comentario a aquella obra del holandés Vinnius. El libro 1 de las *Institutiones*, como es sabido, dedica su breve primer título a la justicia y al derecho y el segundo, al derecho natural, de gentes y civil. Todo el resto de sus 26 títulos está consagrado al derecho de las personas²⁴. El comentario de Vinnius sigue texto por texto la

²¹GAJARDO (n. 13), p. 461.

²²Vid. supra n. 15.

²³Vid. mi *Fijación del derecho* (Valparaíso, 1977), p. 67 ss.

²⁴He aquí las rúbricas: *De iustitia et iure; De iure naturali et gentium et civili;*

obra que comenta, incluyendo un análisis de la constitución *Imperatoriam maiestatem* con que Justiniano promulgó las *Institutiones*. Del estudio recaído en ese comentario sobre dicha constitución, Portales pudo obtener muchos datos eruditos y algunos conceptos generales, de los cuales un reflejo parece percibirse en algunas cartas, como veremos luego. El comentario a los dos primeros títulos de las *Institutiones* justinianeas es desarrollado y abunda en conceptos teóricos e históricos. El resto, como la obra comentada, va consagrado al derecho de las personas²⁵.

4. Algunas trazas de este aprendizaje elemental y general se observan en sus cartas. Así, por ejemplo, en 1832, a propósito de una denuncia pendiente contra el gobernador de Huasco por infracciones a la ley electoral cometidas en los comicios para diputados en 1831, pendencia de la que Portales se lamenta y en relación con la cual acusación pide a Garfias estudiarla desde el punto de vista jurídico, le expresa no haber leído más libro que la *Ordenanza de Minería*, en la que no ha podido hallar nada concerniente a elecciones de diputados y acusaciones a funcionarios públicos; e ignorar también si en el *Fuero Juzgo* o en las

De iure personarum; De ingenuis; De libertinis; Qui et quibus causis manumittere non possunt; De lege Fufia Caninia sublata; De his qui sui vel alieni iuris sunt; De patria potestate; De nuptis; De adoptionibus; Quibus modis ius potestatis solvitur; De tutelis; Qui dari tutores testamento possunt; De legitima adgnatorum tutela; De legitima parentium tutela; De fiduciaria tutela; De Atiliano tutore vel eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur; De autoritate tutorum; Quibus modis tutela finitur; De curatoribus; De satisfactione tutorum et curatorum; De excusationibus; De suspectis tutoribus et curatoribus.

²⁵He visto: Vinnius, A., *In quatuor libro Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis* (Lugduni, 1767), t. 1.

“Panderetas” de que ha oído hablar, pueda encontrarse algo sobre el tema: *que según mi razón me parece que sí*²⁶.

Podría uno preguntarse si Portales realmente hablaba en serio, sobre todo reparando en que a las *Pandectas* las llama “panderetas”, de las cuales necesariamente tenía noticias, porque ellas aparecen mencionadas en la const. *Imperatoriam Maiestatem* comentada por Vinnius²⁷ y respecto de las cuales, por lo demás, dice expresamente haber oído hablar. Eso podemos aceptarlo como una manifestación del espíritu zumbón y burlesco del ministro, tan aficionado a sobrenombrar a las personas y a las cosas. En el resto, parece que Portales es sincero. Por cuanto respecta a la *Ordenanza de Minería*, consta en otras cartas suyas que efectivamente habíase interesado en asuntos mineros, para los cuales debió de informarse²⁸. Y el pensar que en las *Pandectas* o en el *Fuero Juzgo* podría hallarse algo atañente a las elecciones de diputados, lejos de ser una broma, correspondía a la creencia común, proveniente de la edad media, de que en el *Corpus Iuris* se encontraba todo el derecho público y privado concebible²⁹. Así, Portales debió de estudiar el comentario de Vinnius a la voz *Pandectarum* que figura en la const. *Imp. maiest.* 4: ahí se explica que tal obra se llama así “porque comprenden las leyes de todo género”, y se agrega que Justiniano las llamó de ese modo: “porque contienen todas las disputas y decisiones legales”³⁰.

²⁶*Epist.* II, N° 255, p. 247 ss.

²⁷VINNIUS (n. 25), t. I, proemio, p. 4.

²⁸*Epist.* I, N° 120, p. 314 ss.

²⁹ACURSIUS, *Magna Glossa*, gl. *notitia* ad Dig. 1.1.10: *omnia in corpore iuris inveniuntur* (todo se encuentra en el *corpus iuris*).

³⁰VINNIUS (n. 25), t. I proemio, p. 4: *quod omnis generis leges complectantur ... quod omnes disputationes et decisiones in se habeant legitimas et quod undique fuit collectum hoc in sinus suos receperint*. [“Porque en ellos (sc. en el los libros del

Otro reflejo de sus antiguos estudios institucionales quizá sea la afirmación de Portales contenida en una carta de 1833, de ser él muy decidido *por los trámites legales* cuando las circunstancias lo permitieran³¹. Esa expresión parece ser un eco de los *legítimos trámites*, o sea, "trámites legales" a que alude Justiniano al principio de la Constitución *Imp. maiest.*, como medio de que se vale el emperador para reprimir la iniquidad de los calumniadores³².

En otras ocasiones Portales se sirve de términos técnicos del derecho para describir en serio o festivamente alguna situación determinada. Así, en una carta insiste en la necesidad de contener los abusos de los extranjeros en Chile para evitar autorizar sus *avances con la posesión inveterada*³³ (*vetusta possessio*). Y en otra carta de 1832 dice que los generales Cruz y O'Higgins se encontraban a la expectativa para *darnos de palos de mancomun et insolidum*³⁴.

5. Todo lo anterior, pues, demuestra por parte de nuestro personaje la posesión de lo que podríamos denominar una cultura jurídica general y elemental concerniente, por un lado, a los conceptos primordiales del derecho romano y del natural, y, por otro, a las instituciones fundamentales del derecho civil, en especial, a las del derecho de personas, que él adquirió como consecuencia de los estudios cursados en los establecimientos educacionales de su época, o privadamente.

Digesto) se acumularon las leyes de todo género... porque todas las disputas y decisiones legales están en los mismo y porque recibieron en su seno lo que fue recogido de todas partes"]. La frase *quod omnis*, etc., en realidad aparece en Justiniano, *const. Tanta* 1.

³¹*Epist.* II, N° 331, p. 374.

³²VINNIUS (n. 25), t. 1, proemio, p. 2.

³³*Epist.* I, N° 162, p. 393.

³⁴*Epist.* I, N° 155, p. 377.

Pero no debemos exagerar la medida de esta cultura general. En la carta a Garfias de 1832 antes citada, en que se refiere a la denuncia pendiente contra el gobernador de Huasco, junto con decirle haber oído hablar de las *Pandectas* y del *Fuero juzgo*, le señala no haber leído otro libro que la *Ordenanza de Minería*, con lo cual afirma implícitamente no haber leído aquellas dos primeras obras; al mismo tiempo, confiesa su ignorancia sobre el régimen jurídico de las elecciones populares y de las acusaciones a los funcionarios públicos.

III. *El saber jurídico y los jurisconsultos, abogados y jueces*

1. Portales sentía gran respeto ante el saber jurídico y renocía la utilidad y ventaja de su posesión para las tareas de gobierno y administrativas. Recordemos, desde luego, que en la *Memoria* presentada al congreso el 23 de agosto de 1836 en su calidad de ministro del interior, se pronuncia por preferir *para servir los destinos públicos los candidatos que a las circunstancias morales necesarias reúnan el conocimiento de las ciencias legales y política*³⁵. Poco después tuvo oportunidad de llevar a la práctica esta idea, pues mediante un decreto de 1837, que lleva su firma como ministro, se prescribió como requisito para acceder a la clase de oficial de número de las secretarías del interior, relaciones exteriores y justicia, el *haber cursado... legislación, derecho natural y de gentes y derecho civil*, además de filosofía y literatura³⁶.

Por otro lado es bien conocido el respeto y la consideración que profesó Portales a Andrés Bello³⁷, en quien vio a un colabo-

³⁵*Documentos parlamentarios* (Santiago, 1858), t. 1, p. 93.

³⁶Decreto de 15 de enero de 1837, art. 2, que se ve en Gajardo (n. 13), p. 461.

³⁷Muestras de este respeto y consideración a través de las siguientes cartas:

rador eficaz para el manejo de las relaciones exteriores y aun para numerosos asuntos internos³⁸. Un respeto similar dirigió a Mariano Egaña³⁹, con quien solía consultar asuntos de derecho civil y procesal⁴⁰.

Epist. I, N° 127, p. 328: pagar o recompensar a Bello con un regalo, varios trabajos realizados sin estar obligado a ellos; I N° 133, p. 324: *¿Como está D. Andrés Bello?*; I, N° 200, p. 473 ss.: que Bello escriba *alguna cosa buena como acostumbra* honrando la memoria del presidente Ovalle; II, N° 203, p. 138: *El cariño que profeso a este hombre* (Bello); II N° 239, p. 216: una inconsecuencia vergonzosa del gobierno, en la que si Bello tuvo parte, fue por obediencia; II N° 241, p. 220: Portales acepta con placer la petición de Bello de apadrinar a uno de sus hijos; II, N° 252, p. 239: Portales se alegra de que su compadre (Bello) se haya hecho cargo de la redacción del proyecto de reforma a la constitución; II, N° 255, p. 248: cien cigarros de regalo para Bello.

Con todo, no dejó Portales de expresarse mal respecto de Bello: *Epist.* II N° 203, p. 138: *recibí también la cosa de don Andrés* (el artículo sobre Ovalle)... *yo esperaba una gran cosa y cuando vi esa gran tontera...*; II, N° 224, p. 193: *me he llenado de vergüenza al ver que nuestro amigo don Andrés Bello también se le van las patas*.

³⁸Ejemplos: *Epist.* II, N° 237, p. 214: *aproxímese Ud. a Bello... a ver si puede leer el oficio*; II, N° 303, p. 342: *...que me conteste o me dé puntos para contestar la nota del cónsul francés que incluyo*.

³⁹Ejemplos: *Epist.* I, N° 155, p. 379: *Contéstele sus memorias al Señor D. Mariano Egaña asegurándole que no puede excederme en los deseos de verle; pero que le excedo en mucho en el entrañable efecto con que cada día estoy queriendo más a mi primer amigo*; II, N° 215, p. 166: que cuando Egaña vaya a Valparaíso, le visite; Vid. también el diario de Egaña, día 4 de sept. 1835: *A la noche fui a ver a Bello, disertamos sobre las ocurrencias actuales, me dijo que Portales hacía de mí en sus conversaciones los más honoríficos elogios* (ed. Eyzaguirre, en *BACbH.* I (1933) I, p. 74). Igual que sucedió a Bello, tampoco Egaña escapó a la intemperancia de lenguaje de Portales; *Epist.* II, p. 319: *Que se vaya (Egaña) al carajo, con todo otro diablo inconsecuente*; III, N° 508, p. 378: *El jurisperito Egaña* (irónico); *ibíd*; *que se vaya al carajo...; pobre diablo!*.

⁴⁰*Epist.* I, N° 120, p. 314: Consulta sobre ciertos temas de derecho civil; I, N° 160, p. 388: que Egaña refute un artículo sobre codificación aparecido en

2. Pero no podía Portales soportar la chicanería y sofistería de los abogados y de ellos no tenía una opinión muy favorable. En una carta a Cea le dice, refiriéndose al abogado que actuaba en una quiebra ocurrida en Lima, que era él *otro pobre diablo, lleno de palabras, de citas y embustes*, añadiendo que tal género de hombres creía tener *por su palabrería, la primera fuerza del foro*⁴¹. En otra carta dice que *con los hombres de ley no puede uno entenderse* y que los abogados que ha conocido *son cabezas dispuestas a la conmiseración en un grado que los hace ridículos*⁴².

3. Una opinión también desfavorable tenía Portales hacia los jueces de su tiempo, a quienes achacaba indolencia y negligencia en el cumplimiento de sus deberes. Los testimonios de tal pensamiento son múltiples. Desde luego puede leerse su artículo *Administración de justicia criminal* aparecido en *El Mercurio* de Valparaíso, N° 166, de 17 de enero de 1832, en donde acusaciones de ese tipo aparecen reiteradamente. Las analizaremos más adelante. Lo mismo se aprecia a través de otros escritos. Así por ejemplo, en 1827 se queja del gobierno por no haber separado de sus destinos a *esos jueces del Tribunal de Imprenta que no quieren cumplir con su deber*⁴³. En 1832, en un oficio dirigido al congreso de plenipotenciarios con el fin de incitarle a tomar medidas represivas contra el bandolerismo, se queja de que el sentimiento de humanidad a que eran propensos los encargados de la administración de justicia, constituía una de las causas de la

El Araucano; I, N° 155, p. 379: que escriba un artículo defendiendo la codificación; III, N° 508, p. 378: consulta a Egaña sobre si se puede poner en prisión a ciertos sospechosos políticos.

⁴¹*Epist.* I, N° 4, p. 176.

⁴²*Epist.* III, N° 508, p. 378 ss.

⁴³*Epist.* I, N° 71, p. 253.

impunidad en que permanecían los delincuentes⁴⁴. En un oficio anterior sobre prevención y represión de la criminalidad, denuncia que los *jueces contemporizan con los malvados que pudieran aprehender*⁴⁵. En una carta a Garfias le encarga velar porque se publiquen las sentencias de los tribunales, como medio de *estimular a los jueces al trabajo y de contener sus arbitrariedades y disimulos reprobables*⁴⁶. En otra carta dice al mismo Garfias que *los tribunales y todos los jueces nuestros son propensos a proteger el crimen, siempre que no ven que hay quién haga efectivas sus responsabilidades*⁴⁷. En una carta a Tocornal le encarga velar porque la administración de justicia sea menos mala y para que se corrijan los abusos *que tienen su origen en los jueces más que en la legislación*⁴⁸.

IV. La legalidad

El mismo respeto que Portales sentía ante el saber jurídico y los juriconsultos, lo sentía y exigía frente a la ley y los procedimientos legales, en contra de lo que cierta historiografía ha pretendido. Esta actitud se refleja en varios de sus escritos.

1. Así, en una carta dice ser necesario impedir que los extranjeros *quieran hacer proscribir las leyes*⁴⁹; en otra se queja de la necesidad en que a veces se encuentran los hombres de recurrir a sus propias fuerzas *cuando no hay interés por la justicia, por la ley...*⁵⁰; como asimismo de las consecuencias de cierto *acto*

⁴⁴SILVA R., *Ideas y confesiones de Portales* (Santiago, 1945), p. 107.

⁴⁵Ibíd., p. 110.

⁴⁶*Epist.* I, N° 192, p. 455.

⁴⁷*Epist.* II, N° 226, p. 195.

⁴⁸*Epist.* II, N° 247, p. 230.

⁴⁹*Epist.* I, N° 162, p. 393.

⁵⁰*Epist.* II, N° 226, p. 195.

*parcial e injusto del gobierno*⁵¹, a propósito del ascenso inmerecido de un militar. En otra carta habla de su celo por la buena administración de justicia y por el cumplimiento de las leyes, y dice ser amante de estas últimas y del buen orden⁵². En otro lugar Portales declara estar muy lejos de querer medidas violentas y de ser muy decidido por los trámites legales cuando las circunstancias lo permitieran⁵³; y en otro denuncia el hecho de que se hubiera acordado juzgar a ciertos reos mediante comisiones especiales nombradas con posterioridad al hecho punible, en abierta infracción de la constitución⁵⁴.

Es digno de ser especialmente tenido en cuenta lo que Portales dice en su *Memoria* de ministro presentada al congreso el año 1836, en donde se lamenta de la falta de reglas que definan las atribuciones de las autoridades provinciales y subalternas dentro del poder ejecutivo, lo que acarrea vacilaciones e incertidumbre entorpecedoras. Tal vacío —agrega— producía, entre otros, uno de los no menores males consistente en: *el peligro a que expone la libertad individual, que no puede existir sino a la sombra de leyes precisas, que reglen la acción de todos los funcionarios y enfrenen la arbitrariedad*⁵⁵.

Por lo demás, el celo legalista de Portales quedó de manifiesto cuando en carta de 26 de junio de 1833⁵⁶ renunció a la gobernación de Valparaíso, con ocasión de la infracción que se había cometido a la constitución, al mandarse cumplir un decreto presidencial sin la firma del ministro del ramo respecti-

⁵¹*Epist.* II, N° 262, p. 274.

⁵²*Epist.* II, N° 298, p. 332 ss.

⁵³*Epist.* II, N° 331, p. 374.

⁵⁴*Epist.* I, N° 196, p. 462.

⁵⁵*Doc. parl.* (n. 35), t. 1, p. 93.

⁵⁶*Epist.* II, N° 350, p. 409 ss.

vo, como lo prescribía el artículo 86 de la Constitución de 1833. En el curso del incidente, el ministro Tocornal también había presentado su renuncia al presidente, que luego retiró para evitar mayores males; Portales le dice en la aludida carta no alcanzar a ver cuáles podrían ser tales males *porque me parece que no hay otros de un orden superior que los que deben nacer de un atropellamiento del código fundamental*. Enseguida se queja de que no se hubiera incoado un juicio político en contra del propio Tocornal que toleró la infracción de otros culpables; todo lo cual *da lugar a esperar que la constitución va a quedar impunemente atropellada y abierta la puerta para quebrantarla en lo sucesivo*. El siguiente párrafo de su carta merece ser íntegramente copiado: *Habiendo sido yo uno de los que esforzaron más el grito contra los infractores e infracciones de 1828 y 1829; cuando en los destinos que me he visto en la necesidad de servir, he procurado con el ejemplo, el consejo, y con cuanto ha estado a mi alcance, volver a las leyes el rigor que habían perdido casi del todo, conciliarles el respeto, e inspirar un odio santo a las transgresiones que trajeron tantas desgracias a la república y que nunca podrán cometerse sin iguales resultados; cuando hasta hoy no he bajado la voz que alcé con la sana mayoría de la nación, contra las infracciones de la constitución del 28; cuando no debo olvidar que ellas fueron la primera y principal razón que justificó y aseguró el éxito de la empresa sellada con la sangre en Lircay, no puedo manifestarme impasible en estas circunstancias, ni continuar desempeñando destinos públicos, sin presentarme aprobando, o al menos, avenido ahora con las infracciones que combatí poco antes a cara descubierta*. Acto seguido, para no parecer caído en inconsecuencia, presenta su renuncia y termina haciendo votos para que el Presidente de la República rectifique lo obrado y comprenda que *nada le sería más honroso y nada más conducente a la consolidación del orden público y del código constitucional, que aparecer vindicándolo con la revocación del decreto inconstitucional*.

Con posterioridad, en carta de 1834 al propio Presidente Prieto, Portales recuerda el asunto precedente al referirse a ciertos señores a quienes: *todos los hemos visto ayer manifestarse impasibles cuando se trataba de una abierta infracción del código fundamental que acababa de jurarse, infracción que no podía ni por la necesidad disimularse ni por lo grande, ni por lo útil del objeto*⁵⁷.

2. Lugar importante en las ideas portalianas sobre la legalidad lo ocupaba el concepto de sanción contra sus infractores. A este tema Encina⁵⁸ ha dedicado páginas interesantes, a través de las cuales se aprecia cómo, en efecto, el ministro resultó ser un innovador en las prácticas sancionatorias hasta entonces vigentes, erigiendo como principio que la pena debía aplicarse inflexible e impersonalmente y, sobre todo, que ella debía alcanzar por igual a los infractores, sin consideración al rango, la fortuna o la prosapia. A este respecto, es célebre la frase que se le atribuye: *Si mi padre conspirara a mi padre fusilaría*⁵⁹; y muy conocida su actitud ante los reiterados e insistentes empeños provenientes de personas de influencia, que se le hicieron valer cuando los tribunales condenaron a la pena capital al marino estadounidense Paddock, como responsable de cuatro asesinatos, a fin de que suspendiere la aplicación de la pena en virtud de su calidad de gobernador de Valparaíso⁶⁰. Aparte que no era del resorte del gobernador proceder así, Portales, en una carta

⁵⁷*Epist.* III, N° 403, p. 218.

⁵⁸ENCINA, F.A. *Portales*² (Santiago, 1964), t. 1, p. 212 ss.

⁵⁹*Ibid.*, p. 212.

⁶⁰La narración del incidente en Vicuña Mackenna (n. 8), t. 1, p. 203 ss. Una adecuada valorización de la actitud de Portales ante este asunto se ve en Lirarrázaval, J.M., *Portales "Tirano" y "Dictador"* en *BACHH.* 4 (137) 8, p. 26 ss.

dirigida a Blest e Ingraham⁶¹, amigos suyos que intercedían ante él en favor del condenado, se excusa de no poder hacer nada porque, pese a su natural compasivo, debía mandar cumplir las leyes, y a tal extremo, que si en la situación de Paddock se encontraran Blest e Ingraham y su suerte pendiera de su mano: *ya estaría yo llorando sobre su tumba*. En dicha carta queda en claro también el concepto igualitario de la sanción que tenía Portales, pues argumenta a sus amigos, que de suspender la ejecución, el día de mañana *al hacer fusilar a un roto, puede levantarse el grito de que para ellos sólo hay justicia* (en el sentido de aplicación de penas) y no para las personas de influencia (que quedarían impunes).

A estos conceptos sobre la inflexibilidad, igualdad e impersonalidad de la sanción, Portales agrega otro concerniente a su efecto preventivo: *el peor mal que yo encuentro en no apalear al malo, es que los hombres se apuran poco por ser buenos, porque lo mismo sacan de serlo, como de ser malos*⁶². De acuerdo con esto, la pena poseía para Portales la virtud de incitar a los hombres al bien y apartarlos del mal, aun cuando fuera nada más que por miedo.

V. *La legalidad, condición de la convivencia política*

En los textos que anteriormene hemos transcrito, aparece claro que Portales tenía muy a la vista la situación en que el país había vivido durante el período precedente a la batalla de Lircay y que justificaba el alzamiento en contra del gobierno de entonces, en atención al estado de a-o antijuridicidad por el cual aquél había atravesado hasta ese momento. Precisamente para que no se dieran las condiciones que permitieran la vuelta a semejante estado, es que Portales se sintió movido a protestar por la

⁶¹*Epist.* II, N° 298, p. 332 ss.

⁶²*Epist.* I, N° 160, p. 389.

infracción constitucional a través de su renuncia a la gobernación de Valparaíso.

En otras palabras, Portales veía en el respeto a la legalidad el presupuesto necesario de la convivencia civil y política. Él insiste en esta sencilla y elemental idea en su carta a Tocornal, de 16 de julio de 1832, en donde le aconseja actuar con escrupulosidad absoluta en el desempeño de su ministerio, dando así un ejemplo a todos y creando una situación contrastantes con la experimentada en el período pipiolo, en que se obraba con impavidez frente al vicio, se consagraba los crímenes, que servían de recomendación ante el gobierno, con todo lo cual se minaba por los cimientos la moral pública y se rompía *los vínculos que sostienen a los hombres reunidos*⁶³. Estos vínculos, naturalmente, no eran para Portales sino que las leyes.

Expresa lo mismo, pero de un modo negativo y haciendo ver las consecuencias de la ausencia de legalidad, en otra carta dirigida esta vez a Garfias, el 7 de mayo de 1832, donde escribe: *cuando no hay interés por la justicia, por la ley y por las buenas costumbres, no nos queda más recurso que nuestras fuerzas para castigar al que nos ofende, porque los tribunales y todos los jueces son propensos a proteger el crimen, siempre que ven que no hay quien haga efectivas sus responsabilidades*⁶⁴. En otras palabras, el desprecio por las leyes y por la justicia, y su infracción, esto es, el desprecio y la infracción de los *vínculos que sostienen a los hombres reunidos*, obliga a cada uno al uso de la fuerza privada para defender los propios derechos amagados. Este uso de la autodefensa es, por supuesto, legítimo y Portales lo considera así; sólo que se lamenta de que en determinadas circunstancias, sea necesario recurrir a dicha auto-

⁶³Epist. II, N° 247, p. 226.

⁶⁴Epist. II, N° 226, p. 195.

tutela de los propios derechos, porque el ideal es que éstos sean protegidos precisamente por la ley. Para evitar, pues, tener que recurrir a la violencia privada y producir así una situación generalizada de a-o antijuricidad, se hacía necesario una observación escrupulosa de la legalidad.

VI. *Legalidad y situación excepcional*

Ahora bien, por sobre el espíritu apegado a la legalidad que había en Portales y que se trasunta en los textos antes analizados, se encontraba el político, para quien se diría fue escrita la célebre y profunda máxima ciceroniana: *salus populi suprema lex esto*⁶⁵.

Comencemos llamando especial atención sobre dos pasajes que ya hemos citado; el primero: *soy muy decidido por los trámites legales cuando las circunstancias lo permiten*⁶⁶; y el segundo: *abierta infracción del código fundamental que acababa de jurarse, infracción que no podía ni por la necesidad disimularse ni por lo grande ni por lo útil del objeto*⁶⁷. He aquí, pues, la limitación que Portales introduce a la observancia de la legalidad: el "permiso de la necesidad" y lo "necesario, lo grande, lo útil" del objeto; lo cual significa que si las circunstancias lo exigen, es posible vulnerar los trámites legales; y que la necesidad, la grandeza, la utilidad de una medida permiten el disimulo de una infracción constitucional. Todo esto implica el estado de excepción, la situación o circunstancia excepcionales, que aun no previsto por la ley, autoriza su vulneración atendido el daño que ha de sobrevenir si se la respetase y el bien que sobrevendrá por medio del acto violatorio.

⁶⁵CICERÓN, *de legibus*, III, 9.

⁶⁶*Epist.* II, N° 331, p. 374.

⁶⁷*Epist.* III, N° 403, p. 218.

Esta opinión de Portales aparece ampliamente desarrollada en su carta de 6 de diciembre de 1834 a Garfias⁶⁸. Narra ahí a su correspondiente haber consultado a Mariano Egaña sobre el derecho establecido por la Constitución para la prisión de individuos sin orden competente de juez, contra los cuales, sin embargo, podían recaer sospechas graves de que tramaban oposición violenta al gobierno, como sucedía en un caso que él dice seguir con atención en Valparaíso. Egaña le había respondido —continúa— no con una carta, sino con un informe, no con un informe, sino con un tratado destinado a hacerle ver que el gobierno carecía de facultades para hacer detener sospechosos por sus movimientos políticos, adjuntándole, además, un libro sobre el *habeas corpus*. Portales se queja de haber quedado en la mayor confusión con tal larga historia, como califica el informe de Egaña, cargado de tantas citas e irónicamente sintetiza de este modo la postura de aquel jurista: *frente a la amenaza de un individuo para derribar la autoridad, el gobierno debe cruzarse de brazos mientras, como dice él (Egaña), no sea sorprendido infraganti*. En seguida Portales rompe en exabruptos y denuestos contra los hombres de leyes y el uso que solía darse a las leyes mismas, incapaces, según él, de poner remedio a un mal que se sabía existente y que no se podía conjurar de antemano mientras no se produjera. Entonces, y he aquí lo que ahora nos interesa, a la siguiente premisa: *Si yo, por ejemplo, apreso a un individuo que sé está urdiendo una conspiración, violo la ley*, Portales opone esta otra: *Maldita ley entonces si no deja al brazo del gobierno proceder libremente en el momento oportuno*, la cual le lleva a la siguiente conclusión: *con ley o sin ella, esa señora que llaman constitución, hay que violarla cuando las circunstancias son extremas*.

⁶⁸Epist. III, N° 508, p. 378 ss.

¿Cuáles son esas circunstancias? En este caso concreto, al menos, la necesidad de salvar al Estado de un ataque violento, necesidad que prima por sobre el respeto al delincuente, el cual respeto: *acabará con el país en rápido tiempo*; sin considerar el mal ejemplo para los jóvenes, quienes aprenden: *que el delincuente merece más consideración que el hombre probo*. Por todo ello Portales resume su posición declarando parecerle mal que se pueda amparar al malhechor: *en nombre de esa constitución, cuya majestad no es otra cosa que una burla ridícula de la monarquía en nuestros días*.

Si nosotros desbrozamos esta carta de toda su intemperancia de lenguaje⁶⁹, queda en pie la idea portaliana de que la situación amenazante para el Estado, el orden público y la seguridad de los ciudadanos constituye una excepción que autoriza la toma de medidas extraordinarias aún fuera o en contra de la legalidad. Tal es el punto que interesa recalcar, pues no pensaba Portales que el gobierno no estuviera sujeto a la Constitución y a las leyes⁷⁰; todo al contrario, consideraba que su primer deber era preservarlas y aplicarlas; pero, claro está, sobre la base de la situación normal, no de la excepcional.

VII. Legalidad, moralidad y situación excepcional

1. Por definición, la situación excepcional implica prescindencia de la norma positiva previgente. El problema que entonces ella presenta consiste en saber si el soberano que actúa en tal situación queda, no obstante, sujeto a algún tipo de norma, que no sea la positiva.

⁶⁹Cfr: carta de 21 agosto 1832: *Los actos de intemperancia que se me hayan notado, nunca han nacido de otra causa que de la irritabilidad de mi temperamento* (en *Epist.* II, N° 259, p. 262).

⁷⁰En todo caso, es digno de notarse que de hecho no apresó al sospechoso, al menos que se sepa.

La respuesta a este problema particular que hemos planteado es en Portales consecuencia de una idea suya que reviste caracteres mucho más generales y que podemos sintetizar así: todos los actos del gobernante deben estar guiados por la virtud moral. Tal guía moral debe darse, desde luego, cuando el gobernante actúa bajo el imperio de la legalidad, caso en el cual, en consecuencia, a la legalidad se debe añadir la moralidad del acto; pero, y aquí se encuentra la respuesta a nuestro problema, aquella guía moral también debe estar presente cuando el gobernante actúa fuera o en contra de la legalidad, esto es, en situación excepcional. En tal caso, es decir, cuando la ley positiva calla, lo único que queda para regular los actos del gobernante es la ley moral y la garantía que la ley positiva otorga al ciudadano en circunstancias normales, queda sustituida por la garantía que implica el recto obrar del gobernante en estado de excepción.

2. La exigencia de moralidad en el actuar del gobernante en caso de excepción, pues, no era para Portales sino que una consecuencia de la exigencia de similar moralidad en su actuar en todo caso, con o sin ley. Cumple, por lo tanto, analizar primeramente esta última exigencia, tal cual se deduce de los escritos de Portales.

Desde luego conviene fijarse una vez más en la carta de Portales a Cea, del año 1822⁷¹: ahí se critica la plenitud de vicios que aquejaba a los países hispanoamericanos y la ausencia de virtud en sus ciudadanos; se exige que los gobernantes fueran modelos de virtud y se les asigna la misión de enderezar a los ciudadanos por el camino de las virtudes; se acepta el gobierno

⁷¹Epist. 1, N° 5, p. 177.

liberal, pero únicamente para cuando aquéllos se encontraren ya moralizados. Esta carta refleja una suerte de exigencia de moralidad general que constituye como el supuesto permanente de la convivencia bajo un régimen republicano liberal, a la que están sujetos tanto los ciudadanos como los gobernantes.

En otra carta personifica Portales en Urízar la figura del dirigente poseedor del conocimiento acerca del modo más útil de conducir al bien a los pueblos y a los hombres⁷², con lo cual manifiesta el fin moral de todo gobierno, que reitera en otra carta, de modo negativo, cuando critica al gobierno por no obrar rectamente, debido a lo cual pierde, en definitiva, el poder de hacer el bien⁷³. En diverso lugar se refiere Portales a la fuerza que posee la justicia expresada con buenas razones⁷⁴; en otro lamenta los recursos a que es necesario acudir cuando no hay interés por la justicia (la ley) o las buenas costumbres⁷⁵; en otro alaba las ventajas que implica actuar en política con tranquilidad de conciencia y con honradez⁷⁶; en otro declara que no basta a un gobernante dar pasos de justificación y que es necesario que todo su camino sea justificado; se queja ahí de cierto acto parcial e injusto de gobierno y ensalza las ventajas de andar siempre por el camino recto⁷⁷. En otro elogia al nuevo ministro Tocornal porque no buscará las ocasiones de perseguir a nadie, porque nunca ha de capitular con los enemigos del orden, de la verdad, de la honradez y de la decencia y porque jamás tendrán poder en su ánimo las consideraciones perjudiciales que retraen a muchos

⁷²*Epist.* III, N° 572, p. 480.

⁷³*Epist.* III, N° 262, p. 274.

⁷⁴*Epist.* I, N° 192, p. 455.

⁷⁵*Epist.* II, N° 226, p. 195.

⁷⁶*Epist.* I, N° 71, p. 253.

⁷⁷*Epist.* II, N° 262, p. 274.

funcionarios del cumplimiento de su deber⁷⁸. En otra carta aconseja a Dávila cumplir escrupulosamente con las obligaciones de su cargo sin consideración alguna a las personas, cuando éstas se presentan con intereses opuestos a la razón o a la justicia⁷⁹. También predice a Tocornal que con cada acto suyo hará bienes en su gestión, de los cuales quizás ni él mismo se dé cuenta, y que con cada resolución o consejo dará buen ejemplo de justificación, de imparcialidad, de orden y de respeto a la ley, con lo cual imprimirá una marcha cierta al gobierno y derrotará la impavidez con que en otro tiempo se hacía alarde del vicio y se consagraba los crímenes, sirviendo ellos de recomendación ante el gobierno, minando por los cimientos la moral pública y rompiendo los vínculos que sostienen a los hombres reunidos. Insiste ahí mismo en que si el país se hallaba en el caso de huir de reformas, ello se debía a la falta de hombres con opiniones uniformadas por el entusiasmo del bien público y por un gran desprendimiento⁸⁰.

Todos estos textos no son más que expresiones, bajo forma distinta, de un mismo principio, que podemos sintetizar así: el de la rectitud moral, que implica dirección al bien, con que debe actuar el gobernante en todas las ocasiones. La palabra "bien" se entiende en su sentido filosófico, que incluye, por tanto, el mal concreto que se inflija a quien lo merece, p. ej., la pena al criminal, destinada por lo demás a redimirlo, esto es, a surtirle un bien. De ahí que Portales haya resumido su concepto del gobierno y del gobernante en las siguientes dos frases, que, sin embargo, vuelven a ser expresión concreta del principio que antes hemos sintetizado: *Palo y biscochuelo, justa y oportunamente*

⁷⁸*Epist.* II, N° 217, p. 174.

⁷⁹*Epist.* II, N° 312, p. 350.

⁸⁰*Epist.* II, N° 274, p. 227.

*administrados, son los específicos con que se cura cualquier pueblo, por inveteradas que sean sus malas costumbres*⁸¹. Y ...*el secreto de gobernar bien está sólo en saber distinguir al bueno del malo, para premiar al uno y dar garrote al otro*⁸². Palo y biscochuelo, por un lado; premio y garrote, por otro, son las expresiones algo folklóricas que usó Portales en la ocasión de las cartas en que ellas aparecen, para señalar, en el fondo, el principio de la justicia distributiva que es el que rige la actividad del gobernante. Portales insiste, en efecto, en que los *palos* y los *biscochuelos* deben ser administrados *justamente*; y en que el *premio* y el *garrote* deben ser suministrados al *bueno* y al *malo*, respectivamente.

3. Ahora bien, silenciándose la ley positiva en virtud de la circunstancia excepcional, el gobernante no queda, sin embargo, exento de continuar actuando con la misma rectitud moral con que debe actuar incluso en plena vigencia de la legalidad. En tal caso la ley positiva queda reemplazada por la ley moral y, en consecuencia, el ciudadano aún conserva la garantía de ser objeto de un tratamiento justo. Portales alude a esta idea de reemplazo de la ley positiva por la moral, cuando escribe: *la ley la hace uno procediendo con honradez y sin espíritu de favor*⁸³. Este texto hay que entenderlo en el contexto de la carta en que va inserto y que corresponde a la dirigida a Garfias el 6 de diciembre de 1834, quejándose de la respuesta de Egaña a su consulta sobre prisión de individuos sospechosos por sus actividades políticas, que ya antes hemos comentado. En otras palabras, dicho texto está localizado en un contexto referido a la situación excepcional y no puede invocarse para defender la tesis de un

⁸¹*Epist.* III, N° 572, p.486.

⁸²*Epist.* I, N° 160, p. 389.

⁸³*Epist.* III, N° 508, p. 379.

desprecio de Portales por la ley y de una suerte de subjetivismo jurídico suyo. Ya hemos hablado abundantemente del sitio que el ministro asignaba a la legalidad objetiva, emanada del poder público; la ley que *hace uno*, a que se refiere en el texto precedente, en cambio, es la ley moral que debía guiar el actuar del gobernante a falta de ley positiva, situación de deficiencia ésta que se daba en el estado de excepción.

VIII. *Norma y realidad*

1. Conectado en cierto modo con las ideas portalianas sobre la situación excepcional se encuentra su pensamiento en torno a las relaciones entre normas y realidad.

Constituye casi un lugar común de la reflexión política que en el binomio norma y realidad, lo decisivo es precisamente esta última, en el sentido de que sobre ella debe asentarse la primera para poder funcionar; y de tal modo, que si fallan unos determinados supuestos de hecho, la norma no pasa de ser pura letra muerta. Al revés, la realidad suele ir adaptando una determinada normativa preestablecida hasta llegarse a la armónica conjugación de ambas, que determine la marcha de cierta organización.

Sobre este tópico Portales nos ha dejado abundantes pensamientos, que expresados de manera abstracta se reducen a esta sencilla fórmula: la normatividad puede ser buena o mala en sí; si es buena, de nada servirá para cumplir sus fines cuando fallan determinados supuestos de hecho; si es mala la normatividad puede producir aún buenos frutos, si se proveen ciertos elementos de la realidad en buena dirección, que hacen funcionar dicha mala normatividad en la misma buena dirección. Portales, en suma, profesó una suerte de realismo político y jurídico que implicaba dar preferencia a los hechos en el binomio norma-realidad.

Este realismo es el que explica sus ideas acerca de la situación excepcional, que en definitiva viene a ser su consecuencia; pues la situación excepcional, bien mirada, constituye un dato que emana de la realidad y que se enfrenta con la legalidad; por lo tanto, la preeminencia que Portales daba a dicha situación por sobre la legalidad era efecto de la preeminencia que él mismo otorgaba siempre a la realidad por sobre la norma.

2. Veamos ahora los textos ilustrativos de estas ideas portalianas en torno a las relaciones entre normas y hechos.

a) El primero de ellos es bastante temprano y corresponde a las tantas veces citada carta a Cea de 1822⁸⁴, donde le dice que un sistema político como la democracia resultaba un absurdo en Hispanoamérica, cuyos países considera llenos de vicios y en donde los ciudadanos carecían de las virtudes necesarias para cimentar una república. Portales se muestra, sin embargo, partidario de esta última frente a la monarquía; pero exige que aquélla sea establecida en dos etapas. Para la primera pide un gobierno fuerte y centralizador, ejercido por hombres que resulten modelos de virtud y patriotismo y cuya tarea sería enderezar a los ciudadanos por el camino de las virtudes. La segunda etapa sobrevendría una vez que los ciudadanos se hubiesen moralizado y consistiría en la adopción del gobierno liberal, libre y lleno de ideales, con participación de todos.

En esta carta aparece claramente manifestada la idea de un sistema político, en este caso, la república liberal, que exige como presupuesto de base una cierta realidad, como son las virtudes cívicas, sin las cuales aquél no podría funcionar. Para Portales, si esos presupuestos no se daban, entonces tal

⁸⁴*Epist.* 1, N° 5, p. 177.

régimen político no debía establecerse, sino reemplazarse por otro, encargado de promover las virtudes cívicas; sólo una vez logradas éstas podría pensarse en el régimen liberal, porque entonces ya contaría éste con su base real necesaria.

- b) La misma idea figura repetida en una carta a Garfias, de 14 de mayo de 1832, en donde, a propósito del proyecto de reforma a la Constitución de 1828 (futura Constitución de 1833), le dice: *Por esta razón no me tomaré la pensión de observar el proyecto de reforma. Usted sabe que ninguna obra de esta clase es absolutamente buena ni absolutamente mala; pero ni la mejor ni ninguna servirá para nada cuando está descompuesto el principal resorte de la máquina*⁸⁵.

La expresión *principal resorte de la máquina* parece aludir aquí al gobierno y más concretamente, al Presidente de la República⁸⁶. En todo caso, la dualidad virtudes cívicas-régimen político (república liberal), que era la dualidad analizada en la carta a Cea, aparece sustituida en ésta por la siguiente: instituciones (gobierno)-ley (constitución). Pero la relación entre los términos de esta última dualidad es igual a la existente entre los de la primera: lo mismo que el régimen político liberal fracasará si faltan las virtudes cívicas que han de sustentarlo, la Constitución debe estrellarse si las instituciones que regula, en este caso, el gobierno fundamentalmente, no marchan. Pero en este texto Portales agrega un elemento nuevo, concerniente a la perfección o imperfección abstractas de la norma, de la Constitución en este caso; ella puede ser buena o mala, si bien nunca en términos absolutos; pero tales calidades son en definitiva indiferentes frente a la realidad,

⁸⁵ *Epist.* II, N° 231, p. 203.

⁸⁶ EDWARDS, A., *La fronda aristocrática*⁸ (Santiago, 1976), p. 53.

pues ni la mejor Constitución sirve si la institucionalidad falla y, al contrario, la peor puede aún servir, si esa institucionalidad funciona realmente.

- c) Un esquema similar preside el artículo de Portales sobre *Administración de justicia criminal*, ya antes recordado⁸⁷. En él señala que los esfuerzos del gobierno por mejorar las buenas costumbres y conservar las leyes en su vigor se perdían debido a la falta de cooperación de los encargados de la justicia penal, pues si los jueces no eran íntegros ni estaban animados por una suerte de odio santo al crimen, los delincuentes siempre habrían de quedar impunes. Según Portales, las excusas que daban los jueces para justificar su actitud carecían de todo valor. Así, la confusión y discordancia de las leyes constituía nada más que un pretexto, porque con esas mismas leyes se juzgaba en Chile en tiempos de la dominación española y se juzgaba al presente en España, y tanto entonces como ahí se ahorcaba al asesino, es decir, se le ahorcaba con las mismas leyes que en el Chile republicano servían para absolverle o conmutarle la pena. Otro pretexto era el de los defectos con que venían sustanciados los procesos por los jueces territoriales, cuya verificación por los tribunales sentenciadores les hacía caer en escrúpulos para fallar contra la vida de los reos. Frente a ello, Portales se pregunta si alguien podía convenirse que los jueces territoriales de la época indiana eran más instruidos en materia procesal que los de la república, cuyos progresos en relación con la época anterior eran ostensibles. Finalmente si resultara cierta la impericia atribuida a los

⁸⁷ Aparecido en *El Mercurio*, N° 166, de 17 de enero de 1832, se ve ahora en Vicuña Mackenna (N° 8), t. 1, p. 320 ss. La paternidad portaliana de ese artículo anónimo resulta de las cartas que se leen en *Epist.* 1, N° 179, p. 433 y N° 180, p. 434.

jueces instructores, Portales critica entonces a la Corte Suprema por no haber tomado las medidas correctoras necesarias en uso de sus facultades constitucionales. Su conclusión sigue siendo la misma: *no hay ley buena, si se descuidan los encargados de hacerla cumplir y los buenos encargados hacen buenas las leyes, pues vemos que con unas mismas se administra bien y mal la justicia.*

- En estos planteamientos está presente la siguiente dualidad: ley penal-celo de los jueces; el fin de la ley penal, o sea, el castigo de los delincuentes, dependerá del modo de la relación entre ambos términos, a saber, del celo de los jueces por aplicar la ley penal, independientemente de la bondad o maldad de esta última. Nuevamente, pues, un dato de la realidad prima por sobre el dato normativo.
- d) Un curioso ejemplo de esta actitud de Portales, de enfrentar la realidad sin ocuparse demasiado de las leyes, se aprecia en su siguiente conducta. Mediante un oficio de 14 de junio de 1830, firmado por el presidente Ovalle y él mismo⁸⁸, el gobierno sugirió al congreso de plenipotenciarios adoptar medidas legales contra el bandolerismo. La tesis que ahí se sustenta es la siguiente: una manera de liquidar esa plaga era aplicar penas severas a los malhechores. En principio, sobre esta materia nada había que hacer de nuevo, porque, se recuerda en el oficio: *nuestros códigos prescriben penas severas contra el asesinato y el robo.* ¿Dónde radicaba el mal, en consecuencia? En la realidad. El oficio afirmaba que en la práctica la mayoría de estos delitos quedaba impune debido a las dificultades de la aprehensión, a los defectos de las pruebas, a la prolijidad de los trámites judiciales, a la blandicie de los jueces. En consecuencia, se sugería la formación de comisio-

⁸⁸SILVA (n. 44), p. 104 ss.

nes ambulantes revestidas de la autoridad indispensable para la inmediata ejecución de la sentencia.

En este documento, pues, nos encontramos nuevamente con la afirmación de existir un desfase entre normas y realidad; su remedio era más de hecho que de derecho, aun cuando, por cierto, el establecimiento de las comisiones ambulantes exigía una cierta regulación legal, que era la que el gobierno pedía al Congreso. Portales, desde su posición de ministro, no podía hacer menos. Pero en donde se revela la solución que Portales habría considerado la correcta, es en el siguiente párrafo de su carta a Urízar, del 1 de marzo de 1837, donde le dice: *Empéñese en la recluta de vagos, cuchilleros, etc.; aprovechemos esta ocasión para purgar los pueblos de esta langosta y hacerles a los malos el bien de mejorar de suerte, porque la del soldado no es tan mala*⁸⁹. Portales sugiere a Urízar, pues, reclutar malhechores para el ejército expedicionario contra la Confederación Peruano-Boliviana; así, por un lado, se libraría a las villas de tan nefasta presencia y, por otro, se reeducaría a los mismos malhechores. Se trataba, como puede apreciarse, de un remedio que actuaba sobre la misma realidad y no sobre las normas.

IX. *La reforma del derecho*

La relación que veía Portales entre norma y realidad, en la cual relación esta última resultaba ser la decisiva, implicaba la siguiente consecuencia: si en un caso dado se hacía necesario buscar el mal, la imperfección, o el defecto, debían ellos buscar-

⁸⁹*Epist.* III, N° 568, p. 482.

se no tanto en la norma (régimen político, Constitución, ley penal), cuanto en la ausencia de los supuestos de funcionamiento de esa norma: en la conducta viciosa de los ciudadanos, en la deficiente marcha del *principal resorte de la máquina*, en la ausencia de celo por parte de los jueces penales. Esta conclusión está ínsita en todos los casos que antes hemos analizado; pero Portales la declara expresamente en una carta a Tocornal, cuando, a propósito de la administración de justicia, le advierte que los abusos que se aprecia en ella tienen su origen precisamente en los jueces más que en la legislación.

Lo anterior, a su vez, conducía a una nueva inferencia, pues si el mal radicaba en los supuestos de la norma más que en la norma misma, la única manera de mejorar una situación consistía en actuar sobre la base real, de modo de producir los verdaderos supuestos que se requirieran. En otras palabras, el acento debía ponerse en la reforma de los hechos y no en la de las leyes.

Por lo que respecta a este último punto, Portales es explícito al decir a Tocornal: *...el bien no se hace sólo tirando decretos y causando innovaciones, que las más veces no producen efectos, o los surten perniciosos*⁹⁰. El tema queda suficientemente ilustrado, además, si se relee la carta a Cea en el párrafo en que Portales diseña la etapa inicial del sistema de gobierno que desea para los países hispanoamericanos: la de un gobierno destinado a moralizar a los ciudadanos y a prepararlos para el gobierno liberal. Léanse también los siguientes fragmentos de su *Administración de justicia criminal*. En uno, después de predecir que la reforma de la administración de justicia seguramente abría de venir, afirma, sin embargo, que ella no mejoraría: *si no se aplican remedios... extraordinarios*; en otro, enseguida de protestar acerca de la

⁹⁰*Epist.* II, N° 247, p. 227.

necesidad de reformar el código penal, se pregunta: *¿de qué serviría este trabajo si los jueces pudiesen burlarlo impunemente?* Antes había declarado estar convencido de que todo remedio sería inútil si no se fijaba un medio eficaz de hacer efectiva la responsabilidad de los jueces⁹¹. Finalmente, en una carta a Tocornal también queda suficientemente en claro la misma idea, cuando le aconseja velar porque la administración de justicia sea menos mala y corregir los abusos de los jueces, que no lo son tanto de las leyes.

Todo esto significa que Portales no podía ser partidario muy entusiasta de la reforma del derecho. En la misma carta a Tocornal le confiesa creer que el país se hallaba en el caso de huir de reformas parciales que complicaran más el laberinto de su máquina y que pensar en una organización formal, general y radical no era obra de ese tiempo.

Sin embargo, es menester advertir que en esta materia Portales no fue un reaccionario, esto es, no se opuso por principio a toda reforma jurídica; por el contrario, la toleró e, incluso, se interesó por un plan codificador que el gobierno había impulsado en el senado⁹². Pero también manifestó frente a todo ello cierto escepticismo, que derivaba precisamente de su pensamiento en torno a la importancia de producir la base real de las

⁹¹Supra n. 87.

⁹²Este plan codificador había sido propuesto por el vicepresidente Errázuriz mediante un oficio de 8 de julio de 1831, complementado por otro (que Portales firma) de 2 de agosto del mismo año, los cuales determinaron que el Senado, a quien iban dirigidos dichos oficios, articulara un proyecto de ley sobre codificación que, pasado a la Cámara de Diputados, encontró ahí serios tropiezos. Acerca de todo esto vid. mi trabajo: *Para la historia...*, XI: *Sobre la autoría intelectual de cinco fuentes concernientes a la historia de la codificación*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 5 (1981), p. 11 ss.

normas antes que las normas mismas y, por ende, de modificar dicha base antes que estas últimas, si de reformar algo se trataba.

Sobre este tema no insistiremos más aquí porque en otro trabajo hemos emprendido un exhaustivo análisis del pensamiento y la actitud de Portales frente a la codificación y reforma del derecho⁹³, al cual, en consecuencia, nos remitimos.

X. Conclusiones

Si nosotros ponemos en relación las ideas jurídicas de Portales que encontramos expuestas a través de sus escritos, con los estudios de derecho que ha realizado, no encontramos huellas de ninguna influencia directa e inmediata de éstos en aquéllas, en el sentido de poder reconducir tal o cual de dichas ideas a tal o cual texto que él tuvo oportunidad de usar en sus estudios. Mas, parece posible que su aprendizaje aún elemental de esta ciencia le proporcionó una suerte de forma mental que le permitió integrar la realidad, que era el dato primordial y fundamental de que él siempre partía, con el derecho. Concretamente, es posible que el lugar que asignaba a la ley como reguladora de la vida social, sea un derivado de sus estudios romanísticos, mientras que el mismo lugar que asignaba a la moralidad de las acciones, un derivado de sus estudios de derecho natural.

En este momento es procedente recordar la conocida tesis de Encina⁹⁴ acerca del carácter romano del genio de Portales, que él

⁹³Vid. mi trabajo: *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república, XIII: Portales y la codificación* en este volumen p. 73 ss. Vid. también mi libro *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, 1982) t. 1, p. 202 y ss.

⁹⁴ENCINA (n. 58), t. 1, pp. 172, 178 ss.

explica recurriendo a hipótesis raciales. Tal tesis es del todo desechable, pero el hecho es que una afinidad entre la forma mental de Portales y aquella forma mental tan característica del pueblo romano en verdad existe. El apego a la realidad y la adaptación del derecho a ésta, el lugar concedido a la moral misma como reguladora de aquellos ámbitos en que el derecho debe ser deficiente, porque o por la naturaleza de la relación o por lo extraordinario de la circunstancia, aquél más entorpecería que beneficiaría; el reconocimiento de que, fuera de esos casos, el derecho resulta imprescindible como condición de la convivencia; todo ello, en efecto, es romano y de un modo u otro lo encontramos expresado también por Portales. Que él haya llevado esos caracteres en sus genes es algo que ahora no sostendríamos; pero que sus estudios romanísticos y de derecho romano yusnaturalista⁹⁵ han ayudado a decantar un temperamento especialmente dotado para la intuición y para leer con claridad en el curso de los acontecimientos, para dirigirlos hacia un fin a través del molde de la realidad y para comprender que, no obstante todo, nada es impercedero sin la idea de derecho; que tales estudios han ayudado a un temperamento así, eso es algo muy posible.

Fuera de esto, hay que reconocer que Portales no ha sido insensible a influencias más modernas en puntos concretos. Así, por ejemplo, las ideas que expresa en la carta a Cea sobre la falta de condiciones morales que afectaba a los países hispanoamericanos para ensayar con éxito la república democrático-liberal, provienen claramente de Montesquieu, quien había construido toda una teoría sobre la virtud moral como sustentadora de ese

⁹⁵Sobre este concepto de derecho romano-yusnaturalista: vid. supra 1, 3, a).

régimen político; ella se había popularizado en América y llegado incluso a influir la misma legislación⁹⁶.

Desgraciadamente casi nada sabemos acerca de las lecturas de Portales y sólo estamos en condiciones de verificar el hecho de esta correlación entre ideas expresadas por él e ideas proveniente de pensadores célebres, que trasunta posibles influencias.

Todo esto nos permite rectificar los juicios corrientes sobre la personalidad de Portales. Ciertamente no fue él un ideólogo o un doctrinario, como lo había sido Juan Egaña o como lo sería Lastarria; pero tampoco fue un hombre carente de ideas ni de educación intelectual.

⁹⁶Vid. SAGÜES, N., *El presupuesto ético de la democracia en el pensamiento de Montesquieu. Régimen político y virtud republicana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 6 (Valparaíso, 1981), p. 331 ss.