Derecho Público Iberoamericano, Nº 10, pp. 251-258 [abril 2017]

ARBITRARIEDAD Y PRINCIPIO DE JURIDICIDAD EN EL SIGLO XIX. CASO VICARIO APOSTÓLICO DE ANTOFAGASTA (1905) (Corte de Apelaciones de Tacna, Sentencia de amparo, 28 de agosto de 1905, Vicario Apostólico de Antofagasta c/Municipalidad de Antofagasta. *Gaceta de los Tribunales* N° 7064, Primer semestre, Apelaciones, Sección Civil, pp. 923-924)

Eduardo Soto Kloss[*]

Es un hecho que si bien la independencia de Chile, allá a inicios de 1818, marcó unas relaciones diplomáticas no muy fáciles con la Santa Sede, la cual tenía concordatos con la Corona de España, de la que se habían desprendido varios de sus territorios ultramarinos de las Indias Occidentales, esas relaciones se afirmaron especialmente por el genio de Portales, para quien la Iglesia era una institución fundamental de la República ilustrada que él –también Bello- concebían bajo la trilogía tradicional de Dios-Patria-Ley (en sustitución de Dios-Patria-Rey).

Como lo explica de manera muy certera Bravo Lira[1] estas relaciones más que juridificarlas (con los problemas anexos al "regalismo") fueron vistas más bien desde el punto de vista "pastoral", aspecto que asumía mucho mayor importancia en la práctica para el bien de quienes habitantes, tenían una conciencia bien clara de la importancia de la religión en la convivencia ciudadana de cada día. No se puede olvidar que la inmensa mayoría de la población profesaba la religión católica, que era reconocida por todos como la religión oficial de la República (artículo 5° de la Constitución de 1833).

Esta situación se dio, en general, de manera pacífica hasta el comienzo de la segunda presidencia de Montt Torres (1856-1861) cuando ocurriera

[*] Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon-Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

[1] Bravo Lira, Bernardino, *Una historia jamás contada (1810-2010)*. Origo. Santiago de Chile. 2016, caps. iv a vi.

la borrascosa "cuestión del sacristán", asunto que bien podía haberse resuelto sin bulla ni sobresalto, pero que originó una acalorada y muy tensa disputa entre Iglesia y Gobierno, y que dio por resultado una verdadera quiebra del ambiente político de entonces, creándose bandos partidistas que serían con posterioridad no poco irreconciliables y dividiendo los espíritus entre conservadores, católicos, partidarios de los derechos de la Iglesia, y liberales, si no ateos, librepensadores y especialmente anticlericales y que después se dividirían dando origen a los radicales (masones).

De allí que décadas después –hacia 1881-1886– el presidente Santa María, liberal, se erigiría como adalid de la corriente anticlerical, laicista (curiosa paradoja, con ese apellido tan santo…) y que haría aprobar por el Congreso las llamadas "leyes laicas" (1884) como fueron la creación de los "cementerios laicos", el "matrimonio civil", como, asimismo, la Ley del Registro Civil, con las inscripciones de nacimiento, matrimonio y defunción en manos de un registro estatal obligatorio para la identificación, estado civil y muerte de las personas, despojando a la Iglesia del registro oficial de esos hechos.

Es en este ambiente que se encuentran varios casos de jurisprudencia judicial –fines del siglo 19 y comienzos del 20– y de los cuales es posible advertir una especie de "persecución" ("avant la lettre", como diría un afrancesado) en contra de la Iglesia, un tanto sibilina a veces y en otras francamente desembozada[2].

Comentaba hace muy poco el "voto especial" (voto en contra en lenguaje de hoy) de un Ministro de la Corte de Apelaciones de La Serena, recaído en *Márquez con Municipalidad de La Serena*[3] de 1903, litigio notable por el carácter típicamente persecutorio de la autoridad municipal respecto de la Iglesia de La Serena, localidad de las más antiguas de Chile, puesto que fue fundada en los primeros años del poblamiento del territorio y que tuviera una acendrada práctica religiosa[4]. En dicho caso un Acuerdo municipal, de 25.2.1902 *prohibía* "la conducción de los cadáveres a los templos para la celebración de servicios religiosos", acuerdo reclamado por varios vecinos y reconsiderado por su autor (en la pura forma,

[2] Hoy 2014-2017 vemos en la Región de la Araucanía una abierta persecución en contra de la Iglesia, con más de 17 templos, iglesias y capillas, incendiados por grupos terroristas financiados desde el exterior y con instrucción guerrillera desde las Farc colombiana, que se esconden bajo el pretexto de una "causa mapuche", que ni siquiera los mapuches/araucanos alientan o comparten; y todo ello bajo la desidia insólita de la autoridad de gobierno… para poner término al clima de violencia e inseguridad de quienes habitan sus campos e incluso ciudades como Temuco, capital regional.

[3] Ius Publicum 38/marzo 2017 (en prensas).

[4] Reconstruida por don Francisco de Aguirre, de la hueste de don Pedro de Valdivia, en 1549 como San Bartolomé de La Serena en los albores del poblamiento del territorio, ciudad conocida por la abundancia de sus iglesias y campanarios.

porque persistía la "prohibición") en cuanto se permitían dichos servicios de cuerpo presente en las iglesias, pero siempre que los cadáveres fueran "embalsamados"..., requisito que debía ser comprobado previamente ante la Alcaldía. Invocaba la autoridad la ley de Municipalidades, de 4.12.1891, artículo 24 N° 10, disposición legal que ni por asomo, ni remotamente, contenía dicha atribución. Aquí fue que don Andrés Márquez, párroco de La Serena, pidió la reconsideración de la modificación referida (que era una farsa...) y en caso de serle denegada –como ocurrió– solicitaba que "se enviaran los antecedentes" a la Corte de Apelaciones. Esta acogió el amparo del señor párroco, por cuanto texto alguno de ley otorgaba una tal atribución a las Municipalidades, y dados los términos claros y perentorios del artículo 151/160 de la Constitución de 1833

> –"Ninguna magistratura...ni aun a pretesto de circunstancias estraordinarias, tiene otra autoridad o derechos que aquellos que espresamente le han sido conferidos por la Constitución y las leyes..."–

dicho Acuerdo fue declarado *nulo*, conforme lo disponía la disposición citada, dando así plena aplicación y directa a esta "regla de oro del derecho público chileno", como la denomináramos hace ya más de tres décadas[5].

Pero nuestro interés aquí es comentar otro caso, que es de una franca y abierta persecución municipal (porque no se puede imaginar tanta torpeza o desatino de una autoridad pública), en contra de la Iglesia, no ya de la religiosa La Serena, sino de Antofagasta, incorporada a Chile apenas 20 años antes con motivo de la victoria chilena de la Guerra del Pacífico (1879), territorio que fuera boliviano.

Se trata de Monseñor Luis Silva Lezaeta, *Vicario Apostólico de Antofagasta con Municipalidad de Antofagasta* (Corte de Apelaciones de Tacna 28.8.1905).

---

[5] Soto Kloss, Eduardo, *La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833*, en Anales de la Universidad de Chile. Estudios en honor de Alamiro de Avila Martel. Quinta Serie, N° 20, agosto 1989, pp. 803-833, también en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 15/1992-1993, pp. 333-358. También, Soto Kloss, Eduardo, *La nulidad de derecho público en el derecho chileno*, en Revista de Derecho Público 47-48/1990, pp. 11-25. Esta aplicación fue constante durante el siglo 19 con la Constitución de 1833, como queda demostrado hasta la saciedad en su jurisprudencia, vid. al respecto Bocksang, Gabriel, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile-Thomson Reuters. Santiago de Chile 2015. Es una prueba palpable del error que aun algunos sostienen –contra pruebas irrefutables– en cuanto a que la CP de 1833 no tenía aplicación y que la nulidad de derecho público sería una mera "invención" de Soto Kloss. Una vez más es necesario reiterar que quien no conoce la historia, e historia patria, difícilmente sabrá lo que es Derecho, al igual que quien desconoce la filosofía jamás tendrá ideas claras sobre lo que es el Derecho.

Pareciera ser que por aquella época el anticlericalismo hubiera "capturado" (como se dice hoy) el ámbito municipal nortino, dado que no hemos encontrado aún otros casos de este tipo en la zona centro sur del país, lo que no significa, ciertamente, que pudiera haberlos habido. Aquí no se trataba como en *Márquez* cit. de prohibir en los hechos la celebración en las iglesias de oficios fúnebres de cuerpo presente de feligreses fallecidos a menos que fueran previamente "embalsamados", prohibición que concluía, en la práctica, en impedir las exequias religiosas y la celebración de misas por los difuntos, e incluso el "responso", de cuerpo presente.

Mucho más drástico era el Acuerdo municipal (7.7.1905) antofagastino, porque con total desfachatez y completa arbitrariedad (no caben otros calificativos) disponía simplemente la "clausura" (prohibición) de los lugares en donde se celebraran ceremonias religiosas o espectáculos públicos mientras existiese una "epidemia" desencadenada en dicha ciudad. En otras palabras, se clausuraban las iglesias prohibiendo la asistencia de personas a ellas en razón de una epidemia (que la propia Corte de Apelaciones al conocer el amparo deducido señala que no se haya comprobada).

La autoridad eclesiástica[6] impugnó tal decisión, en conformidad al artículo 99 de la ley de municipalidades de 1891 y solicitó su "reconsideración" fundada en que el artículo 24 N° 10 de dicha ley no confería atribución alguna al Municipio para "clausurar" edificios, ilegalidad que llevaba a coartar, además., el derecho de dominio que la propia Constitución garantizaba (artículo 12 N° 5), además que la misma (artículo 5°) aseguraba a la Iglesia Católica Romana el ejercicio público de este culto. Suspender las ceremonias religiosas y clausurar los templos donde se celebran no sólo vulneraba la ley –que no atribuía a autoridad alguna tal facultad–, sino también la Constitución y doblemente, porque ello atentaba contra los derechos de la Iglesia como Institución de la República en el ejercicio de sus atribuciones, pero también la propiedad sobre esos lugares de culto al impedir el ejercicio de sus facultades inherentes al dominio como son su uso y goce. Y no solo ello, del mismo modo se afectaba el derecho de reunión de los feligreses para rendir culto a Dios, derecho que simplemente se cercenaba, aunque fuera temporalmente, sin tener fundamentación legal para ello la autoridad que así lo disponía. Concluía el señor Vicario recurrente que el Acuerdo impugnado era *nulo* en virtud del artículo 151/160 de la Constitución, que la misma ley de municipalidades lo reiteraba expresamente en su artículo 33, cuyo texto

[6] Monseñor Luis Silva Lezaeta fue un destacado eclesiástico de la Iglesia chilena en la primera mitad del siglo 20, fue obispo de Antofagasta y allí realizó una gran labor apostólica como social en los difíciles días del cierre de salitreras.

termina –decía el Vicario referido– "con la enérgica frase todo acto en contravención a este artículo es nulo".

La Corte de Apelaciones de Tacna –ciudad a la sazón bajo dominio chileno– conociendo del asunto comprueba que el precepto invocado por el Acuerdo impugnado –el artículo 24 N° 10 de la ley de municipalidades– no contiene entre las atribuciones que confiere a éstas la de "clausurar templos" (considerando 4°) con lo cual aparece de evidencia que la autoridad recurrida ha excedido sus atribuciones. Y añade, también, que la atribución general que el inciso 1° de dicho artículo 24 expresa:

> "no es posible llevar el alcance hasta la prohibición, siquiera sea temporal, del ejercicio del culto católico, ejercicio que constituye un derecho reconocido de un modo particular por la Constitución del Estado, como lo están igualmente los de propiedad y de reunión, que pueden mirarse también como afectados"

por la decisión municipal (considerando 6°).

Es de interés señalar cómo el tribunal hace *aplicación directa* de la Constitución (1833), como lo venía haciendo desde pocos años después de 1833[7]. Para los jueces de la época ella era el ordenamiento básico de la República y la suprema garantía del efectivo ejercicio de los derechos de las personas que la misma reconoce y garantiza a través de las acciones pertinentes. Hay en esto una muy gran diferencia con la visión estatista (verdadero "síndrome fiscal") que los jueces superiores impondrían bajo la Constitución de 1925, inventando que para poder aplicarla se requería de la ley para hacerla operativa, o sea, para que tuviera aplicación concreta y efectos[8].

Pero no sólo ello, que es de por sí muy importante para mostrar la involución o regresión que experimentó durante el periodo 1932-1973 la defensa de los derechos de las personas ante los Tribunales de Justicia frente a la arbitrariedad de la Administración. Resulta reconfortante

[7] Bocksang, *op. cit*.

[8] Recuérdese la inaplicación del artículo 20, sobre responsabilidad del fisco por detenciones ilegales, por no existir ley específica que la regulase, o el más monstruoso caso de su artículo 87, sobre tribunales administrativos, cuya ley que los debía crear jamás fue dictada, entendiendo la mismísima Corte Suprema que en tal situación ella carecía de atribuciones jurisdiccionales para conocer de la nulidad de los actos de la Administración (artículo 4°), otorgando así una verdadera "inmunidad de jurisdicción" a la Administración Pública hasta marzo de 1973, a raíz del discurso del Presidente de la Corte Suprema, don Enrique Urrutia Manzano, en la inauguración del año judicial de ese año; vid al respecto nuestro Soto Kloss, Eduardo, *La destrucción del Estado de Derecho en Chile 1970-1973* (El Poder Judicial), en Revista de Derecho Público 53/54 (1993), pp. 57-96.

comprobar que el tribunal de apelación de Tacna tiene muy claro que su función es proteger los derechos de las personas aun frente a la autoridad estatal, aquí municipal. Advierte que el Acuerdo impugnado viola una triple esfera de derechos individuales, como son el "derecho de propiedad" de la Iglesia al impedir –con la "clausura de templos" dispuesta por dicho Acuerdo– el ejercicio del uso y goce de esos templos para celebrar allí las manifestaciones del culto católico, como asimismo el "derecho de reunión" de los parroquianos para acudir a las celebraciones religiosas allí realizadas, como la Santa Misa, el rezo del Rosario, las exequias fúnebres, la adoración al Santísimo Sacramento, los bautismos, confirmaciones, matrimonios, ordenaciones sacerdotales, etc. En otros términos, la medida municipal adoptada era de tal arbitrariedad que impedía el derecho, fundamental diríamos hoy, que todo ser humano tiene para profesar públicamente su fe. Lo que conllevaba , además, la violación flagrante del artículo 5° de la Constitución, como lo señalaba expresamente el libelo del recurrente Vicario Apostólico de Antofagasta, en cuanto le reconocía a la Iglesia Católica el ejercicio público de su culto, que no podía ni suspender ni menos prohibir autoridad municipal alguna.

Si bien todo lo decidido es de extrema importancia para mostrar cómo los derechos de las personas eran protegidos por la Judicatura[9] y el texto de la Constitución no contenía preceptos meramente programáticos o líricos[10], sino eran directamente aplicados y sin problemas, hay un tema –que lo he dejado para el final– como es que el Acuerdo municipal de marras invocaba como fundamento para adoptar la decisión que tomó, la "epidemia" que se habría producido en la ciudad de Antofagasta. Pues bien, el fallo que anula ese Acuerdo municipal señala que *no se ha comprobado* la existencia concreta de la referida "epidemia", mención que pretendía dar un viso de realidad a tal decisión. Es lo que desde hace décadas se denomina como el vicio de la "ausencia de fundamentación del acto administrativo" y específicamente por "inexistencia del hecho"/*factum* que habilita a la autoridad para adoptar una determinada actuación[11]. Pero en este caso de Antofagasta,

[9] No me canso de repetir la idea central que animaba a quienes tenían a su cargo la redacción de la Constitución, como era la defensa de los derechos de las personas –siguiendo toda la tradición indiana– y que se concretara v. gr. en dos disposiciones claves de la Constitución de 1823, que regiría hasta 1875 (ley de organización y atribuciones de los tribunales de justicia) como son los artículos 116, 138 y 151 N° 2, y dos disposiciones igualmente claves de la Constitución de 1833 como son sus artículos 108 y 160 (que pasarán a la de 1925) y son hoy los artículos 73/76 y 7° de la Constitución vigente de 1980.

[10] Puede ser de interés al respecto Soto Kloss, Eduardo, *¿Lirismo constitucional o realismo político?* En Revista Chilena de Derecho vol.6 (1979) N°s. 1-4, pp. 361-373.

[11] Sobre la "fundamentación del acto administrativo" nuestro Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3ª edición). Thomson Reuters. Santiago

aun si hubiera habido una "epidemia" tampoco habría podido decidirse por la Municipalidad, como lo hizo, por cuanto habría adoptado un acto administrativo sin la "*competencia*" debida, indispensable, para emitirlo, desde que carecía de la atribución para "clausurar" los templos o edificios, cualesquiera fueren, ya que ley alguna se la confería. Y es que en aquella época como en la actual, principio inamovible y fundamental, insoslayable, de nuestro derecho público es aquel en cuya virtud *autoridad estatal alguna* –administrativa en este caso– *tiene, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otras atribuciones jurídicas que aquellas que expresamente le han sido conferidas por la Constitución o las leyes*, de tal modo que si incurre en su vulneración el acto que ha emitido es *nulo, ipso iure*, insanable e imprescriptible, como concluye con "enérgica frase" el actual artículo 7º inciso 3° de la Constitución vigente de 1980 y de modo idéntico el artículo 160 de la de 1833, bajo cuya vigencia se decidió este caso.

Hoy como ayer nuestras disposiciones constitucionales han establecido verdadera y prácticamente *una sujeción integral de las autoridades de la República a Derecho* ("principio de juridicidad", como la he llamado, mucho más amplio que de legalidad), sujeción que al asumir sus cargos las supremas magistraturas deben jurar o prometer respetar y hacer respetar ("guardar y hacer guardar").

Por desgracia, no infrecuentemente, ocurre lo contrario, vulnerándose las libertades y derechos ciudadanos; ante ello, siempre se podrá, como último baluarte, acudir ante los tribunales de justicia, ante los jueces, independientes e imparciales[12]; ahora bien, si estos claudican y no son independientes ni imparciales ¿dónde acudir?

---

de Chile. 2012, pp. 429-432; sobre la "inexistencia del motivo del acto administrativo", idem 432-436 y sobre el "vicio de incompetencia del autor de un acto administrativo", vid. nuestro Soto Kloss, Eduardo, *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente, de su tergiversación a su destrucción*, en Ius Publicum 34/2015, pp. 73-92.

[12] Valga recordar aquello de *"hay tribunales en Berlín"*, frase que le espetara el molinero Arnold a Federico II, rey de Prusia (siglo 18), ante la pretensión de éste de expropiarle el molino que poseía colindante con la posesión real del Palacio Sans Souci, en Posdam, propiedad y actividad que por generaciones era de los Arnold; se trata más una leyenda que verdad, pero revela muy bien que son los tribunales el último baluarte que tiene una persona frente al despotismo o arbitrariedad de la autoridad que pretende imponerse por la fuerza agraviando los derechos de ella. Mucho más real es la frase de Solórzano de Pereyra, el gran jurista del derecho indiano (*De indiarum iure* y su célebre *Política indiana)* cuando habla que las Audiencias Reales (instituidas en las Indias Occidentales por la Corona de Castilla, v. gr. en Chile/Santiago del Nuevo Extremo, en 1609) que son "los castillos roqueros donde se guarda justicia, los pobres hallan defensa de los agravios y opresiones de los poderosos y a cada uno se le da lo que es suyo con derecho y verdad" (*Política* cit. tomo IV, libro V, capítulo III, 7; uso edición de la Biblioteca de autores españoles, tomo CCLV /4 volúmenes, Ediciones Atlas. Madrid. 1972, p. 40).

De allí que reconfortan estas decisiones judiciales de principios del siglo 20 que venimos comentando, siquiera como una remembranza de un pasado al parecer mejor en este aspecto, ya que allí se puede hablar propiamente de jurisprudencia[13].

[13] Lo que hoy en la Tercera Sala suprema se hace bien difícil de afirmar dados los constantes vaivenes de solución que adopta en casos idéntícos; valga recordar simplemente sus constantes "volteretas" respecto del llamado "amparo económico" (llegándose incluso a negarle el carácter de "amparo"); vid. al respecto nuestros *La jurisprudencia*, en Actualidad Jurídica 32/2015, 29-32 y reciente *De veleidades supremas*, en Gaceta Jurídica 436/ octubre 2016, p. 7-14.