



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

EL DECRETO LEY COMO FUENTE DEL DERECHO:
ANÁLISIS CRÍTICO EN RELACIÓN A SU VALIDEZ.
EL CASO CHILENO ENTRE LOS AÑOS 1970 Y 1972 Y EL PROBLEMA DE LA
TEORÍA DEL DERECHO.

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

GABRIEL MALDONADO CAVIEDES

CARLOS WAGNER SOLETIC

Profesor Guía: Sr. Álvaro Fuentealba Hernández

Santiago, Chile

2015

INDICE

INDICE	II
RESUMEN	V
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: Aspectos generales	8
1.1 El Estado Moderno de Derecho y la política	8
1.2 La Teoría del Derecho frente a la política	22
1.3 El Problema del positivismo jurídico	33
1.4 El Decreto Ley y el ordenamiento constitucional	39
CAPÍTULO II: El estudio del Decreto Ley en el contexto social y político previo a la instauración del gobierno de la Unidad Popular. Breve análisis de los procesos de reforma llevados a cabo durante estos años y sus posibles efectos. Breve reseña sobre la cátedra de introducción al derecho y sus profesores.	51
2.1 El Contexto de la sociedad chilena en los años 60: Necesidad de una Reforma Educacional	51
2.2 La Reforma Universitaria: El caso de la Universidad Católica de Santiago	55
2.2.1 Indicios de Reforma en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica	59
2.3 La Reforma Universitaria: el caso de la Universidad de Chile	65
2.3.1 La reforma en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile durante los años 60.	68
2.3.2 El Estudio del Decreto Ley en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Breve análisis de los programas de Introducción al Derecho de esos años. Materiales que se consultaban, cambios a la metodología de estudio	83
2.3.3 Profesores que enseñaron introducción al Derecho. Sus Planteamientos.....	87
2.3.3.1 Aníbal Bascuñán Valdés	88
2.3.3.2 Máximo Pacheco Gómez	90
2.3.3.3 Jorge Iván Hübner Gallo	93
2.3.3.4 Adolfo Carvallo	97
2.3.3.5 Benjamín Cid Quiroz	97

CAPÍTULO III: El Decreto Ley en el gobierno de la Unidad Popular. 99

3.1 Contexto histórico, político y social. Uso y dictación de decretos leyes en la historia de Chile.	99
3.2. El Programa del Gobierno de la Unidad Popular..	101
3.3 Eduardo Novoa Monreal. Precursor e impulsor del uso de decretos leyes durante este período.....	105
3.3.1 Biografía	106
3.3.2. Principales obras. Evolución de su pensamiento.	109
3.3.2.1 Pensamiento político	114
3.3.2.2 Pensamiento sobre la Reforma Universitaria	123
a) Crítica a un sistema	126
b) Las características propias del subdesarrollo	128
c) Universidad y sociedad	129
d) Nuevo tipo de universitarios.....	130
e) Obstáculos que han surgido	130
f) El cientificismo	131
g) Universidad y política.....	131
h) El papel del estudiantado.....	132
i) La Reforma en el área del derecho.....	133
3.3.3 Su rol dentro del Consejo de Defensa del Estado y como asesor directo del Presidente Salvador Allende Gossens.....	135
3.3.3.1 Consejo de Defensa del Estado	135

CAPÍTULO IV: Discusión sobre la validez del decreto ley durante el período estudiado..... 137

4.1. Introducción	137
4.1.1. Consideraciones previas	137
4.1.2. El Decreto Ley 520 de 1932	139
a) Breve reseña del precepto.....	139
b) Aplicación concreta del Decreto Ley 520.....	142
4.2. Argumentos a favor de su aplicación. Eduardo Novoa y los Resquicios Legales.....	159
4.3. La reacción de la oposición. Análisis de los argumentos utilizados por el Mercurio y principales abogados de la época.	163
4.3.1. El Mercurio	163
4.3.2 Alejandro Silva Bascuñán, Juan Carlos Dorr y Julio Philippi.	174
4.4 Réplicas de Eduardo Novoa	182
4.4 Conclusiones.	187

CAPÍTULO V: Conclusiones. La justificación de los decretos leyes y los límites de la teoría para dar cuenta del problema de su eficacia. Posibles orientaciones para la teoría.	192
BIBLIOGRAFÍA.....	204

RESUMEN

El objetivo de esta memoria es realizar un análisis del problema que implica el Decreto Ley, como fuente del derecho, tanto para el ordenamiento jurídico constitucional como para la Teoría del Derecho, en el marco de la relación polémica que existe entre el Derecho y la Política. Para desarrollar este problema se tomó el caso chileno relativo a la aplicación del Decreto Ley N° 520 y la polémica a la que dio lugar en los años 1970-1972.

Para esto, se han desarrollado tres aspectos problemáticos, según la siguiente metodología: en primer lugar, se analiza la manera en que la Teoría del Derecho ha tratado de explicarse la irrupción de la Política en el ordenamiento jurídico, en el marco del desarrollo histórico del Estado Moderno; en segundo lugar se examina la manera en que, en el ambiente científico chileno previo a la Unidad Popular, en las dos principales universidades chilenas, se estudió el fenómeno de los decretos leyes, en un contexto de reformas universitarias; y en tercer lugar, se revisa la discusión que se dio, en términos jurídico-políticos, a propósito de la aplicación del Decreto Ley N° 520, en el período de la Unidad Popular, a través de los distintos argumentos que se esgrimieron tanto a favor como en contra de los llamados resquicios legales. Esto nos permitirá analizar críticamente la manera en que se ha abordado la vigencia de estas normas jurídicas que resultan problemáticas para un Estado de Derecho que presume ser respetuoso de su Constitución y de los procedimientos democráticos.

Esta investigación concluye sosteniendo que, a la luz del debate sobre los resquicios legales, la teoría positivista del Derecho carece de herramientas suficientes para explicarse el fenómeno de los decretos leyes, y en definitiva, de la relación entre la Política y el Derecho. Además, se proponen algunos lineamientos que podrían considerarse para un ulterior desarrollo de la teoría.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del Estado moderno, desde sus inicios hasta la configuración del llamado Estado constitucional de Derecho, se ha hecho acompañar en términos prácticos y teóricos por un movimiento que ha buscado poner límites a su actuación en beneficio de las libertades individuales y colectivas. Las trágicas experiencias de lo que fue el siglo XX derivaron, a su vez, en la incorporación de los Derechos Humanos en el contenido mismo del Estado, que se agregaron a un desarrollo institucional de larga data que buscó constantemente una configuración estatal que permitiera tanto el desarrollo económico como el respeto de la persona humana.

Desde la idea de la separación de los poderes del Estado, hasta el rol que debían jugar cada uno de ellos en la vida social, la tradición filosófica y política ha reflexionado acerca de este ordenamiento político, característico de la época moderna. La reflexión, naturalmente, ha sido fruto de pensadores, juristas y políticos de las más diversas opiniones, aunque puede verse una tendencia a buscar un fundamento que permita, a la vez, dotar al Estado de la legitimidad necesaria para que los ciudadanos participen y puedan comprender dicho orden político como válido y deseable, e incidir en una configuración institucional que respete los derechos de los mismos según los ideales democráticos y libertarios de la sociedad moderna.

Sin perjuicio de las buenas intenciones, el cauce de la historia insiste en pasar por encima de los ideales, y es así como, en distintas partes del mundo, la política le falta el respeto al Derecho, haciendo caso omiso a los procedimientos según los cuales la producción normativa puede ser considerada como propia por parte de una sociedad determinada. Sin ir más lejos, en América Latina, el paso de una serie de dictaduras militares presentaron una serie de problemas jurídicos en relación a la validez y a la legitimidad de las normas y los cambios institucionales que implementaron, en ausencia, como es de esperar, de procedimientos democráticos previamente establecidos. La importancia de dar solución a estos problemas dice relación con la actual vigencia de varias de esas normas, lo que en definitiva pone en juego la legitimidad democrática de nuestros Estados e instituciones.

Apenas el año pasado –como muestra de la actualidad del problema- en una presentación, el ex presidente del Banco Central, José de Gregorio, hoy parte del comando de Michelle Bachelet y ex ministro también del ex presidente Ricardo Lagos, sostuvo que:

"Nada justifica lo que ocurrió durante la dictadura. Lo único que recordamos es que hace 40 años en Chile se produjo un quiebre institucional que interrumpió la democracia. Podemos tener muchas visiones acerca de dicho quiebre y sus consecuencias. No obstante dicho quiebre, culminó en un

golpe de Estado y una dictadura que violó los derechos humanos de forma sistemática y brutal, y suspendió las libertades básicas de los ciudadanos. No hay ninguna reforma económica ni social, por muy buena que esta sea, que justifique lo ocurrido".

No obstante esta declaración, en la misma presentación, argumentó que

“Una reforma implementada en ausencia de democracia no tiene por qué ser descartada a priori. Ciertamente tiene problemas de legitimidad, que la democracia se debería encargar de validar o cambiar”¹.

Mirar la historia reciente de nuestro país nos obliga a referirnos a la dictadura militar, y para entender la actual configuración institucional, en términos constitucionales, legales, y económicos, es de fundamental importancia remitirse a las reformas que, en ausencia de Parlamento, se implementaron en Chile durante dicho período. Varias de las reformas más sustantivas, tales como el Plan Laboral, el sistema de AFP, o el criticado sistema binominal, se establecieron en esta época.

¹ “José De Gregorio y los 40 años del modelo: “Nada justifica lo ocurrido, pero una reforma implementada en ausencia de democracia no tiene por qué ser descartada a priori”, en *El Mostrador*, edición del 30 de agosto de 2013, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/negocios/2013/08/30/de-gregorio-una-reforma-implementada-en-ausencia-de-democracia-no-tiene-por-que-ser-descartada-a-priori/>

Pero no es la única época en la historia de nuestro país, ni mucho menos en la historia mundial, en la que se dictó leyes o se hicieron reformas institucionales “en ausencia de democracia”. Y esto plantea un desafío de gran significado a la filosofía política y a la teoría del derecho, de tal manera de poder explicarse cómo, y por qué, este tipo de reformas continúan surtiendo efectos en regímenes que tienen reglas específicas para producir válidamente normas que sean obedecidas por una comunidad política determinada, en especial, cuando hablamos de regímenes constitucionales, cuya legitimidad no solamente se funda en procedimientos democráticos, sino también en contenidos generales que limitan el carácter de la legislación, o en otros términos, no permiten, al menos en general, dictar leyes que violen, por ejemplo, los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, el Estado constitucional de derecho es resultado de variadas experiencias históricas, y de un desarrollo político y jurídico que terminó por dar esa forma y ese contenido a la organización política de los Estados contemporáneos. No siempre existió en esos términos, aunque, como hemos dicho, *grosso modo* puede sostenerse que sus características generales se remontan al propio origen del Estado moderno, y a sus fundamentos filosóficos e históricos, que se encuentran en el período en que la historia humana, a través de procesos de gran complejidad y profundidad, dio forma y

contenido a lo que conocemos como la Edad Moderna, a partir de la Revolución Francesa y la Revolución Industrial.

El objetivo de este trabajo es abordar la relación problemática que existe entre el Derecho y la Política, principalmente a partir del problema específico de los Decretos Leyes, como forma histórica en que algunos regímenes, a lo largo de la historia de Chile, han pasado por sobre el derecho para establecer sus propias normas. Revisaremos, para esto, el caso específico del Decreto Ley 520, que causó gran polémica en el período de la Unidad Popular, y en defensa del cuál el profesor Eduardo Novoa Monreal empuñó su pluma y su trabajo como jurista en múltiples intervenciones.

Para desarrollar este problema, tomaremos en primer lugar una visión sobre el Estado moderno de Derecho, y la relación que éste tiene con la moderna teoría del derecho. Esta contextualización nos permitirá entender los límites internos de la teoría del derecho para abordar y resolver el problema del derecho y la política, toda vez que, por regla general, tiende a oscurecer su visión sobre el mismo por su enfoque en el *deber ser* del derecho, perdiendo de vista lo que el derecho efectivamente es. El primer capítulo, entonces, dará cuenta de una visión sobre el Estado moderno, y de cómo la relación conflictiva entre el Derecho y la Política se encuentra, de algún modo, en sus cimientos, y de cómo el pensamiento jurídico dominante en la modernidad se muestra, en

buena medida, incapaz de dar una explicación satisfactoria a este problema, en la manifestación histórica específica que son los decretos con jerarquía de ley.

En el segundo capítulo, pasaremos a dar revista a la manera en que el decreto ley fue abordado en el contexto socio-político de los años previos al gobierno de la Unidad Popular, dando cuenta además de los procesos de reforma que se llevaron a cabo en los planes de estudio, y algunos alcances sobre la cátedra de Introducción al Derecho, de gran importancia para la formación de juristas y abogados, lo que nos será de utilidad para sopesar la manera en que éste problema podía ser enfrentado por los especialistas de la época.

En el tercer capítulo, desarrollaremos la polémica que, durante los tres años que duró el gobierno de la Unidad Popular, se tomó las páginas y editoriales de periódicos, dando lugar a un fuerte intercambio entre los defensores de la utilización del Decreto Ley 520, y de sus detractores, por considerarlo contrario al ordenamiento jurídico chileno que se encontraba vigente. Esta problemática nos permitirá analizar la forma en que un régimen político específico, en nuestra historia reciente, buscó legitimar la legitimidad de un decreto ley particular. El ejemplo histórico que desarrollaremos nos será útil, a su vez, para proponer algunas luces de una posible orientación en la teoría del derecho que pueda abordar con mayor éxito la tarea de explicarse este tipo

de situaciones que hoy, a poco más de dos décadas de recuperada la democracia, nos resulta de gran importancia institucional, al seguir vigentes varios decretos leyes que fueron, a su vez, establecidos durante la dictadura militar.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

1.1 El Estado Moderno de Derecho y la política

Para dar cuenta adecuadamente del problema que implica, tanto para la teoría del derecho como para el ordenamiento jurídico constitucional, el fenómeno de los decretos leyes y, en definitiva, toda reforma institucional que se implemente por fuera de los procedimientos democráticos establecidos, es necesario establecer la relación que tiene esta problemática con la forma política concreta de la que surge. Esta forma política que, a nuestro juicio, tiene un carácter histórico específico, es el Estado Moderno.

El Estado Moderno no existió siempre. Como forma de organización política, adquiere sus principales características a partir del período histórico que, de acuerdo al historiador británico Eric Hobsbawm, transcurre entre 1789 y 1848 y es escenario de la transformación del mundo como resultado de la llamada “doble revolución”: la Revolución Francesa de 1789 y la revolución industrial británica².

² HOBBSAWM, Eric J., *La era de la revolución (1789-1848)*, España, Editorial Labor, 1991, p. 5.

En este sentido, sostiene Hobsbawm, que si *“la economía del mundo del siglo XIX se formó principalmente bajo la influencia de la revolución industrial inglesa, su política e ideología se formaron principalmente bajo la influencia de la Revolución francesa”*. La Revolución Industrial proporcionó, no solamente un gran desarrollo productivo, junto a notables avances tecnológicos, sino que además, dio forma a las nuevas relaciones sociales, y a una nueva forma de organizar la producción social. No es trivial, por otro lado, el efecto que estos procesos, tanto el inglés como el francés, tuvieron en los tiempos venideros. Hobsbawm señala que, sin ir más allá, entre *“1789 y 1917, las políticas europeas (y las de todo el mundo) lucharon ardorosamente en pro o en contra de los principios de 1789 o los más incendiarios todavía de 1793”*. En la historia moderna, *“Francia proporcionó el vocabulario y los programas de los partidos liberales, radicales y democráticos de la mayor parte del mundo. Francia ofreció el primer gran ejemplo, el concepto y el vocabulario del nacionalismo. Francia proporcionó los códigos legales, el modelo de organización científica y técnica y el sistema métrico decimal a muchísimos países”*³.

Se puede decir, en otras palabras, que la Revolución Francesa le otorgó una organización política general al nuevo mundo que nacía con la revolución industrial británica, es decir, el mundo moderno o propiamente capitalista. La forma política general del Estado moderno, y su concepto y organización

³ HOBBSAWM, Eric J., Op. Cit. p. 54.

territorial nacional, es clave, por un lado, para comprender las condiciones jurídicas dentro de las cuales el desarrollo económico capitalista fue posible, y por otro, nos es de utilidad para dar cuenta de la problemática que nos incumbe en este trabajo.

No está demás reconocer que la influencia que este proceso revolucionario fue crucial, ya desde sus comienzos, a nivel de Europa entera, y a partir de ahí, al resto del globo. Así lo plantea Hobsbawm, al resaltar esta característica del proceso mencionado:

“...de todas las revoluciones contemporáneas, la francesa fue la única ecuménica. Sus ejércitos se pusieron en marcha para revolucionar al mundo, y sus ideas lo lograron. La revolución norteamericana sigue siendo un acontecimiento crucial en la historia de los Estados Unidos, pero (salvo en los países directamente envueltos en ella y por ella) no dejó huellas importantes en ninguna parte. La Revolución francesa, en cambio, es un hito en todas partes”⁴.

Esta característica, junto al movimiento cultural de la Ilustración que, en cierto modo, acompañó el proceso revolucionario francés, hace que este período histórico sea punto de partida obligado para abordar cualquier problema teórico general del Estado moderno. Junto con la guerra que, con posterioridad

⁴ HOBBSAWM, Eric J., Op. Cit. p. 55.

a la Revolución, se extendió en Europa, la Ilustración como corriente de pensamiento constitutiva de la modernidad fue dando forma a una cultura política, económica y jurídica correspondiente a la nueva realidad que, ya lejos de sus primeros bosquejos, se empezaba a tornar hegemónica en la historia mundial. El movimiento que encarnó el ánimo revolucionario, como suele ocurrir en los procesos históricos, no nació de un día para otro. Muchas de las reformas que se implementaron, en términos generales y a distintos ritmos, con posterioridad a la Revolución, no vinieron sino a concretar una ideología que encuentra sus raíces en una corriente intelectual de no poca historia. Este proceso cultural, que venía gestándose hace décadas, permitió que al momento de darse las condiciones para la revuelta, las fuerzas sociales que la dirigieron tuvieran cierta claridad en relación a la forma que debía adquirir la nueva sociedad. El historiador británico recién citado sostiene que estas fuerzas sabían, para el período revolucionario, con exactitud sus propósitos. De esta manera, por ejemplo, *“Turgot, el economista fisiócrata, preconizaba una eficaz explotación de la tierra, la libertad de empresa y de comercio, una normal y eficiente administración de un territorio nacional único y homogéneo, la abolición de todas las restricciones y desigualdades sociales que entorpecían el desenvolvimiento de los recursos nacionales y una equitativa y racional administración y tributación”*⁵. Estas reformas, sin embargo, no lograban prosperar ya sea porque aún no eran aplicables, por la realidad social y

⁵ HOBBSAWM, Eric J., id. p. 56.

económica a la que se enfrentaban, o bien *“fracasaban frente a la resistencia de las aristocracias locales y otros intereses intocables, dejando al país recaer en una nueva versión de su primitivo estado”*⁶.

Esta oposición política, en conjunción con las formas políticas del antiguo régimen que daban sustento a dicho conservadurismo, hacían necesario un cambio radical que permitiera a la inquieta “clase media” incorporar sus demandas, que no eran sino aquellas que contenían de mejor manera sus propios intereses. Intereses que, por supuesto, eran contrarios a los de la casta que dominaba, entonces, la sociedad. La nobleza se oponía a dichas reformas, y no solamente por cuestiones de índole cultural, pues su modo de vida estaba profundamente ligado a ese mundo feudal que, por obra del desarrollo de la historia, pronto iba a ser parte del pasado. Así, como bien describe Hobsbawm, las preocupaciones de la nobleza no eran injustificadas, toda vez que su existencia dependía *“las rentas de sus propiedades o, si pertenecían a la minoría cortesana, de matrimonios de conveniencia, pensiones regias, donaciones y sinecuras”*, y aunque contaban con estos beneficios, *“los gastos inherentes a la condición nobiliaria –siempre cuantiosos- iban en aumento, (y) los ingresos, mal administrados por lo general, resultaban insuficientes”*⁷.

⁶ HOBBSAWM, Eric J., Op. Cit. p. 56.

⁷ HOBBSAWM, Eric J., Op. Cit. p. 57.

La crisis del feudalismo se gestó, en definitiva, a partir de sus propias condiciones de existencia y contradicciones. Y el llamado “Tercer estado”, con intereses propios, fue a su vez gestando su propia visión del mundo, que se fue concretando de diversas formas, y en distintos documentos históricos que, con el correr del tiempo, influenciaron una gran gama de movimientos en la historia posterior. Si en términos generales la cultura moderna encontró sus manifestaciones en las corrientes ilustradas y románticas de Europa, se puede decir que las demandas más concretas del ascendente sector de la burguesía estuvieron contenidas en la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789. Aunque, como explica Hobsbawm, el “documento es un manifiesto contra la sociedad jerárquica y los privilegios de los nobles”, no es una declaración “a favor de una sociedad democrática o igualitaria”. Y si bien, según su primer artículo, ‘Los hombres nacen y viven libres e iguales bajo las leyes’, “luego se acepta la existencia de distinciones sociales ‘aunque sólo por razón de la utilidad común’”, y la “propiedad privada era un derecho natural sagrado, inalienable e inviolable”. Además, en cuanto al sistema político, este documento “establecía (frente a la jerarquía nobiliaria y el absolutismo) que ‘todos los ciudadanos tienen derecho a cooperar en la formación de la ley’, pero ‘o personalmente o a través de sus representantes’. Ni la Asamblea representativa, que se preconiza como órgano fundamental de gobierno, tenía que ser necesariamente una Asamblea elegida en forma democrática, ni el régimen que implica había de eliminar por fuerza a los reyes”. De esta manera,

por ejemplo, la idea de una monarquía constitucional era perfectamente compatible con los intereses de los propietarios. En definitiva, y en términos generales, *“el clásico liberal burgués de 1789 (y el liberal de 1789-1848) no era un demócrata, sino un creyente en el constitucionalismo, en un Estado secular con libertades civiles y garantías para la iniciativa privada, gobernado por contribuyentes y propietarios”*⁸.

Aunque sabemos que el contenido de dichas demandas representaba intereses más bien específicos, el discurso del régimen hacía referencia a la voluntad general de un pueblo, o de una nación, en este caso, la francesa. Esta política general se traducía, por ejemplo, en que *“el rey ya no sería Luis, por la Gracia de Dios, Rey de Francia y de Navarra, sino Luis, por la Gracia de Dios y la Ley Constitucional del Estado, Rey de los Franceses”*. Entre otras cosas, también, en una expresión que sería recurrente en las constituciones del mundo occidental, *“la fuente de toda soberanía (...) reside esencialmente en la nación”*, y ésta *“no reconoce en la tierra un interés sobre el suyo y no acepta más ley o autoridad que la suya, ni las de la humanidad en general ni las de otras naciones”*.⁹

Y si bien el Estado moderno puede encontrar ciertas similitudes y parte de su genealogía en el Estado absolutista del antiguo régimen, la lógica que lo

⁸ HOBBSAWM, Eric J., Op. Cit. p. 59-60.

⁹ *Ibíd.*

preside, su estructura, sus principios y, en definitiva, el carácter del mismo como ordenamiento político principal de la sociedad moderna, lo constituyen como un fenómeno histórico específico y distinto de todo lo anterior. Esta forma política es el modo principal través de la cual, naturalmente, se lleva a cabo la lucha política en la modernidad. De acuerdo al investigador Immanuel Wallerstein, la estructura estatal a la que hacemos referencia es “uno de los logros institucionales centrales del capitalismo histórico”¹⁰, y se puede caracterizar según cuatro elementos principales.

En primer lugar, y considerado por el autor mencionado como el “más elemental” de los elementos del poder del Estado, es la *jurisdicción territorial*. Esto dice relación con el hecho de que los Estados tienen fronteras “*jurídicamente determinadas, en parte mediante la proclamación legal por el Estado en cuestión y en parte mediante el reconocimiento diplomático por otros Estados*”¹¹, y si bien estas fronteras eran y son objeto de disputas, “*el reconocimiento jurídico venía de dos fuentes (el propio Estado y los otros Estados) que estaban en conflicto. Tales diferencias eran solventadas en última instancia bien por una sentencia, bien por la fuerza (y la resultante aquiescencia final)*”¹². Esta jurisdicción territorial ha permitido a cada Estado, en términos generales, regular las distintas condiciones en las que se desenvuelve la

¹⁰ WALLERSTEIN, Immanuel, *El capitalismo histórico*, México, DF, Siglo XXI Editores, 1998. p. 37.

¹¹ WALLERSTEIN, Immanuel, Op. Cit. p. 38.

¹² *Ibíd.*

economía, la sociedad, y en definitiva, la política. Como explica Wallerstein, parte importante de esta regulación se orientaba al control de los factores productivos, y al movimiento de bienes, capitales y de fuerza de trabajo, en políticas que oscilan entre el libre cambio y la autarquía y que, en otras palabras, configuran un mercado interno y su relación con el mercado internacional. Este elemento ha sido central para el desarrollo económico según las necesidades de la economía moderna.

Esto último puede entenderse a partir de que, para poder comercializar adecuadamente las mercancías que se produjeran en alguna localidad geográfica determinada, era necesario acabar con las trabas arancelarias de cada feudo. De aquí que la unidad nacional, es decir, el Estado-nación propiamente tal, adquiriera una funcionalidad económica relevante en la época moderna. Además, como explica Wallerstein, para el caso de *“un productor determinado, situado en algún lugar de una cadena de mercancías, la libertad de movimientos era deseable mientras este productor fuera económicamente competitivo con los otros productores de las mismas mercancías en el mercado mundial. Pero cuando éste no era el caso, las diversas restricciones fronterizas frente a los productores rivales podían elevar los costes de éstos y beneficiar a un productor por lo demás menos eficiente. Dado que, por definición, en un mercado en el que había múltiples productores de una determinada mercancía, una mayoría sería menos eficiente que una minoría, siempre ha habido una*

*constante presión para imponer restricciones mercantilistas a la libertad de movimientos a través de las fronteras. De aquí que la primera gran lucha –una lucha feroz y continua- tuviera como eje la política estatal de fronteras”.*¹³

En segundo lugar, Wallerstein explica otro elemento del poder del Estado “de fundamental importancia”, a saber, “el derecho legal de los Estados a determinar las normas que rigen las relaciones sociales de producción dentro de su jurisdicción territorial”¹⁴. De este modo, nos explica el autor, que las “estructuras de Estado modernas se arrogaron este derecho a revocar o modificar cualquier conjunto de relaciones consuetudinarias”. En este sentido, y en un movimiento histórico que le otorgó a la ley un lugar privilegiado en la regulación de la sociedad, que es un aspecto de importancia insoslayable para los objetivos de este trabajo, “los Estados no reconocían ninguna limitación a su ámbito legislativo fuera de las que ellos mismos se imponían”.¹⁵

Este elemento tiene múltiples y variadas manifestaciones fácticas y teóricas, que se pueden observar tanto en ciertas disposiciones legales típicas de los regímenes modernos, como en la obra de variados filósofos políticos y juristas. A partir de este elemento es que se plantean una serie de problemáticas sobre los límites de esta producción normativa, así como de las

¹³ WALLERSTEIN, Immanuel, Op. Cit. p. 39.

¹⁴ WALLERSTEIN, Immanuel, id.. p. 40.

¹⁵ WALLERSTEIN, Immanuel, id.. p. 41.

condiciones bajo las cuáles ésta es válida, legítima, y eficaz, como veremos más adelante.

El tercer elemento que identifica Wallerstein dice relación con la capacidad impositiva, especificando que si bien en épocas anteriores las estructuras políticas sí utilizaron los impuestos para financiar los aparatos estatales, el Estado moderno transformó este elemento en dos sentidos, a saber: en primer lugar, en que éstos *“se convirtieron en la principal (y de hecho aplastante) fuente regular de ingresos estatales, en contraposición a los ingresos estatales derivados de la incautación irregular por la fuerza a personas dentro o fuera de la jurisdicción oficial del Estado (incluyendo la incautación a otros Estados)”*, y en segundo lugar, en que *“los impuestos han sido un fenómeno en constante expansión a lo largo del desarrollo histórico”*¹⁶. Y este fenómeno le ha otorgado al Estado moderno una capacidad de intervención, en términos generales, de gran envergadura, en diversos ámbitos, y con distintas finalidades.

En cuarto y último lugar, el autor se refiere a la monopolización de las fuerzas armadas. Así, si *“las fuerzas policiales eran orientadas en buena medida hacia el mantenimiento del orden interior (...), los ejércitos han sido mecanismos mediante los cuales los productores de un Estado han podido*

¹⁶ WALLERSTEIN, Immanuel, *ibid.* p. 42 y 43.

*influir directamente en la posibilidad de que sus competidores en otros Estados tuvieran que solicitar la cobertura protectora de sus propios aparatos de Estado*¹⁷. Ahora bien, si para este trabajo lo que nos interesa no es la relación de cada Estado y los productores, ni la relación entre los distintos estados que forman el entramado internacional, este elemento nos permite dar cuenta de una característica que varios juristas resaltaron a propósito del aspecto propiamente jurídico de la norma, esto es, la coerción, o la capacidad de imponer, por medio de la fuerza, lo dispuesto es en las leyes. Este conjunto de características sería esencial para el desarrollo de la economía moderna, de modo tal que, como menciona el autor citado, es muy difícil imaginar el florecimiento del capitalismo sin el rol activo que ha jugado el Estado moderno para que esto fuera posible.

Esta relación entre política y economía, sin embargo, no se reduce, como veíamos, simplemente a la intervención que el Estado pudo hacer en el ámbito económico concreto, en el caso, por ejemplo, de la construcción de las vías de transporte que permitían la circulación de las mercancías necesaria para el desarrollo de la empresa moderna, sino también en el establecimiento de las condiciones jurídicas necesarias para que esto ocurriera. La seguridad jurídica, además de ser un valor para el ciudadano, lo es también para la economía.

¹⁷ WALLERSTEIN, Immanuel, *ibid.* p. 45.

De cualquier forma, el legado y la actualidad del Estado moderno no deja de ser polémica, por la multiplicidad de las visiones que existen en torno a su idoneidad como forma de organización política, y en relación a las problemáticas que surgen de su propio seno. Así lo explica el sociólogo Daniel Chernilo, al mencionar las dificultades que el estudio de la historia, las características esenciales y el legado normativo del Estado-nación han implicado para el conjunto de las ciencias sociales, lo que da cuenta de la gama de problemas y contradicciones que encierra el orden político moderno, de gran importancia para las discusiones actuales. Según el autor, el Estado-nación, en los últimos dos siglos, ha sido deificado y demonizado al mismo tiempo. Hay quienes lo consideran una forma de comunidad socio-política moderna, y quienes lo desechan como una forma histórica primitiva. Se le ha conceptualizado como una estructura racional, y se le ha visto como el causante del bienestar, pero también de la miseria. Ha sido una fuente para la democracia política, pero también para la limpieza étnica, y ha coexistido con imperios, colonias, protectorados, y varias otras formas de organización socio-política, pasando por experiencias históricas de índole tan distinta como unificaciones nacionales y terror totalitario, ocupaciones, divisiones y reunificaciones. Y por si fuera poco, se ha legitimado en torno a principios étnicos, republicanos, monárquicos, liberales, democráticos, federales e incluso de clase. Y a pesar de todas estas contradicciones, el Estado-nación ha tenido

éxito, al menos en presentarse como una forma de organización político-social sólida, estable, e incluso necesaria.¹⁸

Para plantear correctamente el problema, en todo caso, es útil dar cuenta de algunos de los aspectos más importantes en cuanto a los fundamentos del Estado, y en cuanto a la relación específica que, en su seno, tienen el derecho y la política. Este es el problema clave: la manera en que se resuelven los conflictos al interior de una forma de organización política que busca ordenar de manera racional, lógica y estable a la sociedad moderna, y en qué medida puede el Estado moderno contener conflictos que, muchas veces, parecen ir más allá de la pretendida racionalidad de las normas que establecen su modo de operar. La política, en este sentido, ha traspasado límites de los principios que, en teoría, fundamentan al Estado y su legitimidad como forma de organización, y la explicación o la justificación de estos sucesos pareciera ser tarea de la ciencia del derecho. La relevancia de este problema no es menor: se trata, en definitiva, de la legitimidad de una forma de organización política, tanto

¹⁸ “*The study of the history, main features and normative legacy of the nation-state has proved complicated for the social sciences at large. During the past two centuries, the nation-state has been deified and demonised in equal measure; been declared born and dead many times; been regarded as a modern as well as primordial form of social and political community; been conceived of as both a rational structure and an imagined/imaginary community; created as much welfare as misery; been equally a source for political democracy, cosmopolitanism and ethnic cleansing; co-existed with empires, colonies, blocs, protectorates, citystates and other forms of socio-political organisation; gone through experiences of unification, totalitarian terror, occupation, division, and then re-unification; and been legitimised around ethnic/racial, republican, monarchic, liberal, democratic, federal and even class principles. Yet, despite – or more possibly owing to – all this variation, the nation-state succeeded, to an important extent at least, in presenting itself as a solid, stable and ultimately the necessary form of social and political organisation in modernity*”. CHERNILO, Daniel, *A social theory of the Nation-State: the political forms of modernity beyond methodological nationalism*, Londres, Routledge, 2007, p. 1.

en términos generales, como en la configuración histórica específica que adopte en cada caso particular, puesto que por más que la teoría insista en la necesidad de la producción normativa mediante procedimientos democráticos, el inquieto cauce de la historia política tiende, de algún modo u otro, a sobrepasar el rayado de cancha de la institucionalidad.

1.2 La Teoría del Derecho frente a la política

Una consideración sobre el desarrollo de la teoría del derecho nos da luces sobre los límites de la ciencia del derecho, como disciplina, en aras de proporcionar una explicación satisfactoria del problema de la relación entre el Derecho y la Política. Las vicisitudes de la teoría, naturalmente, están relacionadas con el desarrollo e historia de las instituciones político-jurídicas, a partir de la formación de los Estados modernos. Y la principal corriente teórica de nuestra época, el positivismo jurídico, adquiere importancia central en la configuración actual del problema.

La fundación de la ciencia del derecho, sin embargo, es también expresión de un movimiento cultural de mayor trascendencia histórica, y que se puede apreciar en la fundación de otras ciencias sociales. Si en momentos más tempranos de la modernidad, el estudio de los distintos aspectos de la vida humana lo encarnaban filósofos que, sin pretensión disciplinar, reflexionaban

directamente tanto sobre el conocimiento, la sociedad, la economía y la política, de manera más o menos integral, las ciencias sociales buscaron aislar sus objeto de estudio, y generar métodos específicos para abordarlos. Con esto queremos decir que, previa a la fundación de las ciencias sociales, no existía el fenómeno del “profesional” que se abocaba exclusivamente a un solo ámbito del saber, separándolo del resto de los aspectos de la vida humana. Y así,

*“...lo que había sido problema para el ciclo [de filósofos] desde Descartes a Hume deja de ser un problema para estos filósofos. Ya no se trata de encontrar un fundamento. Ahora de lo que se trata es de describir cómo hacerlo. Cómo hacer, sobre todo en Ciencias Sociales, lo que los físicos y los químicos hacen de manera exitosa. Es por esto que más que ‘Filósofos de la Ciencia’ estos pensadores se constituyen, más bien, como ‘Filósofos del Método’. Impera, también en esto, un ánimo tecnológico”.*¹⁹

Y como explica, el mismo autor, en el mismo texto:

“...los dos problemas iniciales de toda Ciencia Social son: el objeto de la disciplina y el método de la disciplina. Esta es una herencia propia de la época de los fundadores y de sus necesidades gremiales. (...) Y en segundo lugar el método, ¿cuál es el método de la disciplina? Hay aquí un problema general y un

¹⁹ PÉREZ SOTO, Carlos, *Sobre un concepto histórico de ciencia*, Santiago, LOM Ediciones, 1998. p. 17.

*problema específico. El problema general es: ¿cuál es el Método Científico? Luego, el problema es cómo aplicarlo en particular a la Psicología, a la Antropología, a la Sociología”.*²⁰

Si bien el autor de estas palabras sitúa el fenómeno de la fundación de las Ciencias Sociales en la segunda mitad del siglo XIX, al menos en el caso de la Ciencia del Derecho podemos identificar un ánimo de características similares con cierta anterioridad. Así, con el desarrollo del Estado moderno, y los procesos de codificación inspirados por el racionalismo fueron configurando, de cierta manera, el objeto que sería propio de la teoría del derecho.

Es interesante notar que, aunque la codificación denota cierto espíritu positivista, la filosofía que la promovió con fuerza fue el iusnaturalismo. La codificación sirvió, como dice Fassò, como *“puente involuntario entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico”*. La idea de reducir todo el Derecho a la ley, o la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema completo, pueden leerse como consecuencias positivistas de este movimiento, aunque su ideario original tenía más que ver con la idea de la racionalidad de las normas, de acuerdo al ideario del movimiento ilustrado y su ánimo universal. De esta manera, *“el hecho de la codificación y la teoría de la exclusiva estadualidad del Derecho que de ella se deriva, aparecen íntimamente contradictorias”*. Y como

²⁰ PÉREZ SOTO, Carlos, Op. Cit. p. 18.

explica Fassò, *“ellas ofrecen contemporáneamente un aspecto racionalista (el código realiza los dictámenes de la razón, y el motivo de validez de sus normas es su racionalidad), y un aspecto voluntarista (las normas del código son válidas únicamente porque están recogidas en él, es decir, están dictadas por la voluntad del legislador, independientemente de cualquier juicio sobre su conformidad con la razón)”*, aunque en definitiva *“el elemento iusnaturalista-racionalista será olvidado”*, y *“los juristas, en su gran mayoría, considerarán que es sólo motivo suficiente y necesario de la validez de la norma –o sea, de su juridicidad- su establecimiento por parte del legislador”*. Sin embargo, este fue un proceso largo, al que no se llegó de manera inmediata, que tuvo en sus orígenes mucho que ver *“con la convicción de que la voluntad del legislador es racional, o, como en el caso de la codificación prusiana, porque el legislador está ‘iluminado’, o, como en el caso bastante más importante de la codificación francesa y de las que tomaron a ésta como modelo, porque en los Estados democráticos se presupone tácitamente que todo lo que es querido por el pueblo o por sus representantes posee intrínsecamente valor de racionalidad”*²¹. Ahora bien, esta ideología trajo consecuencias que, habida cuenta del siglo XX, no resultan conclusiones del todo obvias. Así, la concepción según la cual el legislador es racional, derivó en la creencia de que, a causa de esto, las normas producidas por su voluntad también obedecerían a los criterios universales de la razón. Y como explica el profesor Fassò, *“el valor absoluto que en una*

²¹ FASSÒ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho 3: Siglos XIX y XX*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1988. p. 27.

concepción iusnaturalista pudiera ser atribuido al Derecho (natural, se entiende) por su conformidad con la razón, acabó siendo transferido al Derecho empíricamente establecido por la voluntad del Estado, y que solamente por ello, se convirtió en el verdadero Derecho".²² Acabada la Segunda Guerra Mundial, como veremos más adelante, los fundamentos de esta concepción entraron en una aguda crisis, como resultado de las atrocidades cometidas, entonces, en el nombre del derecho y la razón de Estado.

En Inglaterra, las características de la cuestión eran diferentes. Si en el ámbito europeo continental la *"necesidad de la certeza del Derecho (...) estaba determinada sobre todo por la aspiración a establecer unos límites precisos a la arbitrariedad de los reyes absolutos y de los jueces dependientes de ellos (y para cuya consecución se procuró limitar al máximo el poder discrecional de los órganos judiciales)"*, en Inglaterra *"el Derecho realizado por los jueces, el common law, había constituido desde siempre justamente una barrera al despotismo regio"*.²³ Sin perjuicio de esto, tomaremos el caso de un par de teóricos del derecho que, en línea con el movimiento histórico que tomaba forma en el continente, desarrollaron la teoría sentando las bases de lo que sería el positivismo jurídico moderno que, como vemos, no surge de la cabeza de algún pensador en particular, sino de ciertas necesidades y fenómenos históricos concretos.

²² *Ibíd.*

²³ FASSÒ, Guido, *Op. Cit.* p. 29.

Bentham es considerado, por algunos historiadores del derecho, como iniciador del positivismo jurídico moderno, a pesar de ser un filósofo perteneciente a la tradición anglosajona. Jeremy Bentham (1748-1832) nació y murió en Londres, y es una figura que entrelaza la ilustración del siglo XVIII y el utilitarismo inglés del siglo XIX. Se interesó por el problema de la codificación, característico de la época, lo que lo hizo derivar en una crítica a la tradición jurídica inglesa.

Para efectos de este trabajo, naturalmente, tomaremos de Bentham sólo aquellos aspectos de su pensamiento que son relevantes para nuestro problema, es decir, lo relativo a su visión del derecho y la política. Tal como explica Fassò, Bentham incorpora en su visión la tesis hobbesiana sobre la sociedad, según la cual sería problemático pensar que existen derechos anteriores a la existencia del Estado, toda vez que éstos surgen precisamente de la existencia de las leyes y del gobierno. Ahora bien, si esto pudiese dar la idea de que Bentham se opone a ciertos aspectos del ideario ilustrado, no es menos cierto que, en cuanto a la legislación, adhiere a *“la exigencia de universalidad, simplicidad y certeza”*, propia de la ideología jurídica iluminista. En este sentido es que *“considera inadmisibile la ausencia de sistematicidad y de claridad del Derecho inglés, de donde deriva su crítica al common law...”*, y de aquí que haya intentado *“el proyecto de una especie de sistematización de las reglas jurídicas fundamentales del ordenamiento inglés, concibiendo,*

*finalmente, una radical reforma del mismo, a realizar a través de una codificación completa articulada en tres partes: Derecho civil, penal y constitucional”.*²⁴

Aunque de un punto de partida relativamente distinto, Bentham acabaría por concluir algo muy semejante de lo que estaba planteando, en ese entonces, la crítica ilustrada en el continente, a saber, *“la necesidad de la codificación y de la máxima limitación de los poderes de los jueces”.*²⁵

Esto, según Bentham, debía realizarse de esta manera para asegurar los derechos de los individuos, y el texto, en definitiva, debía caracterizarse por su organicidad y simplicidad, algo que, como explica Fassò, es común a la ideología iluminista, *“coronada por el mito del legislador racional universal”,*²⁶ y supone, además, un sistema completo, en el sentido de que no hayan lagunas que permitieran a los jueces crear derecho.

Es relevante, para este trabajo, recordar que *“Bentham es hoy considerado por muchos como el iniciador de la teoría del positivismo jurídico, en tanto que se supone que habría llegado a una determinación del concepto de Derecho que exigiría un tratamiento científico, ya que al depurarlo de todo*

²⁴ FASSÒ, Guido, Op. Cit. p. 32.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

elemento extraño, extrajurídico, lo habría hecho objeto de una ciencia autónoma".²⁷ De acuerdo a este concepto del derecho, se derivó a la idea de que los juristas deben ocuparse, en tanto juristas, a un análisis exclusivo del derecho sin involucrar aspectos que, en teoría, corresponderían a otros ámbitos del saber, como la economía, la sociología o la ciencia política.

En todo caso, más allá de una genealogía exacta en cuanto al iniciador de esta corriente del derecho –en torno a lo cual existen, naturalmente, diferencias- nos interesa mostrar cómo, en términos históricos, se formó una determinada concepción del derecho que resulta crucial en la problemática que aborda este trabajo. Y así es como Fassò, al comentar una obra de Bentham llamada *The limits of jurisprudence defined*, sostiene que, en relación a la concepción del Derecho, “en consonancia con el ideal de la codificación, es decir, de la reducción de todo el Derecho a ley, [Bentham] parece concebirlo exclusivamente como un mandato cuya primera fuente es un ente soberano: *‘Un conjunto de signos expresivos de una volición concebida o adoptada por el soberano en un Estado, referente a la conducta que debe ser observada en un determinado caso por una determinada persona o clase de personas, que en el caso en cuestión estén o se supongan que estén sometidas a su poder’*”.²⁸

²⁷ FASSÒ, Guido, Op. Cit. p. 33.

²⁸ *Ibíd.*

De cualquier forma, el asunto queda más claro en el caso de Austin, discípulo del mismo Bentham. Nacido en 1790 y muerto en 1859, John Austin distinguió “asimismo, entre ‘teoría general del Derecho’ (*general jurisprudence*), o ‘filosofía del Derecho positivo’, que contempla el Derecho como efectivamente es, bueno o malo, y ‘ciencia de la legislación’, que se ocupa, en cambio, del Derecho como debería ser para ser bueno, y que forma parte de la ética”²⁹. La teoría general del Derecho, en este sentido, “no contempla directamente la ciencia de la legislación. Contempla directamente los principios y las diferencias que son comunes a los varios sistemas del Derecho particular y positivo, y que cada uno de estos sistemas inevitablemente implican, ya sean dignos de alabanza o de censura, ya estén o no de acuerdo con una determinada medida o criterio”³⁰.

Ahora bien, si el objeto de estudio de la ciencia del derecho es, entonces, el Derecho positivo, lo que Austin entiende por Derecho queda claro en su obra *The Province of Jurisprudence determined*, en la que, al determinar el ámbito propio de esta ciencia, sostiene: “*The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors*”³¹.

²⁹ FASSÒ, Guido, Op. Cit. p. 36.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence determined*, New York, Cambridge University Press, 1995. p. 18.

Según Austin, el derecho es, entonces, un mandato, *“una invitación a la acción propuesta por quien tiene el poder y la intención de infligir un daño o una pena en el caso en que no se atempere a su deseo”*.³² La idea, lógicamente, tiene el correlato de que al mandato también se encuentra relacionado, y a su vez, obligado, aquel que tiene el deber de obedecerlo, y lo hace, supuestamente, por el temor a la sanción, que implicaría un daño para sí mismo. De esta manera *“mandato, deber y sanción son términos inseparablemente unidos”* y *“las normas que no puedan configurarse como mandatos de las que deriven, a través de la amenaza de la sanción, un deber, no constituyen Derecho”*. De esta manera, según la concepción de Austin, hay una serie de expresiones que no constituirían Derecho propiamente tal, como por ejemplo *“las normas derivadas de la opinión o de los sentimientos de los agregados humanos indeterminados, como las leyes del honor, de la moda, la costumbre misma hasta que no haya sido establecida como obligatoria por la autoridad soberana, y –cosa que pondrá en grave dificultad al positivismo jurídico- el Derecho internacional”*.³³ En otras palabras, la visión que Austin tiene del Derecho es una en la cual éste es *“solamente un mandato, y el mandato que constituye el Derecho es solamente el del Estado”*.³⁴

³² FASSÒ, Guido, Op. Cit. p. 37.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

En el caso de la actividad de los jueces, “Austin no niega el carácter de derecho al Derecho judicial, al common law, apelando –en realidad un poco artificiosamente- al argumento de que el Derecho es Derecho, esto es, positivo, aunque no provenga directamente del soberano, con tal de que quien lo cree tuviera poder para crearlo”. En este sentido, Para Austin “el Derecho creado por los jueces no deja de ser Derecho estatal, en cuanto que el poder de crearlo está dado a los jueces por el Estado”.³⁵

Ahora bien, aunque la propuesta de Austin “no presenta todos los caracteres del positivismo jurídico (le es extraña, por ejemplo, la idea de la plenitud del ordenamiento) constituye un insigne ejemplo de dicha dirección, en cuanto ella se realiza como una sistematización racional autónoma del Derecho positivo, que prescinde de todo contenido ético y de cualquier presupuesto histórico o sociológico del mismo”.³⁶ En otras palabras, la operación teórica de Austin *aisla* el derecho (*the province of jurisprudence*), entendiendo, como decíamos, que el Derecho positivo no es más que el mandato de un soberano, constituyendo así el objeto de estudio de la disciplina. Y en esto consiste, como veremos luego, no la virtud, sino la limitante de la teoría positivista del Derecho a la hora de explicarse la relación entre el derecho y la política. No por nada el profesor Fassò, correctamente a nuestro juicio, termina el apartado dedicado a Austin sosteniendo:

³⁵ FASSÒ, Guido, Op. Cit. p. 38.

³⁶ *Ibíd.*

“Queda, así, la duda de que el procedimiento seguido por Austin, es decir, la eliminación de todos los aspectos del fenómeno que hacen imposible construir con ellos una teoría lógico-sistemática, no se encuentre también viciado por la abstracción y pierda de vista la realidad, la muy compleja realidad del Derecho”.³⁷

1.3 El Problema del Positivismo Jurídico

En la actualidad, a propósito del positivismo jurídico, y siguiendo al profesor Patricio Pazmiño Freire, en el capítulo *“Debate urgente para una democracia emergente. Dialogando con el neopositivismo”*, éste podría definirse de acuerdo a las palabras de Scarpelli, *“como un sistema de normas creadas por el hombre, portadoras de ciertas características que permite distinguirlas de otra clase de normas (especies normativas), a las que se les atribuye validez con independencia de su conformidad a los principios y valores de determinada ideología”*.³⁸ El derecho positivo, en este sentido, se caracterizaría por su estatalidad, en cuanto sólo valdría como derecho vigente aquel que es generado por el Estado; por su imperatividad, en cuanto sólo podrían considerarse como parte del Derecho aquellas normas que manden, prohíban o permitan; por su coercitividad, toda vez que las mencionadas normas deben

³⁷ FASSÒ, Guido, Op. Cit. p. 40.

³⁸ PAZMIÑO FREIRE, Patricio, *Descifrando caminos: del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, Flacso Sede Ecuador, 2010. p. 178.

tener como garantía una serie de instituciones coercitivas que permitan dar cumplimiento forzoso a sus contenidos; y por su carácter heterónomo, es decir, por el hecho de que las normas del Derecho se imponen, de manera externa, más allá de la voluntad de los destinatarios de éstas.³⁹

Sin embargo, y como menciona el autor del texto mencionado, *“hablar de la existencia de un positivismo jurídico único es equivocado o, por lo menos, riesgoso, porque con esa expresión se pueden entender distintos significados potencialmente contradictorios, que pueden terminar con la defensa de tesis no necesariamente ligadas entre sí”*.⁴⁰ En este sentido, y tomando la propuesta de Hart, el positivismo jurídico podría referirse, en términos generales, a las siguientes tesis: a) la idea de caracterizar el Derecho como un conjunto de mandatos; b) la concepción que distingue radicalmente entre derecho y moral, entre el ser y el deber ser del derecho; c) la concepción que distingue claramente entre una dogmática, una historia y una sociología del Derecho, en referencia al estudio del derecho vigente, a la investigación en torno al origen del mismo, y al estudio de los vínculos entre el derecho y otros aspectos de la vida social, respectivamente; d) la tesis según la cual el ordenamiento jurídico contiene una respuesta correcta para cada caso posible, de acuerdo a operaciones lógicas y sin consideración del ámbito de la ética o la política; y e)

³⁹ PAZMIÑO FREIRE, Patricio, Op. Cit. p. 178 y 179.

⁴⁰ *Ibíd.*

la idea de que el ámbito de lo jurídico se formula de una manera distinta a los juicios propiamente morales.

Bobbio, por otro lado, distingue cuatro aspectos, en el positivismo jurídico, que serían independientes entre sí, a saber: a) un aspecto metodológico en relación al estudio del Derecho, que distingue entre moral y derecho, o entre el derecho que es y el derecho ideal, lo que implicaría una mirada supuestamente “científica, neutra y no valorativa” del mismo; b) un aspecto teórico, en cuanto a la concepción misma del Derecho, en virtud de la cual éste se entendería según un modelo estatista, es decir, una noción según la cual el derecho sólo es formulado por el Estado, caracterizándose además por su coactividad, su carácter mandatorio; por emanar, además, únicamente de la legislación de origen parlamentario; por ser concebido como un sistema completo y perfecto; y por la creencia de que la actividad judicial es esencialmente lógica, y por tanto, declarativa; c) un aspecto metodológico, pero esta vez en relación al positivismo o formalismo como forma de aplicación o interpretación del Derecho, esto es, una doctrina que considera al juez como un ente puramente declarativo del derecho, con el consecuente impedimento de producir derecho; y d) un aspecto ideológico, en relación al positivismo como ideología o teoría de la justicia, según la cual se reduce lo justo a aquello que se encuentre conforme a la ley –y su contrapartida lógica: lo injusto es aquello

que vaya en contra de lo que la ley dispone.⁴¹ De acuerdo a esta comprensión general de esta corriente teórica, *“la validez o no del método positivista de acercarse al derecho, es independiente de la verdad o falsedad de la teoría estatalista del derecho, o de la corrección o incorrección de la teoría de la justicia y de la ética positivista”*.⁴²

Ahora bien, como es sabido y bien describe el autor, *“el positivismo en general, particularmente el formalismo ético y la teoría estatalista del Derecho entraron en crisis en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial”*.⁴³ Esto tendría relación, principalmente, con la cuestión política sobre la posición que el positivismo, como corriente, asumió en la crisis europea que culmina con el ascenso del fascismo y el nazismo, y con los horrores propios de la Segunda Guerra Mundial. Se estima que el positivismo dio justificación jurídica al totalitarismo que, excesos mediante, fue protagonista del mencionado período histórico. A partir de estos sucesos fue que surgió una crítica al positivismo y al formalismo, de tal manera de establecer un límite moral y de contenido al derecho existente, y así evitar futuros excesos. De ahí el nacimiento del neo-constitucionalismo, y en definitiva, del llamado Estado Constitucional de Derecho, en el cuál la carta magna, la Constitución, pondría un freno a los excesos en el orden de los contenidos.

⁴¹ PAZMIÑO FREIRE, Patricio, Op. Cit. p. 180 y 181.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ PAZMIÑO FREIRE, *id.* p. 182.

De acuerdo al autor, el neo-constitucionalismo, como respuesta a la crisis del positivismo, sería “una nueva filosofía y cultura jurídica y una nueva teoría del derecho”, además de referirse también a un modelo de Estado de derecho, que es el que dicha corriente promueve.⁴⁴ Este movimiento surgiría incorporando dos tradiciones constitucionales distintas, como es la norteamericana, que entiende la Constitución como norma jurídica cuya utilidad consiste en asegurar la autonomía del individuo frente al Estado, y la europea, que la comprende más bien como un programa político-social. Además, plantea una serie de críticas al positivismo jurídico, principalmente en cuanto al carácter estatal del derecho positivo y a la idea de identificar el derecho positivo, en cuanto a sus fuentes, con la ley. Por otro lado, y si bien esta corriente comparte la caracterización del derecho como institución coactiva e imperativa, no comulga con la idea de que el sistema jurídico sea un orden completo, sin contradicciones internas, lo que está relacionado también con la negación de la postura según la cual la actividad de los jueces se reduce a una de carácter lógico y meramente declarativo.⁴⁵ De la misma manera, el neo-constitucionalismo se niega a “considerar justo el derecho por el solo hecho de serlo”, toda vez que esta concepción habría sido la que, supuestamente, habría posibilitado la victoria del totalitarismo en Europa.

⁴⁴ PAZMIÑO FREIRE, Patricio, Op. Cit. p. 187.

⁴⁵ *Ibíd.*

De esta manera, el Estado constitucional de derecho se caracterizaría por tratarse de un Estado que, considerando a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico, por sobre la ley, la que además de ser aplicable directamente, se encuentra presente en todos los ámbitos del derecho. Este Estado tiene como finalidad la garantía efectiva de los derechos, y en él conviven valores que pueden llegar a ser incluso contradictorios entre sí. En este tipo de ordenamiento, los jueces adquieren un papel preponderante en la garantía de los derechos de las personas, además de reconocerse la creación judicial del Derecho. La validez de las normas jurídicas, ahora, ya no depende solamente de que hayan sido producidas de acuerdo a los procedimientos establecidos, sino que además, deben ajustarse, en términos sustantivos, al contenido de la Constitución. Típicamente, además, surgen los tribunales constitucionales, cuya función consiste en garantizar la supremacía de la Constitución, en casos en que ésta pueda ser vulnerada.⁴⁶

Sin embargo, no es precisamente la problemática interna del neo-constitucionalismo lo que nos interesa en este trabajo. Este modelo de Estado, por sí mismo, plantea una serie de problemas que ciertos teóricos de tradición positivista se han encargado de indicar, a menudo de manera insistente. Consideramos que, si bien el neo-constitucionalismo surge en oposición al positivismo jurídico clásico, éste no alcanza para resolver adecuadamente el

⁴⁶ PAZMIÑO FREIRE, Patricio, Op. Cit. p. 189.

problema de nuestra tesis, a saber: la relación entre la política y el derecho. No logra, por ejemplo, explicar el por qué continúan vigentes una serie de decretos leyes originados en la dictadura militar de Augusto Pinochet, siendo la Constitución Política de la República la norma jurídica suprema, criterio de validez formal -y material- del resto de las normas, aun cuando el régimen mencionado ya se dio por concluido.

1.4 El Decreto Ley y el Ordenamiento Constitucional

El Estado moderno tiene, como hemos visto, un contenido histórico específico, y así también, el ordenamiento jurídico que lo soporta se basa en una serie de principios que le dan sentido y justificación, además de legitimidad.

Ahora bien, de acuerdo a la teoría pura del derecho, que además de, como hemos visto, apartar al derecho como objeto independiente del conocimiento, “establece que el complejo de normas jurídicas que dan sentido al Derecho de un país no se encuentran aisladas, sino vinculadas entre sí por una fundamentación unitaria, en virtud de la cual constituyen una estructura, una unidad, un sistema denominado ordenamiento jurídico”⁴⁷. Según esta corriente teórica, y en palabras de Kelsen, *“una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis,*

⁴⁷ PACHECO, Máximo, *Teoría general del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 295.

sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden”.⁴⁸ De acuerdo a Kelsen, la validez del derecho no depende de su contenido, ya que “ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica”.⁴⁹ La norma jurídica, en este sentido, es válida por haber sido creada por una forma específica. Y estas forma específicas que, según haya sido establecido en cada ordenamiento jurídico, determinan si la norma jurídica es válida o no, dice relación con las fuentes del derecho, o también, las fuentes que el Estado reconoce como potenciales originadoras de Derecho.

La posición de Kelsen contrasta, naturalmente, con la posición del famoso jurista alemán Carl Schmitt. Si en Kelsen lo que es válido como derecho depende de normas impersonales establecidas a su vez de acuerdo a normas superiores que les dan validez, en Schmitt la cuestión se resuelve en la situación de excepción, en la que quien *decide* sobre dicha situación, la voluntad del soberano, determina lo que será el derecho durante los períodos de normalidad, y la manera en que éste podrá o no ser modificado. En este

⁴⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho* (Introducción a la Ciencia del Derecho), Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, p. 74.

⁴⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1989, p. 136.

sentido, para Schmitt el Estado *“no tiene una Constitución ‘según la que’ se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado es Constitución”*.⁵⁰ Y en realidad, nos dice Schmitt, *“una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad”*⁵¹. De esta forma, no serían los procedimientos los que determinen la validez de las normas, sino la decisión del soberano que, como poder constituyente, establece la Constitución y el modo de operar del Estado.

Al decir de don Máximo Pacheco, la teoría de las fuentes del Derecho *“estudia la aparición, elaboración y expresión en la sociedad de las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo”*.⁵² Sin embargo, el profesor reconoce que la cuestión de las fuentes del derecho es una cuestión compleja, “porque esa expresión tiene acepciones diferentes”, y citando a Luiz Legaz y Lagambra, señala que ésta “puede significar: a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.); b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.); c) autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo, etc.); d) acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.); e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; f)

⁵⁰ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982. p. 30.

⁵¹ SCHMITT, Carl, Op. Cit. p. 34.

⁵² PACHECO, Máximo, Op. Cit. p. 315.

forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre, etc.); g) fundamento de un derecho subjetivo”.

A continuación, el profesor Pacheco distingue entre lo que entiende por *fuentes reales o materiales del Derecho*, a saber, “*los factores históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, éticos, religiosos, etc., que influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas*”⁵³, y las *fuentes formales del Derecho*, es decir, y citando a Julián Bonnecase, “*las formas obligadas y predeterminantes que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del Derecho*”. Dentro de éstas últimas se encontrarían, por ejemplo, “*la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina jurídica, el acto jurídico y el acto corporativo*”.⁵⁴ Las fuentes formales, en este sentido, y distinguiéndose de las normas jurídicas, “son las formas en que [éstas] se manifiestan en la vida social”.

De estas fuentes, naturalmente, la que nos interesa es la ley, en cuanto norma jurídica elaborada de acuerdo a procedimientos democráticos previamente establecidos, que le otorgan validez, por un lado, y cierta legitimidad, y luego, el decreto ley propiamente tal: el caso problemático de una

⁵³ PACHECO, Máximo, Op. Cit. p. 316.

⁵⁴ *Ibíd.*

ley que, siendo dictada sin atención a procedimiento alguno, en ausencia, incluso, de parlamento.

En todo caso, como bien reconoce el profesor Pacheco, recogiendo una crítica a esta división teórica, “en realidad las fuentes del Derecho exhiben una estructura compleja: real y formal, que corresponde a la naturaleza del derecho”, recalcando que *“la experiencia jurídica pone de manifiesto que en ella se integran tres diversos momentos: el normativo, el empírico, y el axiológico, mutuamente implicados y esencialmente unidos”*.⁵⁵ De acuerdo a esta crítica, las fuentes del Derecho cumplirían la función de constituirse como criterios, en los procesos de creación de normas, en virtud de los que las normas producidas puedan ser reconocidas como propias por la mayoría de los miembros de un grupo social, y no solamente por quienes las produjeron.

Nuestro Código Civil, en su artículo primero, establece y define a la ley como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”. En este sentido, la legislación chilena recoge buena parte de la tradición positivista, además de la referencia a la *voluntad soberana*, propia de parte importante de pensamiento político moderno, como veíamos, desde los procesos revolucionarios que dieron configuración al Estado moderno. La ley, como explica don Máximo Pacheco,

⁵⁵ *Ibíd.*

contiene un aspecto formal y otro aspecto material. En cuanto a lo formal, la ley implica una serie de procedimientos para su gestación, sin los cuales no podría considerarse propiamente una ley. Así, Estado exige *“que la iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación de la ley se hayan realizado en la forma establecida por el ordenamiento jurídico vigente”*.⁵⁶

Puede decirse, además, que esta definición de la ley expresa, en buena medida, la idea kelseniana según la cual, estando íntimamente ligadas la legalidad y la legitimidad, cada norma se valida en función de una norma superior que le sirve de base. En la jerarquía propia de este tipo de ordenamientos jurídicos, la constitución se erige, por cierto, como la norma suprema que ordena y valida el resto de las normas existentes y establece, a su vez, el modo de creación, modificación y supresión de las mismas. Es por esta razón que, por ejemplo, se crearon los tribunales constitucionales en la Europa posterior a la Primera Guerra Mundial. Este tipo de tribunales tenían y tienen por objeto poner un límite a la política establecida, de tal manera de poder dejar sin efecto aquello que exceda lo que la Constitución prescribe.

El aspecto material de la ley, por otro lado, se refiere al contenido jurídico de la misma, debiendo contener ésta una norma jurídica de carácter

⁵⁶ PACHECO, Máximo, Op. Cit. p. 326.

permanente, general y abstracto⁵⁷. De acuerdo a lo mencionado, el profesor Pacheco sostiene que una ley carece de elemento material, no sólo cuando no tiene naturaleza jurídica, o al no ser permanente, general o abstracta, sino también cuando el contenido de la misma es irracional, injusto o atentatorio contra el bien común. Sin embargo, el bien común no es un concepto cuyo significado sea inequívoco, sino que, al estar sujeto al debate político-social, permite múltiples interpretaciones. En todo caso, con el desarrollo del Estado constitucional de derecho, y con el derecho internacional de los derechos humanos, se puede al menos sostener que, sujeto a la actividad institucional correspondiente, el contenido de las leyes tiene un límite en cuanto a su contenido. Sin perjuicio de esto, en nuestra opinión, dichos límites son también una cuestión sujeta al debate político, por lo que se encuentran determinados por circunstancias que exceden lo puramente jurídico.

En un sentido amplio, explica Pacheco, la ley puede entenderse como “el conjunto de normas jurídicas de observancia general emanadas de las autoridades del Estado de acuerdo con un determinado procedimiento preestablecido”, pudiendo comprenderse por tales desde la Constitución hasta los reglamentos y simples decretos, o las normas propias del poder judicial, como los Auto Acordados, u ordenanzas y resoluciones de carácter

⁵⁷ *Ibíd.*

administrativo⁵⁸. En un sentido estricto, que es el que nos interesa por su relación problemática con los decretos leyes, la ley consiste en aquellas normas jurídicas que son dictadas por el poder legislativo, de acuerdo a un procedimiento democrático previamente establecido. Esta concepción estricta implica una comunidad política que busca regularse de manera autónoma, de modo tal que las normas que los ciudadanos deben acatar se entiendan como resultado de sus mismas voluntades, y no de una voluntad heterónoma. Si bien esta idea plantea a su vez una serie de problemas –por ejemplo, en torno a la legitimidad de la política representativa, y si acaso ésta canaliza transparente y efectivamente los intereses de los representados-, éstos exceden el objeto específico de este trabajo.

Cabe señalar que en nuestra tradición jurídica, el ordenamiento jurídico contempla una cierta jerarquía entre las distintas normas, siendo la Constitución Política *“la ley fundamental del Estado que establece las bases de su organización y la forma de su gobierno”*.⁵⁹ Sabido es que es este cuerpo normativo el que configura el régimen jurídico no solamente en cuanto a su forma, sino también en cuanto a cuestiones de contenido. Desde las garantías de los derechos de las personas, hasta la organización y las atribuciones de los poderes del Estado, se encuentran regulados y determinados por la Constitución.

⁵⁸ PACHECO, Máximo, Op. Cit. p. 327.

⁵⁹ *Ibíd.*

En este punto, el profesor sostiene que Poder Constituyente es “la facultad que tiene un cuerpo político para establecer su propia Constitución”, y que la soberanía se define como “la facultad que tiene la comunidad de darse la organización interna que más le convenga con prescindencia de los demás Estados”, y que ésta residiría “esencialmente en la nación”, haciendo eco de lo establecido en el mismo cuerpo legal al que hacemos referencia, como a lo mencionado en relación a la tradición filosófica, política y jurídica que hemos desarrollado con anterioridad.

Las leyes, de acuerdo a lo desarrollado, “*son las normas elaboradas (...) por el Poder legislativo del Estado en la forma establecida por la Constitución Política*”.⁶⁰ En este sentido, sólo son válidas, legítimas y –en principio- eficaces aquellas leyes que sean resultado del proceso legislativo establecido, que como sabemos incluye las etapas de iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación. Nuestro interés, naturalmente, no es hacer exégesis del proceso legislativo, sino abordarlo desde el punto de vista de la teoría del derecho, aunque vale la pena señalar que en este proceso intervienen varios órganos del Estado, incluidos el Poder Ejecutivo, Legislativo, y hasta la Contraloría General de la República, al tomar razón del decreto por el cual el Ejecutivo promulga la ley ya aprobada por el Congreso.

⁶⁰ PACHECO, Máximo, Op. Cit. p. 329.

Además de este aspecto procedimental o formal, la ley también debe ser constitucional. Esto implica, además de ser elaborada y dictada por las autoridades competentes y en el modo previsto, que ésta debe considerar el respeto a “*todos y cada uno de los derechos asegurados y garantidos por la Carta Fundamental*”.⁶¹ Sin embargo, según explica el profesor Pacheco, “la ley inconstitucional tiene valor”, pues “por regla general es obligatoria” hasta que se declare su inaplicabilidad. El hecho de que la ley deba ajustarse, en todo caso, al estándar constitucional, significa un límite de contenido a la tan criticada deriva positivista de que, al ser las leyes válidas solamente en virtud de su aspecto formal, podrían resultar en formulaciones de gran peligro social y político.

Por otro lado, los Decretos con jerarquía de ley, como los denomina don Máximo Pacheco, se definen como normas jurídicas emanadas por el Poder Ejecutivo, que tienen, como su nombre lo indica, la misma jerarquía que una ley común y corriente.⁶² Existen, según el profesor, dos tipos de Decretos con jerarquía de ley, a saber: los Decretos con fuerza de ley, y los Decretos leyes. La diferencia radicaría en que los primeros son “dictados por el Poder Ejecutivo sobre materias propias de una ley, en virtud de una delegación de facultades hecha por el Poder Legislativo”, mientras que los segundos carecerían de dicha

⁶¹ PACHECO, Máximo, Op. Cit. p. 336.

⁶² PACHECO, Máximo, Id. p. 340.

autorización.⁶³ Si bien ambas manifestaciones han sido objeto de crítica y cuestionamiento doctrinal, es el Decreto ley el que muestra un problema de validez y legitimidad más evidente, lo que aparentemente no implica, de manera necesaria, un problema de eficacia, toda vez que hasta el día de hoy continúan vigentes, gozando de plena eficacia, decretos leyes que fueron dictados en ausencia, y lógicamente, sin autorización, del Parlamento. El autor, en este caso, reconoce que estos decretos surgen en circunstancias excepcionales, es decir, cuando *“se rompe la normalidad institucional y el gobierno constitucional es derribado por una revolución, un pronunciamiento o un golpe de Estado”*.⁶⁴ Obviamente, estas normas son eficaces mientras dure el régimen que las dicta, pues cuentan además con un poder coercitivo, normalmente muy fuerte, que las respalda. El problema surge luego, al restaurarse el régimen democrático, toda vez que los mencionados decretos, teniendo un origen constitucionalmente ilegítimo, continúan vigentes, a pesar de lo establecido en la Constitución.

Nuestro país ha vivido circunstancias como éstas en varios períodos históricos, no sólo en los últimos 40 años. Uno de esos períodos ocurrió a principios de los años 30, y derivó en la dictación de varios decretos leyes, algunos de los cuales generaron una polémica de proporciones casi cuarenta años después, durante el gobierno de la Unidad Popular. Con el objeto de dar más claridad al problema que nos convoca, en el próximo capítulo revisaremos

⁶³ PACHECO, Máximo, Op. Cit. p. 340 y 341.

⁶⁴ *Ibíd.*

cómo ha sido abordada la cuestión del Decreto Ley como fuente del derecho, y en definitiva la relación entre el derecho y la política en el medio chileno. La cultura jurídica chilena ha tenido su manera específica de abordar la cuestión, y es preciso dar cuenta de sus tendencias, toda vez que, para el análisis de la discusión sobre el Decreto Ley 520, resulta relevante comprender la forma en que este problema era entendido por los llamados a discutir y establecer sus alcances, a saber, los juristas y abogados, en un contexto de reformas universitarias, marco en el cual se plantearon y se llevaron a cabo importantes revisiones a los planes de estudio.

CAPÍTULO II

EL ESTUDIO DEL DECRETO LEY EN EL CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO PREVIO A LA INSTAURACIÓN DEL GOBIERNO DE LA UNIDAD POPULAR. BREVE ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE REFORMA LLEVADOS A CABO DURANTE ESTOS AÑOS Y SUS POSIBLES EFECTOS. BREVE RESEÑA SOBRE LA CÁTEDRA DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y SUS PROFESORES.

2.1 El Contexto de la Sociedad Chilena en los años 60: Necesidad de una Reforma Educacional

Una vez analizado de manera abstracta el Decreto Ley, como fuente del Derecho y objeto de estudio, desde la Teoría del Derecho, es menester analizar someramente el contexto social que llevó a profundos cambios a nuestro país durante la década de los 60, con el propósito de lograr entender la forma en como éstos se concebían por la cultura jurídica de la época. Se ha considerado importante analizar esta época, ya que es en este período cuando se pasa de los meros cuestionamientos al sistema a una acción profunda y radical, no sólo en relación al estudio del Derecho, sino a la visión de la sociedad completa. Esto sentará las bases en cierta medida en la forma en cómo se estudió el Decreto Ley, aunque nos adelantamos en señalar que los cambios en su enseñanza, durante este período, por parte de los académicos, no varió de manera significativa, sino hasta después del quiebre institucional de 1973.

Los años sesenta en Chile, tal y como lo fue en prácticamente todo el mundo, fue una época de agitados cambios. El planeta vivió años de máxima polarización ideológica, donde la guerra fría llegó quizás a su punto más alto. Durante estos años se iniciaba el gobierno revolucionario cubano liderado por Fidel Castro; se combatía en Vietnam; los rusos invaden Checoslovaquia terminando así abruptamente con la Primavera de Praga, entre tantos otros sucesos que quedarán para siempre marcados en las personas que vivieron durante esos años y las generaciones venideras. En Chile la situación parecía estar algo menos convulsionada, debido a la ausencia de conflictos bélicos y a la presencia de Gobiernos estables y democráticos, pero detrás de esa capa aparente de tranquilidad, se veían venir los cimientos de los sucesos que marcaron al país para siempre.

Ya desde comienzos de la década, y entendiendo la necesidad de hacer profundos cambios en la educación, el Gobierno de los EEUU planea sus estrategias en relación a América Latina, entendiendo que si no participa activamente en el desarrollo de cambios, entonces se correrá el riesgo de caer bajo revoluciones de tipo marxista. Con esto, se crea la “Alianza para el Progreso”, que en materia educacional veía a la educación universitaria como un motor eficaz para avanzar hacia el desarrollo de la Nación. Bajo este lema es que entonces se crean millonarios fondos que irán en directo beneficio de las universidades chilenas y su modernización. Ejemplo claro de ello es lo que

ocurrió en la Universidad de Concepción, que desarrolló gracias a la Fundación Ford un enorme plan de desarrollo, recibiendo en total más de 1.600.000 dólares, al igual que la misma Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, que recibió US\$156,000 para distintas labores tanto de docencia como biblioteca o becas⁶⁵.

Se entendió que la labor de la Universidad hace ya tiempo había dejado de ser profesionalizante, y se debían dedicar los mayores esfuerzos a que la Universidad pasara también a ser “científica”. Se necesitaba que avanzara en programas de investigación, extensión y formación crítica.

Por otro lado, un aspecto que hace mucho tiempo no tenía mayor desarrollo era la “responsabilidad social” de la Universidad, ámbito en el cual casi no existía evolución. En este sentido, gran parte de las ideas inspiradoras de la reforma se basaron en una debida cohesión entre la academia y las personas, siendo pioneros en los cambios los académicos y luego los estudiantes de las respectivas universidades.

En este contexto, la Universidad dejó de ser una realidad meramente relacionada al país donde ella funcionaba, y se hizo imperiosa la necesidad de unirla al contexto de nuestro continente. Muchos autores dedicaron sus

⁶⁵ Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. “Convenio Fundación Ford”. En Crónica de la Facultad. Cuarta Época, Vol VII, 1967. p 186.

esfuerzos a desarrollar la idea de una “Universidad Latinoamericana”, que sirviera al desarrollo de la integración de los países, para encontrar fórmulas comunes con el objetivo de salir del subdesarrollo. Señalaba Manuel Barrera: *“A nadie puede escapar que, en toda política de desarrollo de los países de la región, tienen las universidades un rol a la vez indispensable e irrenunciable (...). No es necesario insistir en la función nacional que ellas desempeñan en cuanto forman profesionales, es decir, en cuanto generan recursos humanos de alto nivel de cada país (...). Señalaremos, no obstante, que una y otra tienen actualmente en América Latina el sello de lo local, y que la integración les permitirá a las universidades mejorar sus niveles educativos y científicos; en este sentido serían beneficiarias del afán integrador”*⁶⁶. El autor propone, para este afán integrador, la creación de centros de Estudio Latinoamericanos; coordinación de la investigación científica; cambios en los contenidos de los programas de estudio; reconocimiento de títulos, entre otros⁶⁷.

Con el entendimiento de una profunda necesidad de cambio, y a su vez con la observación de la realidad tanto nacional como latinoamericana, es como se fue gestando en la comunidad universitaria chilena la idea de la reforma. Esta fue llevada a cabo en casi todos los planteles, aunque, para efectos de

⁶⁶ BARRERA, Manuel. “La universidad chilena: una reflexión permanente”, Santiago, INSORA, 1969. p. 84

⁶⁷ BARRERA. Op. Cit. p. 85-91.

esta investigación, nos detendremos brevemente en el caso de la Universidad de Chile y la Universidad Católica.

2.2 La Reforma Universitaria: El Caso de la Universidad Católica de Santiago

La reforma en la Universidad Católica de Santiago no es un mero acontecimiento puntual. Las raíces del movimiento estudiantil, en la forma en que lo vemos y apreciamos hoy, se gestó en gran parte, desde un punto de vista histórico, en las aulas de esta casa de estudios. Hasta los años 60 bien podía decirse que esta Universidad constituía el centro de la aristocracia de la época. Era el lugar donde se concentraban las elites económicas, y al tener estas características, poco y nada quedaba para que la sociedad chilena en conjunto tuviese una voz en tan importante lugar.

Esta situación empieza a cambiar de manera importante a finales de los años 50, en que es elegido por primera vez una Federación de Estudiantes de la naciente Democracia Cristiana Universitaria. Los intereses y lineamientos de esta nueva directiva de la FEUC contrastan con lo que se había hecho antes, que era básicamente organización interna y eventos de índole festivo. La nueva FEUC tenía una mirada más integral de la Universidad en relación a la sociedad, y poco a poco fueron articulándose las aristas de lo que fuera la

profunda reforma que vivió la universidad durante la segunda mitad de los años 60.

Un hito importante y destacable en relación a la gestación de la reforma tiene que ver con la VI Convención de la FEUC, que tuvo lugar en el año 1964. Según señalan en su investigación Cox, Martínez y Garretón *“En ella, el movimiento estudiantil trata de concretar al máximo los resultados de la acumulación teórica y práctica de los últimos años. La VI Convención unifica los factores que se venían considerando y define las reformas necesarias en la Universidad”*⁶⁸. Dentro de las propuestas programáticas de la Federación en su convención estaban⁶⁹:

- Reforma a la estructura de poderes: Entre otros, mayor peso del Consejo Superior, cambios en la elección del Rector.
- Nueva definición de la catolicidad.
- Definición de las formas de integración de la Universidad al país: Aquí ya se vislumbran los postulados que serán base de las reformas universitarias de esos años, como la formación de nuevos profesionales, con ideas avanzadas y de acorde a la realidad del país; Elaboración de

⁶⁸ GARRETÓN, Manuel Antonio; MARTÍNEZ,, Javier. La reforma en la Universidad Católica de Chile Santiago de Chile, Ediciones SUR, Tomo 2, 1985. Obtenido desde: <http://www.sitiosur.cl/r.php?id=323>. [Consultado en: 28-05-2013]

⁶⁹ GARRETÓN. Op. Cit. p. 15.

una “nueva cultura latinoamericana”; Cambios en la extensión, entre otros.

- Finalmente, y dentro de los Principios para una Reforma Académica, se incluye la **revisión de los planes y programas de estudio**. Esta idea, en lo que respecta a nuestra investigación, es fundamental, ya que sentará, dentro del ambiente universitario, las bases para las reformas específicas dentro de las Facultades de la Universidad Católica, y especialmente en la reforma en la Facultad de Derecho, que veremos en el siguiente apartado. Sin perjuicio de lo anterior es menester indicar que tanto la Facultad de Derecho como la de Agronomía⁷⁰, siendo históricamente las más conservadoras, durante este período fueron contrarias a la reforma, y siempre dieron apoyo explícito al Rector de la época, Monseñor Alfredo Silva Santiago.

Los hechos posteriores son conocidos: el 11 de agosto de 1967 se realiza la emblemática toma de la Casa Central de la Universidad, exigiendo la salida del rector por parte del alumnado. Durante los meses siguientes vinieron importantes sucesos que terminaron el 14 de diciembre del mismo año con la elección por parte del claustro del nuevo rector, Fernando Castillo Velasco, miembro del Partido Demócrata Cristiano.

⁷⁰ Estos alumnos formaron en parte el llamado “Comando de Defensa de la UC”.

La reforma se empieza a construir entonces desde 1968. Siguiendo a Garretón, sus grandes ejes fueron: a) Los avances por consenso; b) el rol de los profesores en la implementación de la reforma; c) el quiebre del movimiento estudiantil, y la salida del PDC de la FEUC y la posterior entrada del movimiento gremial en la Federación.⁷¹ Los primeros pasos que se llevaron a cabo fueron en términos de la participación estudiantil, la cual se vio directamente beneficiada con la reforma⁷²; la composición del Consejo Superior, que pasó a integrar a alumnos, profesores y funcionarios; y finalmente, entre otras áreas de mucha importancia, la nueva composición de la estructura académica, que incluirá Departamentos, Institutos, Escuelas y Centros, los que formarán parte de la nueva estructura educativa y del proyecto de Universidad más conectada con el pueblo de Chile.

Importancia también en el proceso de reforma, previo al gobierno de la Unidad Popular, tiene la creación del Departamento Universitario Obrero Campesino, más conocido como DUOC. Esta división se creó en 1968, y tenía como misión *“capacitar y perfeccionar técnicamente a los trabajadores chilenos y sus familias, y el desarrollo cultural y artístico del trabajador”*⁷³. Su historia, interesante y dinámica, no es objeto de nuestra investigación, aunque para los

⁷¹ GARRETÓN. Op. cit. p.33

⁷² El rector propuso al Consejo “la participación estudiantil en la elección de autoridades y en la activa participación, con derecho a voz y voto, en los consejos que rigen la vida de la universidad, y por consiguiente también el Consejo Superior”.

⁷³ GARRETÓN. Op. cit., p. 196.

que conocen su importancia en el presente (y su gran diferencia actual con los motivos que inspiraron su creación) no queda más que señalar que su importancia ha sido fundamental.

Todos estos anhelos de reforma, se hayan o no implementado dependiendo de las distintas facultades, terminó abruptamente el año 1973, cuando se iniciaron de inmediato y sin tardanza los procesos de Contrarreforma por el Gobierno Dictatorial que se instauró en el país, que entendió que la eliminación de los avances generados en conjunto entre estudiantes y académicos era un paso fundamental para volver a poner las cosas en su lugar.

2.2.1 Indicios de Reforma en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica

Como ya se analizó, el proceso de reforma en la Universidad Católica fue muy importante, ya que fue la famosa toma de esta Universidad el punto de inflexión que finalmente generó los aires de cambio radical en todas las universidades del país.

Dentro de los cambios que se estaban generando en casi todas las facultades de esta casa de estudios, la Facultad de Derecho históricamente tuvo una visión disidente. Junto a facultades como Agronomía formaron los

comandos de defensa de la Universidad, que se opusieron tenazmente al Rector, e incluso propiciaron su renuncia, cual tuvo una duración en tiempo muy corta, al ser electo nuevamente en el cargo por el claustro académico. Fueron presidentes del Centro de Estudiantes, durante esos agitados años, personas como Jaime Guzmán Errázuriz (1968), -quien lideró, luego del Golpe Militar, los procesos de contrarreforma y la redacción de una nueva constitución para Chile-, Sergio Gutiérrez (1968) y Arturo Yrarrázaval -quien fuera a su vez decano de la Facultad durante los años 2003 a 2010.

Sin perjuicio de lo anterior, en las aulas de esta Facultad, y bajo un sentido mucho más académico que político, se fueron generando propuestas al estudio de la disciplina, que propusieron cambios sustanciales, precedidos de una profunda reflexión, a la forma en como se venía enseñando el Derecho en Chile, y haciendo oídos a los cambios que también se estaban generando en otras universidades. Señala el Decano en su mensaje a la comunidad universitaria respecto a la reforma en la Facultad:

“En primer lugar, creemos firmemente que el Derecho en cuanto ciencia que regula las relaciones sociales, desde el punto de vista de la virtud de la justicia, tiene un aporte insustituible que entregar al proceso de transformaciones de todo orden que convulsiona al mundo contemporáneo.

*(...) nuestra comunidad académica estimó que el antiguo enfoque de los estudios jurídicos, con la consiguiente estructura curricular, sistemas metodológicos y de evaluación, etc. no podían ser mantenidos sin profundas modificaciones. Señalar y fundamentar las nuevas concepciones que orientan a la Reforma, y exponer las consecuencias prácticas que de ellas surgen, es precisamente la ardua labor emprendida por nuestra Facultad (...)*⁷⁴

La comisión de reforma fue integrada por los profesores José Luis Cea, Andrés Cuneo, Enrique Cury, Hugo Hanisch, Jaime Martínez y Sergio Yáñez⁷⁵, quienes propusieron al Consejo Académico los cambios necesarios. Este consejo fue ad-hoc, y entre sus novedades está la inclusión de miembros del plantel académico antiguos -que fueron básicamente las autoridades de la Facultad-, académicos nuevos -entre los que se encontraba el mismo profesor Cea, Sergio Díez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz, Julio Philippi, Alejandro Silva Bascuñán, entre otros- e incluso representantes estudiantiles, entre ellos el presidente subrogante del Centro de Estudiantes, Raúl Lecaros Zegers, quien también fue Decano de esta Facultad.

Las críticas que realiza esta comisión a la forma en cómo se enseñaba el Derecho son a lo menos muy interesantes, señalando en sus líneas *“Entendido*

⁷⁴ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, Escuela de Derecho. Reforma Escuela de Derecho Universidad Católica 1969-1970. Santiago. S/E. 1970. s.p.

⁷⁵ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Op. Cit. p. 2.

*el Derecho como una normativa de índole social, viva y en constante evolución, jamás ha estado y estará en crisis, pero, en cambio, está en crisis el Derecho concebido solamente como un conjunto de reglas escritas, axiomáticas, inmutables y formales, que no pueden ser evaluadas, y, en caso necesario, reformadas para que satisfagan las inquietudes del hombre y encaucen la sociedad hacia el Bien Común*⁷⁶ Señalan que el fundamento de la Reforma *“ha de hallarse en el concepto de Derecho bosquejado, íntima e indisolublemente ligado con el más perfecto y rico que es el de Derecho Natural, según el criterio que emane de la enseñanza magisterial de la Iglesia”*⁷⁷ lo que nos da a entender que los tintes reformistas en esta Universidad fueron marcados profundamente por las directrices de la moral católica.

Dentro de los métodos de enseñanza se menciona el conocimiento sobre la información relativa al Derecho positivo y vigente, señalando al Decreto Ley como “legislación irregular”⁷⁸

De la simple lectura de los principios que informaron a esta reforma realizada a los estudios de Derecho, se puede ver un marcado catolicismo⁷⁹, currículum flexible que incluye a las ciencias sociales, la filosofía y la historia

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Op. Cit. p. 4.

⁷⁸ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Op. Cit. p.9.

⁷⁹ Ver en la declaración de principios de este libro: “Catolicidad de la Escuela de Derecho” (p.6) y “Finalidades de la Escuela” (p.7)

dentro del estudio de los alumnos, como así también ramos facultativos y de investigación.

En relación al currículum de la época (que tenía carácter rígido), se hizo bastante hincapié por la comisión la necesidad de cambiar la estructura vigente por una nueva: *“Como se ha dicho anteriormente, nuestra época presenta el cuadro de un mundo en un proceso rápido de transformación, que exige una pronta modificación y adecuación de las estructuras a la nueva realidad social. Este fenómeno repercute necesariamente en el tema del Derecho (...) que se encuentra en la necesidad de ir adaptándose a la dinámica del desarrollo de nuestra época, para poder preservar con eficacia su normatividad. El pensamiento jurídico, en el curso de este proceso, ha sufrido modificaciones profundas, y las seguirá sufriendo, aunque todavía no se captan quizás en su integridad todos sus alcances, o aunque algunos juristas no lo perciban y mantengan una posición estática, que los aleja cada vez más de la realidad social”⁸⁰.*

Sigue señalando la comisión de reforma, en un análisis por cierto muy sensato: *“Si se persiste en los planes de estudio y sistemas de enseñanza actuales, se corre el riesgo de que las generaciones futuras que egresen de la Universidad, contribuyan a ahondar la contradicción entre la legislación positiva*

⁸⁰ Véase documento número tres de la comisión de reforma en PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Op. Cit.

y la realidad (...). La falta de adecuación entre la legislación positiva y la realidad social y económica de su época, constituye una de las formas más peligrosas de decadencia y derrumbe de las instituciones”. El análisis resalta por la claridad y el entendimiento de que bajo las estructuras ya establecidas, no quedaba mucho que esperar hacia el futuro.

Luego de este análisis proponen un currículum flexible, señalando someramente que sus fundamentos radican en su respuesta a la necesidad de un pluralismo metodológico. Indican también que la flexibilidad permite a la enseñanza un eficaz modo de adecuación a las necesidades del estudiante, quien puede ir moldeando su estudio de manera tal que pueda orientarse a lo que le interesa. De esta forma, el nuevo currículum tendría: a) un mínimo común y obligatorio, con los ramos esenciales de la carrera (derecho civil, procesal, constitucional, etc.) y b) un currículum complementario, que incluye un programa optativo y facultativo. Finalmente establecen que la forma de llevar a cabo la flexibilización del currículum necesariamente debe incluir la semestralización de la carrera.

Entrando específica y someramente en la revisión de los planes particulares de la Facultad, podremos apreciar que se hizo una acabada y precisa estructuración de la Cátedra de Introducción al Derecho, la cual se dividió en I y II respectivamente, y que incluiría como punto central el estudio de

las fuentes del Derecho en particular. Conceptos como “la crisis del derecho” ya aparecían en estos programas⁸¹

2.3 La Reforma Universitaria: el caso de la Universidad de Chile

Los procesos de Reforma en la principal universidad del país comenzaron de forma más gradual. Al contrario de lo que ocurrió en la Universidad Católica, donde el Rector de la época se oponía tenazmente a cualquier intento reformista que implicara ya sea formas de cogobierno o cambios estructurales en la forma de hacer Universidad (especialmente entendiendo los mandatos de la Iglesia de aquellos tiempos), la Universidad de Chile contaba con representantes -ligados a la Democracia Cristiana- que trabajaron, al menos en sus comienzos, junto a una Rectoría -dirigida por el Sr. Eugenio González- progresista y abierta a cambios graduales en la forma en cómo se llevaban los destinos de la casa de Bello.

Mucha información existe ya en relación a los procesos internos que se llevaron durante la Reforma⁸², en los cuales no consideramos necesario ahondar. Sin embargo, nos permitiremos hacer una breve reflexión en relación

⁸¹ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Op. Cit. p. 59.

⁸² En relación a estos temas, véase: HUNEEUS, CARLOS. La reforma en la Universidad de Chile. Santiago. Editorial Corporación de Promoción Universitaria. 1973 y GARRETÓN, MANUEL y MARTINEZ, Javier: “La reforma en la Universidad de Chile”. Santiago, Ediciones Sur. Tomo III, 1985.

a la forma en como los profundos procesos de cambio llegaron o no a influir en los programas, en la forma en cómo se enseñaba en las aulas.

Lamentablemente, y al menos en este plantel de estudios, la Reforma tuvo tintes excesivamente políticos. Pasó de un importante ideal de Universidad a un mero cuoteo político, en el cual cada Facultad tenía distintas propuestas dependiendo del grupo que la controlara ya sea directa o indirectamente. Inicialmente las posturas estaban de acuerdo en avanzar hacia un proyecto progresista de Universidad, en el cual la FECH colaboró de forma activa y sin entrar en ánimos confrontacionales. Al respecto señala Huneus: *“Es interesante destacar la existencia de buenas relaciones entre el Rector de la Universidad y la directiva de la FECH, que se remontaba años atrás, y que fue particularmente provechosa con Juan Gómez Millas y seguidas en este camino por González. Este clima de cooperación y diálogo hizo de la FECH un interlocutor escuchado y respetado por la autoridad universitaria...”*⁸³.

De esta forma, en 1964 se iniciaron los primeros planteamientos reformistas, que en su gran mayoría sólo tenían aristas académicas: *“Sus primeras elaboraciones (las del movimiento estudiantil) se refieren a la estructura universitaria. Señalan la necesidad de despersonalizar las cátedras, haciéndolas una responsabilidad colectiva que vincule las funciones de*

⁸³ HUNEEUS, Carlos. La reforma universitaria, veinte años después. Santiago, Corporación de Promoción Universitaria. 1988. p.84

*investigación, docencia y extensión, y de organizarlas en departamentos. Se refieren a las reestructuración de las Facultades en términos de concentrar las disciplinas en el marco de las áreas del conocimiento*⁸⁴. Se criticaba en general lo “profesionalizante” de la Universidad, y que a través de esto no daba cabida para el ejercicio de una verdadera educación.

El problema se generó cuando se pasó de cuestionar el modelo educativo interno de la Universidad, a la forma en como los estudiantes participarían en el devenir de ella. Por un lado se planteaba la idea de la representación colegiada, con derecho a voz pero sin voto, mientras que por otro lado se pensó la participación total, con posibilidad de elegir a las autoridades. De esta forma pasaron los años y se agudizaron los conflictos, centrándose principalmente en esta pugna.

Sin perjuicio de que lo grandes conflictos se desarrollaron en relación al cogobierno en la Universidad, se lograron avances en materia académica. La FECH en sus congresos planteaba, en relación a la docencia, investigación y extensión: reorganización de la docencia, formación integral, currículum flexible, romper el monopolio semi-personal de la cátedra, que las mismas se agrupen en departamentos, entre otras⁸⁵.

⁸⁴ GARRETÓN, Manuel Antonio. Op. Cit. p. 17.

⁸⁵ GARRETÓN, Manuel Antonio. Op. Cit. p.22.

Hasta el momento que nos atañe en esta investigación, sólo existieron planteamientos generales y poco o nada de implementación. El final de los años 60 en la Universidad de Chile fue un tiempo de reflexión continua respecto a la forma de hacer Universidad. Hubo mucho de idealismo, de entender que los cambios que se propugnaban ya sea desde los profesores agrupados o desde los estudiantes eran tareas de vital importancia y que definirían en gran parte al país hacia el devenir. Esto es lo que nosotros destacamos, finalmente, entre todos los esfuerzos que se realizaron, a pesar de todos los desencuentros de tinte político que se dieron ya sea en la elección del Gobierno Universitario, de la forma de participación estudiantil, de las tomas, etc. Hubo un esfuerzo mayor por llevar a la Universidad a servir a Chile de una manera más completa.

La polarización política que se dio en la Universidad retrasó en gran parte el proyecto de Reforma, aunque, mirado desde la privilegiada mirada que nos ofrece el presente reflexivo, podemos concluir que ninguno de sus esfuerzos dio frutos, ya que la intervención militar de 1973 trajo consigo la aparición de la contrarreforma que se encargó de cercenar académica y financieramente a la Universidad.

2.3.1. La reforma en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile durante los años 60.

Propuesta inicial de los estudiantes. En Chile el estudio del Derecho ha sido liderado en gran parte por la labor académica desarrollada por nuestra Facultad. Al ser la primera y la más tradicional, fue en ella donde se empezaron a vislumbrar los cambios que necesariamente debía experimentar la forma en cómo se enseñaba la ciencia jurídica. Este cuestionamiento tuvo como importante motor la labor de los estudiantes, que una vez más fueron pioneros en los cambios que debían realizarse a futuro.

Bajo el lema “Acuerdos”, se realizó durante los días 5, 7, 8 y 9 de septiembre de 1962 la Convención de Reforma de los Estudios de Derecho, llevada a cabo por el entonces Centro de Alumnos de la Facultad, que contó con participación activa y representada de todos los sectores del alumnado. Señalaba su presidente, Luis Maira:

“El proceso de transformación y ajuste de las viejas estructuras, característico de la última hora en nuestro continente no es un fenómeno ajeno a la Universidad. Muy por el contrario. Esta, como comunidad espiritual de las diversas orientaciones del pensamiento, la ciencia y la técnica que enfrentan dicha realidad, necesita experimentar en su seno todo un proceso de cambio. Esta situación ha transformado el sentido de la labor de todos los que, sintiéndose parte vive y responsable de la Comunidad Universitaria, anhelan su perfeccionamiento. El imperativo de la Reforma en profundidad que le permita

*a la Universidad en nuestro continente reducir la nueva estructuración jurídica, social y económica, ha superado definitivamente la corrección de errores como actitud*⁸⁶.

Con la misma intensidad señalaban los estudiantes:

“Consideramos que toda reforma responde a un estado de espíritu y este no puede ser el de comunión explícita o tácita con el régimen universitario existente. Es deber de la Convención de Reforma tocar la esencia del régimen mismo...

...Estamos sufriendo nuevas necesidades, sufriendo el anquilosamiento de la cátedra, la esterilidad de los seminarios, en tanto nuestra sociedad vibra en sus cimientos dentro de todo un proceso revolucionario...

¿Qué es ante todo la Universidad? La Universidad es ante todo un ente social, una comunidad espiritual integrada en el seno de la Comunidad Nacional y colocada al servicio de ésta. La Universidad se justifica en cuanto está al servicio de la comunidad favoreciendo la transformación de su realidad.

⁸⁶ CONVENCIÓN de Reforma de los Estudios de Derecho. “Convención de Reforma de los Estudios de Derecho” Escuela de Derecho. (Santiago, Chile). 1962. p.1

*... (En el plano docente) Notamos una distorsión entre la realidad de nuestra patria y sus problemas y la enseñanza de nuestra Universidad, una falta de renovación constante de planes y programas de estudio; una orientación profesional mal entendida que excluye la formación integral del integrante, situación que se agrava por la renovación acelerada de la ciencia y la técnica; una falta de formación y promoción de los docentes”.*⁸⁷

De lo anterior podemos colegir que los estudiantes, a esa altura, ya se encontraban plenamente conscientes de las graves deficiencias que los estudios de la ciencia jurídica tenían, no solo para ellos como estudiantes, sino a la vinculación que según ellos debería existir entre la labor universitaria y la conexión con la comunidad. 5 años antes de la Reforma Universitaria, la Escuela de Derecho realizaba su primer aporte a los cambios que se desarrollarían en el futuro.

La convención de reforma se reunió y trabajo en relación a 7 ejes temáticos, a saber:

- i) Sistema de Ingreso
- ii) Control de Estudios
- iii) Programas de Estudio

⁸⁷ CONVENCION. Op. Cit. p. 9.

- iv) Práctica Jurídica
- v) Investigación Jurídica
- vi) Doctorado y Carrera Docente
- vii) Extensión Jurídico Cultural.

Para esta investigación sólo nos detendremos en los programas de estudio.

La comisión número 2 tuvo la labor de hacer un análisis de la situación de ese momento referida a los planes y programas, y de proponer soluciones que orienten a las personas que a futuro tendrían en sus manos la labor de llevar a cabo la Reforma. Se critica a grandes rasgos la poca integración de las Ciencias Sociales en la malla de la Facultad, la falta de formación básica y complementaria, la llamada “doble rigidez” de los programas, que “obligan a los alumnos a adelantar su formación a un mismo programa y a todos los profesores a ceñirse a un mismo programa para enseñar”⁸⁸. Critican a su vez que muy poco se ha cambiado desde la Reforma de 1902, que en sus bases seguiría presente, y la notoria falta de actualización de los estudios de Derecho y su capacidad de adecuarse a los cambios que se producen en la sociedad.

⁸⁸ CONVENCION. Op. Cit. p. 23.

Respecto a la enseñanza de algunas materias en específico, juzgan los estudiantes el hecho de que en distintas cátedras se enseñen los mismos contenidos, como ocurre especialmente respecto de esta investigación en las Fuentes del Derecho, que se revisan tanto en Introducción al Derecho como en Derecho Constitucional.

A través de este duro diagnóstico los estudiantes proponen que haya cambios importantes que conlleven: i) Formación Integral, capacitando al estudiante en áreas distintas a la ciencia jurídica propiamente tal; ii) Formación jurídica básica y especializada, que permita al estudiante tener una visión general del Derecho y a su vez capacitarse en lo que él estime pertinente; iii) Semestralización; iv) Revisión permanente (anual) de los planes y programas; v) Definición clara del concepto de cátedra; y vi) Fortalecer el aporte de la Facultad en la discusión legislativa del país.

Notamos la ausencia de propuestas como la creación de Departamentos que unan a las cátedras afines, cambio que de todas maneras se llevará a cabo durante los procesos de reforma que estallarán desde 1970.

La reflexión hecha por los estudiantes de la época es importante para entender el sentir de ellos mismos, sus inquietudes con una forma de enseñar que no satisfacía sus inherentes necesidades de cambios profundos en la

sociedad. Sentían, seguramente, que la escuela no les fomentaba en gran manera el espíritu crítico, el poder adaptarse a los vaivenes de la sociedad, y especialmente el entender que el Derecho debe estar al servicio de quienes viven en el país. Los turbulentos años 60 llevaron a los jóvenes a cuestionarse aún más que sus antecesores la enseñanza de la ciencia jurídica, porque veían en ella una fuerte herramienta para acelerar los cambios.

La Reforma de 1966. Siguiendo los aires de cambio que corrían en la mayoría de las Universidades del país, pero a la vez anticipándose a reformas que se produjeron a nivel Universitario tanto en la casa de Bello como en otras instituciones, la Facultad de Derecho, desde el año 1966, pasó de las discusiones a la acción concreta, iniciando progresivamente, desde ese año, una importante reestructuración de la forma en cómo se estudiaba la carrera. Señalaba en aquellos años el Sr. Decano, Eugenio Velasco Letelier, en su recepción a los nuevos estudiantes:

“...Si hemos decidido romper hoy nuestra tradicional y fría sobriedad, es porque queremos destacar y solemnizar el inicio de una nueva jornada verdaderamente trascendental en la formación de los hombres de derecho de Chile y, por ende, en el desarrollo mismo de los fenómenos de progreso de la comunidad nacional...”

...la propagación de los conocimientos y de la cultura y el advenimiento de nuevas concepciones políticas y socio-económicas más humanas y más justas, despiertan en millones de seres la conciencia actuante de su derecho a una vida mejor que les haga partícipes de un bienestar material y espiritual que ya no imploran como caridad sino que reclaman como suyo.

...El veloz proceso se expresa en nuevos principios filosófico-jurídicos como el de la objetivación o socialización de las normas que extiende y enfatiza el predominio del bien común por sobre el interés privado.

Ante este cuadro vivo y elocuente, el abogado, el hombre de derecho, no puede permanecer estático. Debe prepararse y formarse en términos que le permitan mantenerse siempre lozano para servir en las nuevas circunstancias y también para operar frente a ellas como un factor positivo y altamente constructivo en la elaboración de las expresiones jurídicas que reclaman...

Finalmente, es sustancial en la reforma la adopción definitiva e integral de la enseñanza activa, en que el alumno deje de ser un repetidor de las explicaciones magistrales del profesor para transformarse en un investigador

*por sí mismo, en un hombre pensante que vive el derecho a través de sus lecturas, seminarios, foros diálogos y personales cavilaciones y experiencias*⁸⁹.

La introducción que hace el Decano a los alumnos no es más que la ansiada reforma a los estudios de Derecho que se venían planeando desde 1964 y que le fue encargada a la Honorable Comisión de Docencia⁹⁰, que estableció los cambios que se realizarían en todos los niveles, que fueron, realizados, a modo de síntesis, de la siguiente forma:

1. Jornada de Trabajo: 37 horas semanales, siendo las clases de la mañana para cátedras magistrales y las de la tarde para trabajos complementarios.
2. Plan de Estudios: Incluye en primer año a Derecho Romano, Introducción al Derecho, Doctrina Política, Teoría Económica, Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile, Sociología e Introducción a la Filosofía.
3. Método de enseñanza: Clase magistral y trabajos complementarios.
4. Evaluaciones: Dos interrogaciones anuales, una por semestre.

⁸⁹ "Reforma a los Estudios Jurídicos". Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1966, en Anales Escuela de Derecho Universidad de Chile. Cuarta Época - Vol. VI - año 1966 - No. 6. p. 13.

⁹⁰ Esta comisión sesionó 51 veces, entre el 2 de junio de 1964 y el 4 de enero de 1966, y tuvo entre sus destacados miembros a profesores como Darío Benavente, Eugenio Velasco, Enrique Silva, Miguel Schweitzer, Máximo Pacheco, Avelino León, y en representación de los estudiantes a Juan Facuse, José Miguel Insulza, entre otros. Actuó de Secretario quien tuviera a su cargo años más tarde el curso de Introducción al Derecho, Sr. Pablo Rodríguez Grez.

5. Exámenes: Uno al año, por cada cátedra.

Nos parece muy interesante que estos profundos cambios a la forma en cómo se venía desarrollando la enseñanza en la Facultad hayan ocurrido antes de la gran reforma que se llevó a nivel de la Universidad. En el modo en cómo hemos desarrollado este título, podremos ver que las inquietudes por cambios partieron en los años 60 con convenciones realizadas por los propios estudiantes (una vez más a la vanguardia de las reestructuraciones), las cuales produjeron eco en la comunidad, y que desde los años 1964 a 1966 centraron esfuerzos conscientes y profundos por parte de los más importantes profesores que en aquellos años tenía la Facultad.

Como podemos ver y sentir, estos cambios respondían a la profunda necesidad de que los estudios se adaptaran a los nuevos aires de cambio que traía consigo esta época. Se entendió por parte de toda la comunidad, conteste a pesar de sus diferencias políticas, que era imperativo adaptar a los nuevos estudiantes a una sociedad dinámica, que se estaba concientizando rápidamente y exigía los cambios no para el futuro, sino para ese determinado momento.

Planteamiento de Eduardo Novoa Monreal. El conocido jurista y profesor de nuestra Facultad, Eduardo Novoa Monreal, quien será objeto de estudio en el próximo capítulo de nuestra investigación, formuló sus

apreciaciones en relación al estudio de las Ciencias Jurídicas, en el marco de los trabajos realizados por los grupos de reforma durante el año 1969. Consideramos importantes sus apreciaciones, en el sentido que nos ayudan a entender la forma en cómo él concebía debían llevarse a cabo los estudios de Derecho en Chile. Sus ideas no fueron finalmente consideradas por las Convenciones de Reforma de la Escuela, aunque, sin que se llevaran al debate, podemos ver que muchas de sus ideas si se discutieron, y más de alguna se llevó al papel de la reforma.

En relación a la enseñanza del Derecho, señaló:

“La enseñanza del Derecho debe poner acento sobre la primacía del bienestar colectivo por sobre los intereses individuales, señalar la importancia de la solidaridad entre los hombres y hacer resaltar los deberes que cada individuo tiene frente a la comunidad...”

“Los programas de estudio deben ser estructurados en forma que el estudiante adquiera previamente los conocimientos básicos generales, para luego entrar en el estudio particularizado de una especialidad. Tales programas habrán de permitirle un avance gradual en sus conocimientos y facilitarle su adscripción final a una especialización determinada...”

“Los programas incluirán, necesariamente, varios ramos no jurídicos aptos para proporcionar al estudiante una visión más global del mundo y la cultura, dentro de los cuales él elegirá los que vayan mejor con sus preferencias o disposiciones.

*...La labor esencial (de un jurista) ha de ser, por consiguiente, la de llegar a determinar las características de una nueva sociedad y su forma de organización, y ella habrá de cumplirla el área de Ciencias Jurídicas conjuntamente con otras áreas u organismos universitarios que tengan a su cargo el estudio e investigación de las demás ciencias sociales”.*⁹¹

La Reforma de 1970. Al parecer los cambios propuestos 4 años antes desde Decanato y por la Comisión de Docencia no fueron lo suficientemente profundos como para satisfacer el ánimo de reestructuración que se llevaba a cabo no sólo en la Facultad, sino también en el país. La Reforma en la Universidad de Chile en general ya se encontraba acelerada y en proceso de aplicación, y creemos que no se puede obviar el contexto social y político de la época, meses antes de iniciarse el Gobierno de la Unidad Popular, dirigida por Salvador Allende Gossens.

⁹¹ NOVOA MONREAL, Eduardo. Obras Escogidas. Una crítica al Derecho tradicional. Santiago. Ediciones del Centro de Estudios Públicos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993. p. 401 y ss.

La revisión al método de enseñanza que tuvo lugar durante ese año intentó ahondar los cambios generados en 1966. Una vez más, fue propuesto por los estudiantes. Éstos, con fecha 31 de marzo de 1970, solicitan al Consejo Normativo que se llame a una Convención de Reforma, la cual fue aceptada. Con esto, se hizo un llamamiento tanto a académicos como estudiantes para que se llevara a cabo tal convención, la cual se celebró durante el mes de abril⁹². Hubo variadas sesiones, donde se analizaron los cambios propuestos. Con fecha 8 de mayo de 1970, se aprueban las bases de la Reforma. Eugenio Velasco, Decano de la Facultad, comenta al Rector que la Reforma se llevará a cabo de forma inmediata⁹³, señalando su disconformidad respecto de esta pronta aplicación sin la aprobación del Consejo Superior y del Rector.

Los fundamentos esenciales de esta Reforma, y sus principios, se pueden resumir según lo señalado en las propias “bases para un plan de estudios”:

“El carácter finalista de todo plan, la misión social de la Universidad, la situación de crisis estructural y el creciente cambio social hacen necesario que los estudios jurídicos se adecuen a la realidad para satisfacer las necesidades de recursos humanos especializados de toda la comunidad. Frente a la

⁹² Anales Facultad de Derecho Universidad de Chile. Memoria Escuela de Derecho. 1971. Cuarta Época, VOL XI. p. 82.

⁹³ ANALES. Ibídem. p.83.

*concepción clásica del abogado de ejercicio liberal en defensa de los intereses meramente individuales surge la falta de especialistas que, con la debida formación jurídica, participen en la planificación, asesoramiento y ejecución de las complejas tareas relativas al desarrollo nacional... y que dominen novísimas disciplinas jurídico-económico-sociales que actualmente predominan sobre las ramas clásicas del Derecho*⁹⁴

Dentro de los mayores cambios que podemos apreciar en esta Reforma, está todo lo concerniente a la departamentalización de la Facultad, aspecto que no se incluyó en 1966 y que ahora pasaría a tener plena eficacia. Recordemos que este fue uno de los puntos importantes propuestos dentro de la Reforma estructural de la Universidad de Chile. También se incluye la semestralización y cambios importantes referidos a la Memoria y Examen de Licenciatura⁹⁵.

En relación a la departamentalización, se crean los siguientes departamentos:

1. Departamento de Ciencias de Derecho.
2. Departamento de Derecho Privado
3. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

⁹⁴ ANALES. *Ibíd.* p. 89.

⁹⁵ Para mayor análisis respecto a estos cambios, ver OMEROVICH, SERVANDO: "Historia de la Escuela de Derecho a través de su Malla Curricular" (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2009. p.98 y ss.

4. Departamento de Ciencias Penales y Criminología
5. Departamento de Derecho Económico
6. Departamento de Política y Acción Social
7. Departamento de Ciencias de la Administración y Derecho Administrativo
8. Departamento de Derecho Procesal
9. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

El Departamento de Ciencias del Derecho tendría por misión “El estudio del Derecho en sí, como fenómeno social, en sus proyecciones epistemológicas, históricas y filosóficas”⁹⁶. La cátedra de Introducción al Derecho encontraría su lugar en este Departamento⁹⁷. Su primer Director fue el Profesor Alamiro de Ávila Martel, quien fuera profesor de Historia del Derecho y Derecho Romano⁹⁸. Interesante es a lo menos mencionar que su contendor en las elecciones para ser director del Departamento fue el destacado profesor de Derecho Penal Eduardo Novoa Monreal.

Es así que la Escuela, en sintonía con el clima de cambio, se va adaptando a la nueva realidad, y establece un nuevo plan de estudios reflexivo, con un evidente carácter social, que prescinda en parte de las antiguas estructuras de enseñanzas basadas en los ramos tradicionales, dando la opción

⁹⁶ ANALES. Op. cit. p. 83

⁹⁷ Véase “Reglamento de Departamentalización” en Anales antes citado. p. 85

⁹⁸ Véase Memoria del Departamento de Ciencias del Derecho, en Anales antes citado. p. 147.

a los estudiantes de elegir, dentro de la formación jurídica clásica, la formación integral. Analizando y viendo los planteamientos llevados a cabo entre los años 1970 y 1973, nos parece claro que la dictadura militar viera con escepticismo estos cambios, que finalmente fueron tildados de “marxistas” y llevaron al conocido proceso de contrarreforma de la Escuela.

2.3.2 El Estudio del Decreto Ley en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Breve Análisis de los Programas de Introducción al Derecho de esos años, Materiales que se consultaban, cambios a la Metodología de Estudio

La cátedra de Introducción al Derecho, en los orígenes de la Facultad y también de la Universidad de Chile fue propuesta por don Rafael Fernández Concha en 1857, para de esta manera reemplazar a la cátedra de Derecho Natural, con el objetivo de “enseñar al jurista de la puerta de sus estudios, el enlace que tiene la ciencia a que se dedica con la ciencia general”⁹⁹. Luego de esto la cátedra fue nuevamente propuesta en forma previa a la Reforma de 1902, por don Alejandro Álvarez, lo que no fue acogido por la comisión¹⁰⁰. Antes de esta época, y durante el primer año de la carrera, en nuestra Facultad se cursaron cátedras como Derecho Romano, Derecho Natural, Filosofía del

⁹⁹ Citado por el Profesor Adolfo Carvallo en su obra “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales” Santiago. Ed. Jdca. 1956. p.58

¹⁰⁰ *Ibíd.*

Derecho y Derecho de Gentes, donde de una u otra manera se preparaba a los estudiantes para los desafíos que propondría la enseñanza de esta disciplina en el futuro, pero sin abarcar las materias que estudiamos hoy en día en forma integral¹⁰¹.

Fue también planteada la creación de este curso durante las reformas que se realizarían a la Escuela de Derecho, entre los años 1920 y 1924, que se referían al plan de estudios y a la carrera en sí. En la formulación de este anteproyecto trabajaron insignes profesores de la época como Ruperto Bahamonde -quien era Decano de la Facultad,- Oscar Dávila, Moisés Varas y Daniel Martner. Dentro de sus propuestas para la malla curricular de primer año se señalaba debía existir la cátedra “Introducción al Estudio del Derecho”. Finalmente, y en el proyecto presentado a la Rectoría por el antes mencionado Decano, se sustituyó la cátedra de Introducción al Derecho por la de Filosofía Política¹⁰², dándole de la misma forma más tiempo a ramos como Derecho Civil y Procesal.

La cátedra, en la forma que la conocemos hoy, se inició de manera definitiva en el año 1928, donde se realizaron importantes modificaciones a la

¹⁰¹ Para más información sobre la historia de la Facultad, revisar: BAEZA MARAMBIO, Mario: “Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile”. Santiago, Escuela de Derecho p. 106 y ss.; OMEROVICH, SERVANDO: “Historia de la Escuela de Derecho a través de su malla curricular” (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2009.

¹⁰² BAEZA MARAMBIO, Mario: “Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile”, Santiago, Escuela de Derecho. p.213.

mencionada reforma, entre ellas, la inclusión, en primer año, del ramo obligatorio de Introducción al Estudio del Derecho. Se incluyó a su vez el ramo de Sociología para los noveles alumnos¹⁰³.

El plan de estudios que rigió a los alumnos de Derecho durante los años que estudiamos en este capítulo fue aprobado durante el año 1950¹⁰⁴, y en lo referente al programa de Introducción, podemos apreciar que el capítulo IV se llamaba “El Derecho”, e incluía sus fuentes, a saber:

- a) La costumbre: concepto y formación. Su influencia en la vida del Derecho. Su valor en nuestro derecho positivo.
- b) La Ley. Etimología. Concepto. Diversas clases de leyes. Formación de la ley. Efectos de la ley en cuanto al tiempo y en cuanto al territorio. Interpretación. Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad. Derogación.
- c) Técnica jurídica y codificación.
- d) Reglamentación de las leyes.
- e) La jurisprudencia. Concepto e influencia en la vida del Derecho. Sistemas de jurisprudencia.
- f) La doctrina. Concepto y valor.

¹⁰³ BAEZA MARAMBIO, Mario, Op. Cit. p. 221.

¹⁰⁴ Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. “Programas de Estudios”. 1950.

Podemos apreciar de esta forma que no existe una referencia clara y precisa en torno al estudio del Decreto Ley, lo que nos hace pensar que durante esos años el tema no revestía de mayor importancia para la Comisión que creó estos planes y programas. A su vez, el programa de Derecho Constitucional también omitió referencia alguna a este tipo de ley¹⁰⁵

Cambios en los programas y Reformas. Recordemos, tal como lo señalamos en el apartado anterior, que los estudios de Derecho se habían reformado en 1966, y a consecuencia de estos cambios, el plan de estudios para primer año incorporaría la cátedra de Introducción al Derecho (anteriormente se llamaba Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales), que se estudiaría durante 6 horas y medio cada semana, siendo 4 horas para clases magistrales y 2 horas y media para trabajos complementarios. A su vez, la estructural Reforma de 1970 incluía Introducción al Derecho durante primer año, aunque con la posibilidad de omitir su estudio, optando por Economía.

Será importante entonces, para efectos de esta Memoria, revisar someramente la historia de la cátedra durante esos años, incluyendo a los Profesores que la enseñaban y la forma en que se plasmó esta fuente en sus libros.

¹⁰⁵ En este sentido, el programa sólo se refiere a la ley en su concepto y formación.

2.3.3 Profesores que enseñaron Introducción al Derecho. Sus planteamientos.

Durante los años 60, importantes profesores desarrollaron en las aulas de nuestra Escuela la cátedra de Introducción al Derecho, entre los que podemos mencionar:

- Aníbal Bascuñán Valdés
- Máximo Pacheco Gómez
- Antonio Bascuñán Valdés
- Benjamín Cid Quiroz
- Pablo Rodríguez Grez
- Jorge Hübner Gallo
- Miguel Luis Amunátegui
- Adolfo Carvallo Concha
- Alfredo Nazar Riquelme

¿Cómo enseñaban esta fuente del Derecho estos profesores en aquellos años? ¿Se referían a la problemática que existía en torno a la validez de los Decretos Leyes? ¿Era un tema de importancia relevante dentro de los contenidos del curso? Las respuestas a estas interrogantes nos obligan a revisar las publicaciones hechas por algunos de estos profesores, ya que

respecto a sus clases no existen apuntes publicados por los estudiantes, con la excepción del Profesor Antonio Bascuñán Valdés¹⁰⁶. Creemos, sin pretender adelantarnos a dar una respuesta, que los caminos de la Reforma no alcanzaron a llegar de pleno en el análisis de esta materia, ya que como conocemos los procesos de contrarreforma impidieron que se realizara una adecuada reflexión de los contenidos, que a la postre llevara un cambio significativo en la formación de los alumnos. A continuación expondremos las ideas principales respecto al tema por los profesores que generaron doctrina durante esos convulsionados años.

2.3.3.1 Aníbal Bascuñán Valdés

No podríamos sino partir nuestra exposición sin mencionar a quien fuera uno de los más importantes miembros académicos de la Facultad durante el siglo pasado. El profesor Aníbal Bascuñán, quien se desempeñó como profesor de la Escuela desde 1931¹⁰⁷, fue formador de muchas generaciones de estudiantes, enseñando en sus dos cátedras más importantes: Historia del

¹⁰⁶ BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio. Apuntes de Clases. Santiago, Central de Publicaciones, Centro de Alumnos Escuela de Derecho Universidad de Chile. 1969.

¹⁰⁷ Véase, para una referencia biográfica del profesor: Avila Martel, A.. El profesor don Aníbal Bascuñán Valdés, miembro académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales **Revista Chilena de Historia del Derecho**, Norteamérica, 029 01 2013. Consultado el jun 19, 2013, de <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/26262/27562>

Derecho e Introducción al Derecho. En relación a esta última, el profesor realiza una brillante reseña de este ramo en su obra *Pedagogía Jurídica*¹⁰⁸.

En relación los Decretos Leyes, señalaba el profesor: *“En los Decretos-Leyes explica Demófilo De Buen, el Poder Ejecutivo asume, por sí, dichas facultades (legislativas) y dicta decretos a los que él mismo atribuye la fuerza de leyes. Ordinariamente, tal cosa ocurre en el curso de períodos turbulentos de nuestra historia, y, por lo común bajo Gobiernos Revolucionarios, pero es perfecta aunque excepcionalmente dable el caso de que el Gobierno de Derecho pase a serlo de Hecho o, mejor expresado, Dictatorial en razón de que la armonía y el juego interdependiente de los poderes públicos en el sistema institucional, se rompe ya por el conflicto de los mismos (nuestra Revolución del 91) (...) provocan el cese insuperable del poder Legislativo, y su reemplazo por el Poder Ejecutivo. Sea por ratificación tácita de la Nación (Planiol), sea por el asentimiento a posteriori de los restantes poderes públicos, ya sea por su aplicación por el Poder Judicial, sea porque el Poder Legislativo los acepta como vigentes para abrogarlos, subrogarlos o derogarlos... el fenómeno histórico-jurídico universal es uniforme en la comprobación de que la realidad triunfa sobre las formas jurídicas”*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BASCUÑÁN, Aníbal. “Pedagogía Jurídica” Cinco estudios. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. 1954. Véase en especial el capítulo III, referido a “La asignatura de Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales”.

¹⁰⁹ BASCUÑÁN, Aníbal. “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales” Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 1960. p.184.

Sobre este análisis se plasma, al igual que otros profesores contemporáneos a él, la idea que compartió la Comisión nombrada por el Gobierno para estudiar los Decretos Leyes después de la República Socialista. De esta forma, se omite hablar sobre su posible validez o legitimidad.

2.3.3.2 Máximo Pacheco Gómez

Insigne profesor de la Facultad de Derecho, fallecido en el año 2012, fue uno de los más importantes profesores que enseñó esta cátedra a los alumnos de primer año, desde 1952. Con anterioridad fue ayudante de don Eugenio Velasco en Derecho Civil y del profesor Carlos Vergara en Introducción al Estudio del Derecho. Es autor, en relación al tema que aquí nos convoca, de importantes obras como “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas”, “Introducción al Derecho” y “Teoría del Derecho”.

Definió la cátedra de Introducción al Derecho como “la disciplina que tiene por objeto reproducir el organismo viviente del Derecho en su unidad orgánica y sistemática; o mejor, como aquella que tiene por objeto la investigación de la totalidad de la experiencia jurídica en su esencialidad sociológica, dogmática y filosófica¹¹⁰

¹¹⁰ Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Vol. XIV. 1950. No. 60 al 67. p. 26.

En su libro “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas”, podemos ver que el profesor no se detiene mayormente en la problemática del Decreto Ley, definiendo a los mismos como *“propios de un Gobierno de facto. Se dictan en ausencia del Poder Legislativo o en virtud de una usurpación de sus funciones. Desde el punto de vista doctrinario carecen de todo valor, sin embargo, en la práctica muchos países los han reconocido”*¹¹¹. Para ese año la problemática al parecer aún carecía de relevancia, y podemos inferir que los alumnos poco o nada discutían en relación al tema.

Distinto es su planteamiento en su obra de 1976, “Introducción al Derecho”, donde el profesor -quien fuera decano en 1972 y expulsado de la Facultad después del Golpe de Estado, para después volver a su casa de estudios-, donde se detiene con más precisión en esta fuente del Derecho, lo que podemos comprender se encuentra motivado por el contexto social y político que agitaba al país en aquellos años, y donde la dictadura de Augusto Pinochet estaba dirigiendo el país de facto a través de estos tipos de leyes. Señala que son:

“Decretos dictados por el Ejecutivo sobre materias propias de una ley, sin autorización del Poder Legislativo”. Respecto a su validez señala: “Ordinariamente esto ocurre (su dictación) cuando se rompe la normalidad

¹¹¹ PACHECO, Máximo. “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas”. Santiago, Editorial Universitaria, 1958. p. 270.

institucional y el gobierno constitucional es derribado por una revolución, un pronunciamiento o un golpe de Estado. En tales casos, las nuevas autoridades prescinden de la Constitución y de las leyes, y legislan mediante decretos que obedecen sólo a su discriminación. Estos decretos son inconstitucionales, por cuanto, como expresa John Locke “no puede ningún edicto de otra autoridad cualquiera, en forma alguna imaginable, sea cual fuere el poder que sustentare, alcanzar fuerza y obligación de ley sin la sanción del poder legislativo que el pueblo ha escogido o nombrado; porque sin esta ley carecería de lo que le es absolutamente necesario para ser tal: el consentimiento de la sociedad sobre la cual no tiene el poder de dictar leyes, sino por consentimiento de ella y autoridad de ella recibida”¹¹².

Muy interesante consideramos también su análisis respecto a la validez *ex-post* de tales decretos. Así, indicada el profesor “Mucho se ha discutido acerca del valor jurídico de los Decretos Leyes. Es evidente que durante el régimen de hecho ellos tienen eficacia. El problema se presenta cuando el país retorna a la normalidad constitucional. ¿Qué valor conservan estos Decretos Leyes de los gobiernos de facto dictados en contra de la Constitución?”¹¹³. Al respecto, el profesor se explaya en relación a lo ocurrido en Chile durante la República Socialista, momento en el cual una comisión nombrada por el

¹¹² PACHECO, Máximo. “Introducción al Derecho”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1976. p. 341.

¹¹³ PACHECO, Máximo. Op. Cit. p. 342

Supremo Gobierno estudió el tema planteando sus soluciones¹¹⁴, quien se planteó a favor de su derogación, entendiendo que si no se procedía de tal forma, se darían incentivos a los movimientos revolucionarios para tomar el poder¹¹⁵

Es interesante notar el cambio dogmático que consagró el profesor en sus libros, lo cual nos hace presumir que pasó a ser un tema de ardua discusión en sus clases, a pesar de las evidentes restricciones que existieron durante esos años.

2.3.3.3 Jorge Iván Hübner Gallo

Profesor de Introducción al Derecho durante los años 1948 y hasta 2003, siendo también decano de nuestra Facultad, ejerciendo el cargo de manera subrogante durante el año 1987, con la particularidad de que éste duró sólo 6 días¹¹⁶, debido al polarizado clima que se vivía durante aquellos años en la Escuela.

¹¹⁴ CHILE. Informe Jurídico: de la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno para el estudio de los decretos leyes y decretos con fuerza de ley. Santiago. Ed. Progreso. 1933.

¹¹⁵ PACHECO. Op. Cit. p. 343.

¹¹⁶ Universidad del Desarrollo. "Jorge Iván Hubner Gallo" Estudios en su Homenaje. Santiago. Ediciones Universidad del Desarrollo. 2007. p. 31.

La segunda edición de su libro “Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales” señalaba que los Decretos Leyes eran *“Engendros híbridos instrumento de los Gobiernos de Facto. Representan la absorción por un Ejecutivo ilegítimo de las funciones del poder legislativo. Implican amagar gravemente el principio de la separación de los poderes”*¹¹⁷

A su vez, en la tercera edición de su obra, de 1966, define al Decreto Ley como “síntoma de graves trastornos institucionales. No se trata ya de ejercer una facultad delegada, sino de arrogarse funciones indebidamente. El Decreto Ley es un decreto que contiene materias propias de ley que dicta el Poder Ejecutivo sin autorización alguna”¹¹⁸.

Refiriéndose a su validez, señala “Nadie discute la inconstitucionalidad de los Decretos-leyes. En nuestro país han sido dictados en gran número durante dos períodos, entre 1924 y 1925 y en 1932. Sin embargo, por diversas razones de carácter práctico estos decretos-leyes han quedado incorporados a nuestros sistema legislativo y se les ha reconocido plena eficacia”¹¹⁹.

¹¹⁷ HUBNER, Jorge Iván. “Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales”. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2a. ed., 1958. p 170.

¹¹⁸ HUBNER, Jorge Iván. “Introducción al Derecho”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3a. ed., 1966. p. 194.

¹¹⁹ *Ibíd.* p. 194.

Muy interesante para efectos de este estudio es lo planteado por el mencionado profesor en la cuarta edición de su obra que data de 1976. En ella, su original planteamiento cambia, omitiendo pronunciarse sobre la constitucionalidad de este tipo de normas. Redefine al D. L. como *“un decreto que contiene materias propias de ley, dictado por el Poder Ejecutivo sin intervención del Congreso”*¹²⁰. Refiriéndose in extenso sobre las características de esta fuente del Derecho, indica:

*“...Representan, en efecto, el medio de acción de que se vale un Gobierno en circunstancias extraordinarias, cuando debe actuar en ausencia del Poder Legislativo (...). En estos casos la doctrina concuerda en que el Gobierno que está ejerciendo el poder no puede, por ineludibles razones de Bien Común, paralizar la actividad legislativa, debiendo, por el contrario, dictar las disposiciones legales que sean necesarias para la marcha del país. Una imperiosa necesidad de hecho supera, en esta emergencia, las teorías sobre la posible falta de validez jurídica de estos preceptos a la luz de textos constitucionales que, ellos mismos, frecuentemente, ya han perdido su vigencia, sobre todo, cuando un nuevo régimen, que ha derribado al anterior, está instaurando una nueva institucionalidad”*¹²¹.

¹²⁰ HUBNER, Jorge Iván. “Introducción al Derecho”. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 4a ed., 1976. p. 156.

¹²¹ *Ibíd.*

Llama la atención el giro del profesor en su obra, lo cual podemos lógicamente atribuir al nuevo contexto del país y a su declarada ideología de derecha conservadora, donde distintos profesores tuvieron que fijar sus posiciones respecto al tema, incluso modificando sus concepciones anteriores para apoyar la obra del régimen de facto del cual son partidarios. Es interesante que, al igual que Máximo Pacheco, se refiera a la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno después de la República Socialista, llegando a distintas conclusiones y estableciendo que son las actuaciones posteriores de los órganos del Estado que, a través de derogaciones, modificaciones o aplicación de las normas por los Tribunales, “validan” esta normativa, otorgándole plena vigencia y legitimidad¹²². Lo anterior nos servirá para determinar en parte la doctrina de la “validación ex-post” de la norma por parte de Eduardo Novoa, que veremos con detalle en el próximo capítulo.

No nos queda más que concluir que su nueva argumentación se debe a la imperiosa necesidad de validar teóricamente al régimen de facto que gobernaba en aquella época, cuyas disposiciones eran en su totalidad Decretos Leyes.

¹²² HUBNER, Jorge Iván. Op. Cit. p. 157.

2.3.3.4 Adolfo Carvallo

Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile tanto en Santiago como Valparaíso, ejerciendo la mayor parte de su vida universitaria en la sede regional, desde 1929.

En su Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales, dentro del capítulo de las Fuentes del Derecho, omite totalmente la referencia a los Decretos Leyes¹²³, lo cual encuentra su justificación en la ausencia de ésta fuente en los Programas de Estudios oficiales aprobados por la Facultad en 1950, al que hacíamos referencia anteriormente.

2.3.3.5 Benjamín Cid Quiroz

Destacado profesor de la Facultad, se destacó en las cátedras de Introducción al Derecho y Derecho Romano, durante la época de esta investigación. Fue Ministro de Salud del Presidente Jorge Alessandri Rodríguez, y decano subrogante de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Chile.¹²⁴

¹²³ CARVALLO, Adolfo. Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2a. ed. 1956.

¹²⁴ Véase en Blog de la Biblioteca Marcial Martínez: “Sobre Benjamín Cid Quiroz (en línea) <http://bibliotecamarcialmartinez.blogspot.com/2010/08/sobre-benjamin-cid-quiroz.html> (consulta: 18 de junio de 2013).

Pablo Rodríguez Grez, al referirse a sus cátedras, señalaba “Benjamín Cid Quiroz fue un erudito. De una cultura excepcional, profesaba los cursos de Derecho Romano e Introducción al Derecho. En sus cátedras transmitía un entusiasmo desbordante que nos alcanzaba a todos por igual, con la humildad y la paciencia propias de un sabio”¹²⁵

En su obra “Introducción al Estudio del Derecho Romano”¹²⁶, el profesor se refiere someramente a las Fuentes del Derecho, sin detenerse en los Decretos Leyes, por claros motivos que no tienen que ver con la mencionada disciplina. No existe información relacionada a la forma en cómo enseñaba en su curso de Introducción al Derecho, lo que atribuimos que, a pesar de su gran cultura y fama como profesor, nos legó pocas publicaciones.

¹²⁵ CATTAN, Ángela y GUZMÁN BRITO, Alejandro. Homenaje a los profesores Alamiro de Ávila Martel, Benjamín Cid Quiroz y Hugo Hanisch Espíndola. Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo. 2005. p.12

¹²⁶ CID, Benjamin “Introducción al estudio del Derecho Romano” Santiago, Ed. Edugal. 1962.

CAPÍTULO III

EL DECRETO LEY EN EL GOBIERNO DE LA UNIDAD POPULAR.

3.1 Contexto histórico, político y social. Uso y dictación de decretos leyes en la historia de Chile.

Una vez analizados el contexto social anterior al Gobierno de la Unidad Popular, desde la óptica de la Educación y en especial desde la visión de los profesores de Derecho en torno al Decreto Ley, nos proponemos centrar nuestra investigación sobre esta norma jurídica durante la época en que la Unidad Popular gobernó el país (1970-1973).

Como pudimos apreciar en el capítulo anterior, lo cierto que es tanto en la cultura nacional, como así también en el ambiente académico de los juristas, muy poco se trató el tema del decreto ley. Y parecía en realidad no tener mayor importancia, ya que muchos de ellos habían sido promulgados y validados, y su importancia en el país, en comparación a otras leyes, seguía siendo escasa y marginal. Lejos se encontraban los períodos de la historia patria en que ellos fueron impuestos, y a muchos años también estaban los intentos que realizó el Gobierno de encontrarles la debida justificación. Parecía entonces que todo se encontraba en “orden”, sin perjuicio de las enormes críticas que provenían de la academia por la falta de coherencia de nuestro sistema jurídico, en el cual se

denunciaba existía una codificación obsoleta y leyes que no guardaban ninguna relación entre ellas y se encontraban absolutamente dispersas.

Todo lo anterior cambiará rotundamente por la entrada en Chile de las ideas de progresistas. De los sueños de “revolución en libertad” propugnados por Frei y la Democracia Cristiana, el pueblo de Chile se manifestó y optó mayoritariamente por un cambio aún más profundo y radical. El Derecho, de manera obvia, no podía quedar al margen de estos procesos, y sus fuertes cuestionamientos venidos de la izquierda fueron formando a juristas que entendieron que si querían entablar el socialismo en nuestro país, el camino no sólo incluiría a las leyes formalmente dictadas, sino que debería incluirse y promoverse la aplicación de los añejos y olvidados Decretos Leyes.

Gran parte de este capítulo tendrá muy de cerca la visión del jurista más importante de aquella época para la Unidad Popular: Eduardo Novoa Monreal, importante ex-profesor de esta Casa de Estudios, quien incluso fue candidato a Rector de la misma, perdiendo por estrecho margen. Nos detendremos con mucha atención en su visión, ya que representa el pensamiento jurídico más crítico del Derecho en la época, y porque fue uno de los pocos -por no decir el único- que plasmó en libros y doctrina su visión. Su defensa a la aplicación de los Decretos Leyes será especialmente interesante para efectos de este capítulo.

Sin perjuicio de las opiniones personales de los autores de esta investigación, creemos que una memoria sobre Decretos Leyes en esta época no puede obviar la visión de tan importante hombre de leyes, quien fuera de las visiones políticas de cada quien, va creciendo en importancia, y su figura se levanta entre quienes observan de manera crítica las profundas desigualdades que se observan hoy en día en nuestra sociedad.

3.2. El Programa del Gobierno de la Unidad Popular.

Analizando el Programa de Gobierno de la Unidad Popular¹²⁷ podemos darnos cuenta que los cambios que intentaba realizar en el país dentro de su contexto histórico eran, según la perspectiva que se adopte, profundamente revolucionarios, o bien de un carácter progresista pero limitado. Las reformas que planteaba el programa, sin embargo, eran interpretadas como una amenaza de gran magnitud por parte de la burguesía chilena. Esta reacción no puede entenderse sin notar el ascenso de las organizaciones de trabajadores y de otros sectores postergados de la población. En este sentido, y de acuerdo a la visión de la coalición triunfante, todo el aparato estatal existente, sus representantes, y la economía en manos de privados se encontraba subordinada a la burguesía, siendo ellos los máximos mecanismos de control

¹²⁷ El programa completo puede ser obtenido desde el sitio web http://www.bicentenariochile.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=19:programa

social y obstáculo a los cambios que para los referentes de la Unidad Popular demandaba la ciudadanía chilena.

El programa en su redacción no admite dobles lecturas. La visión ahí establecida es clara y radical, por ejemplo, en el aspecto económico:

“El proceso de transformación de nuestra economía se inicia con una política destinada a constituir un área estatal dominante, formada por las empresas que actualmente posee el Estado más las empresas que se expropien. Como primera medida se nacionalizarán aquellas riquezas básicas que, como la gran minería del cobre, hierro, salitre y otras, están en poder de capitales extranjeros y de los monopolios internos”¹²⁸

Será este, el ámbito económico, el que dará lugar seguramente a las mayores pugnas ideológicas entre el Gobierno y la oposición tanto en la arena política como en los medios de comunicación. Era labor primordial del Gobierno encontrar algún mecanismo que les permitiera formar el área social de la economía sin tener que pasar por el Congreso, en el cual no tenía mayoría.

¹²⁸ Programa básico de Gobierno de la Unidad Popular. Centro de Estudios Bicentenario (en línea). Aprobado el 17 de diciembre de 1969. http://www.bicentenariochile.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=19:progamabasico

De esta forma, y con este programa conocido por la ciudadanía, el 4 de Septiembre de 1970, Salvador Allende Gossens logra la primera mayoría en las elecciones presidenciales, con un 36.2% de los votos, 1.3% más que su contendor, el Sr. Jorge Alessandri Rodríguez, quien otrora ya había gobernado el país entre 1958 y 1964¹²⁹. La Democracia Cristiana decide apoyar a Allende, aunque sometiéndolo a un *Estatuto de Garantías Constitucionales*¹³⁰, lo que constituye claramente una solicitud sin precedentes en la historia de Chile. En relación a este tema, Eduardo Novoa señaló:

*“Nada justificaba una exigencia de esa clase, públicamente intimada y con un claro sabor de afrenta gratuita. Como ha quedado dicho antes, jamás se había formulado un requerimiento como éste a un candidato a la Presidencia de la República; ni siquiera a Jorge Alessandri en 1958, al cual razonablemente se le habrían podido reclamar, por su acentuada calidad de minoritario en el país, seguridades de un gobierno con sentido social”*¹³¹

Más allá de si son o no cuestionables estas exigencias, lo cierto es que se llevaron a cabo. Lo interesante, teniendo a la vista sus disposiciones, es que los

¹²⁹ WHELAN, James R. Desde las Cenizas. Vida, Muerte y Transfiguración de la Democracia en Chile. Santiago, Ed. Zig Zag, 1993. p. 280.

¹³⁰ El proyecto completo del Estatuto de Garantías Constitucionales y su consecuente Reforma Constitucional del 8 de Octubre de 1970, pueden verse en el sitio web: http://www.salvador-allende.cl/Unidad_Popular/Estatuto%20de%20garantias%20democraticas.pdf

¹³¹ NOVOA MONREAL, Eduardo. Los Resquicios Legales. Un ejercicio de lógica jurídica. Santiago, Ed. BAT, 1992. p. 31.

redactores del Partido Demócrata Cristiano¹³² no tuvieron en mente reformas que influyeran en el plano económico. Podríamos haber esperado, teniendo en vista todos los Decretos Leyes que emanaron de la llamada República Socialista en 1932, que se intentara derogar disposiciones de contenido peligroso para sus intereses, aunque nada de esto llegó a puerto. Eduardo Novoa expresó sorprendido que *“...Es difícil entender la causa de este vacío; la Democracia Cristiana, tan experimentada políticamente, dotada de un cuerpo de profesionales del Derecho de buena capacidad, ampliamente informada del relieve que el programa de Allende asignaba a lo económico (...), no podía desinteresarse de esta materia o llegar a olvidarla totalmente”*¹³³.

Lo claro es que, sin limitaciones en el orden económico, el nuevo Gobierno debería darse a la tarea de buscar fórmulas dentro de la legalidad -de tipo burguesa para ellos y que sólo buscaba mantener el statu quo- que le permitieran formar el área de la propiedad social. Para esto, aparecerían, de singular forma, algunos Decretos Leyes, que serían aplicados para lograr estos objetivos.

¹³² Entre los que podemos encontrar a Bernardo Leighton, Luis Pareto, Renán Fuentealba, Osvaldo Gianini, Luis Maira, entre otros.

¹³³ NOVOA. Op. Cit. p. 36.

3.3 Eduardo Novoa Monreal. Precursor e impulsor del uso de decretos leyes durante este período.

Difícil sería escribir esta memoria, referida al Decreto Ley en sus aspectos de validez dentro de la cultura jurídica chilena, sin remitirnos a la figura trascendental de Eduardo Novoa Monreal en este período. Seguramente Salvador Allende sabía de las cualidades de este jurista, razón por la cual fue su abogado de confianza y asesor jurídico *ad honorem* del Gobierno. Durante aquellos años, además, el profesor Novoa presidió el Consejo de Defensa del Estado¹³⁴. Una figura, en aquellos años de notoria importancia, y que fue en gran parte un sustento intelectual de peso para los que suscribían con las ideas de la Unidad Popular. Su teoría crítica del Derecho que se fue gestando desde los años 60 y hasta el final de su vida, ha sido muy leída pero poco estudiada por los juristas de nuestro país, y generalmente se conoce a Novoa ya sea por los llamados *resquicios legales* o por su importante doctrina en materia de Derecho Penal.

¹³⁴ VIAL, Gonzalo. Consejo de Defensa del Estado. 100 años de Historia. Santiago, Ed. Consejo de Defensa del Estado. 1995. p. 77.

3.3.1 Biografía¹³⁵

Eduardo Novoa Monreal nace en Arica en 1916. Entre los años 1927 y 1933 cursa la enseñanza media en el Liceo Alemán de Santiago. Estudió Derecho tanto en la Universidad Católica de Santiago y la Universidad de Chile, casa de estudios de la cual egresó y escribió su tesis de Derecho Penal en el tema “Teoría del Consentimiento de la Víctima”, que es aprobada con distinción máxima. Recibe el título de abogado por la Corte Suprema de Justicia en 1940. Fue, entre 1951 y 1952, consejero del Colegio de Abogados de Chile.

Desde sus años de estudiante en la Escuela se fue destacando como un gran jurista e intelectual, principalmente en el área del Derecho Penal, donde publicó importantes obras, siendo uno de los principales referentes de esta rama del Derecho en Chile, y con influencia hasta nuestros días. Fue profesor de esta cátedra por muchos años en la Universidad Católica de Chile (1947-1957, en su calidad de profesor titular), y en nuestra Escuela entre 1952 y 1969. De esta forma, en todo lo que a Derecho Penal se refería, el Profesor Novoa destacó casi sin igual, teniendo importantes labores y cargos como la Presidencia del Instituto de Ciencias Penales de Chile, entre 1959 y 1971; entre 1963 y 1971 crea la Comisión Redactora de Código Penal Tipo para

¹³⁵ Poca información concreta existe sobre la vida de Eduardo Novoa Monreal. Para esta sección biográfica se consultó “Una crítica al Derecho Tradicional” del mismo autor e “Introducción a la política-jurídica en Eduardo Novoa Monreal” de Cristián Villalonga, ambas obras muy importantes para el desarrollo de la presente investigación.

Latinoamérica, de la cual fue su Secretario Ejecutivo; en 1963 recibe el título de miembro honorario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; en 1966 será el Representante en Chile de la Sociedad Internacional de Criminología.

Su labor en nuestra facultad no pasó inadvertida, ya que además de ser un catedrático de gran reputación, participó activamente en el devenir de la Escuela y de la Universidad, llegando incluso a disputar voto a voto el cargo de Rector de nuestra Casa de Estudios en 1971, elección que perdió con su contrincante Edgardo Boeninger¹³⁶. En la Facultad propuso, en los años intensos de Reforma que relatamos en el capítulo anterior, cambios revolucionarios y profundos que finalmente no fueron tenidos en cuenta en aquella época, aunque de una u otra manera si fueron adoptados por la trascendental reforma de la facultad en 1970.

Entre 1970 y 1972 se desempeña como Presidente del Consejo de Defensa del Estado de Chile, entidad a la cual entró en sus años de estudiante y desde el más bajo escalafón. Su labor en el Consejo será ampliamente tratada en el siguiente apartado.

En los años más trascendentes y que son materia de este estudio, Eduardo Novoa además de estar en el Consejo de Defensa del Estado como

¹³⁶ GARRETÓN. Óp. cit. p. 91-95.

principal autoridad fue el asesor jurídico del Presidente Allende. En 1971 tuvo la importante misión de redactar la Reforma Constitucional que nacionalizaría el Cobre, y que fue aprobada por la unanimidad del Congreso Nacional¹³⁷. También integró el Directorio de la Compañía de Teléfonos de Chile representando al Fisco y fue Consejero de la Comisión Chilena de Energía Nuclear (nombrado por el Presidente Allende). Dentro de esta época se destacó por sugerir la puesta en marcha de los llamados “resquicios legales”, los cuales veremos in extenso más abajo.

Una vez tomado el poder por las Fuerzas Armadas en 1973, Eduardo Novoa es desafectado de todos sus cargos, y desligado completamente de nuestra Universidad. Durante los años de la Dictadura estuvo en países como Venezuela, donde hizo clases de Doctorado en Derecho; España donde enseñó en Barcelona; Argentina, donde enseñó en la tradicional Universidad de Buenos Aires, entre otros.

Finalmente es autorizado a volver a Chile por el Gobierno Militar en 1987, donde se queda hasta la fecha de su fallecimiento en 2006.

¹³⁷ NOVOA, Eduardo. Nacionalización, Derecho y Propiedad, Textos Escogidos. Santiago, Ed. Ocho libros.

3.3.2. Principales obras. Evolución de su pensamiento.

Más allá de sus datos biográficos, lo interesante del Profesor Novoa es su historia relatada a través de las obras que escribió. En este sentido, podemos claramente establecer una importante evolución, en la cual destacan primero sus obras de Derecho Penal, para ir lentamente y con el paso de los años generando una profunda crítica al Derecho, en coincidencia con su cada vez más comprometida actividad política.

Novoa Monreal se formó en la Universidad Católica de Chile y en la Universidad de Chile. Asistió, como señala el profesor Jean Pierre Matus, al curso de Derecho penal que el profesor Raimundo del Río impartía en la Universidad de Chile, aunque su Memoria de prueba la escribió al alero de los profesores Schweitzer y Labatut, declarándose también discípulo del profesor Pedro Ortiz¹³⁸.

Don Eduardo Novoa Monreal jugó un papel importante en la vida nacional, sobre todo en las décadas de los 50', 60' y 70'. En primer término, Don Eduardo Novoa Monreal es calificado como un connotado autor de Derecho Penal por gran parte de sus pares; como un político vehemente, como un pensador brillante y como un destacado y dedicado profesor por quienes

¹³⁸ MATUS, Jean Pierre, *Evolución Histórica de la doctrina penal chilena*, Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 107.

tuvieron el privilegio de ser sus alumnos. Su destacada labor como estudioso y profesor de Derecho Penal, hace que su nombre resulte familiar entre las personas que se encuentran vinculadas al estudio y ejercicio del derecho. Sin embargo, muchas de sus obras, tal vez, las más importantes para el país, guardan relación con su intensa actividad política, específicamente, en temas que aún hoy son prioridad en la vida nacional, como la regulación y propiedad del cobre, el abastecimiento energético y la educación.

Comienza sus estudios de Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el año 1934, para posteriormente, cambiar de casa de estudios, en el año 1936, a la Universidad de Chile, donde fue alumnos de Raimundo del Río Castillo, destacado jurista y profesor de Derecho Penal de la época. Finalizando sus cursos, culmina su formación con la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales “Teoría del Consentimiento de la Víctima del Delito”, la que fue elogiada, destacada y aprobada con nota sobresaliente por los profesores informantes. En 1939 obtiene su título de Licenciatura y un año después recibe el título de abogado.

En el año 1937 ingresa al Consejo de Defensa del Estado en el último grado del escalafón del servicio, llegando a ocupar más tarde, el grado máximo de ésta institución.

Podría señalarse como el año de inicio de su carrera a la docencia, el mismo año en que se gradúa, cuando comienza con su labor de ayudante, que durará hasta 1946, en las cátedras de Derecho Civil en la Universidad de Chile y de Derecho Penal en la Universidad Católica. Será esta última casa de estudios la que, luego de desempeñarse durante siete años como ayudante, le abriría las puertas como profesor titular de Derecho Penal, cargo que ejercería durante 10 años. Es recién en el año 1952 cuando la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile le permite ser Profesor Extraordinario de Derecho Penal, mediando examen aprobado con la tesis “Elementos del Delito”. El mismo año es nombrado abogado consejero del Consejo de Defensa del Estado, institución que presidió en el año 1970. Entre los años 1970 y 1972 se desempeñó además, como profesor de Teoría General del Derecho en la Universidad de Chile.

En 1945 el Ministerio de Justicia lo llama a formar parte de la comisión de Reforma del Código Penal, cuyo trabajo se expresa en el proyecto de la Parte General del Código Penal, enviado al Congreso Nacional en el año 1946, que lamentablemente, no tuvo mayores repercusiones ni respuestas por parte de los legisladores.

Trabajó además, junto a Miguel Schweitzer como consejero en el Consejo Nacional de Economía, preparando en 1948 un proyecto sobre delito

económico, que fue enviado al Congreso Nacional en 1951, causando un gran revuelo entre los partidos políticos y los grupos económicos del país.

Eduardo Novoa Monreal realiza, en estos años, importantes actividades académicas de diversa índole. En el año 1953, participa en calidad de delegado de Chile en el Sexto congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma, en la tercera sección, destinada al estudio del Derecho Penal Social Económico. Entre 1959 y 1971 se desempeña como Presidente del Instituto de Ciencias Penales de Chile. En el Instituto, crea la comisión redactora del Código Penal Tipo para América Latina, encargada de armonizar y unificar las legislaciones penales de los países latinoamericanos. En ésta comisión ejerce el cargo de Secretario Ejecutivo.

Posteriormente, en 1963 recibe el título de miembro honorario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y dos años más tarde, gana en concurso de oposición el cargo de Profesor Ordinario de Derecho Penal de la Universidad de Chile.

En 1965 es designado además, miembro del Consejo Directivo de la Asociación Internacional de Derecho Penal y al año siguiente, es nombrado representante en Chile de la Sociedad Internacional de Criminología.

En el año 1968 es designado académico del número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Al año siguiente y hasta 1973, se desempeña como consejero de las Editoriales Jurídica y Andrés Bello en representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

Tras una carrera llena de trabajo y éxitos, con el tiempo, llega a transformarse en el máximo asesor jurídico de la Unidad Popular, verificándose una gran evolución de su pensamiento político a lo largo de su trayectoria. Su postura inicial era la del socialcristianismo, que fue poco a poco derivando a la izquierda, por lo que ya en 1964, su voto fue para Salvador Allende. Luego, en 1970, cuando Allende es elegido Presidente, lo llama para que Don Eduardo Novoa le preste sus servicios como asesor jurídico, ocupando ésta función entre 1970 y 1973. Novoa asumió la labor de asegurar tanto la legalidad como la juridicidad de los cambios que tanto la Unidad Popular como Salvador Allende le planteaban. En cumplimiento de su mandato, en el año 1971 fue el principal redactor del texto constitucional sobre nacionalización del cobre y en ese mismo año integra el directorio de la Compañía de Teléfonos de Chile, en representación del fisco chileno, además de ser candidato a Rector de la Universidad de Chile, con apoyo de la Izquierda Universitaria Unida.

Al año siguiente se desempeña como Consejero de la Comisión Chilena de Energía Nuclear, en representación del Presidente de la República, además preside la Comisión Jurídica del Cobre. En el año 1973, es designado embajador en misión especial en Europa, con sede en París, encargado de los asuntos jurídicos derivados de embargos que solicitaron las compañías del cobre chilenas. Es cumpliendo dicha función cuando se entera del derrocamiento de Salvador Allende y así comienza un largo período de exilio. Además se decreta su expulsión de la Universidad de Chile por el director designado por el Régimen Militar. En definitiva, es privado de todos sus cargos, títulos y funciones.

3.3.2.1 Pensamiento político

En cuanto a su pensamiento político, para entenderlo adecuadamente es útil, como siempre, considerar el contexto histórico y político en que se desarrolla. La experiencia de la Unidad Popular lo que hizo fue plantear un debate de proporciones al interior de la izquierda, en relación a la estrategia que debía utilizarse para conquistar la nueva sociedad. La revolución cubana había triunfado, derrotando la dictadura de Batista, y lo había hecho con las armas. La revolución española, de mediados de los años 30, mucho de lo que logró en su momento también fue defendido con las armas, y fue también con las armas que había sido derrotada. La revolución rusa, que es el modelo más clásico de

revolución socialista, implicó acción directa de masas, y un fuerte protagonismo de las organizaciones de base, los llamados “soviets”, que agrupaban trabajadores, soldados, y campesinos, los comités de fábricas, que comenzaban a hacerse cargo, por sí mismos, de las tareas que cualquier sociedad requiere para seguir existiendo, así como de las acciones de movilización y de fuerza que fueron necesarias tanto para derribar al zar, como para defender sus conquistas. El problema militar, en Rusia, se había planteado porque tanto las fuerzas fieles al zar, como las potencias extranjeras después, intentaron invadir Rusia para acabar con el proceso. Ahora la cuestión se planteaba en un contexto distinto, y la izquierda chilena, en sus distintas variantes, intentó responderse, por medio de álgidas discusiones y experiencias, esta misma pregunta.

La experiencia histórica posterior a la huelga patronal de 1972, en Chile, cuando los propietarios de los camiones pararon sus vehículos, obstaculizando el transporte de mercancías, en oposición al gobierno de la Unidad Popular, nos permite mostrar la problemática. Los meses que siguieron, diversas organizaciones de la clase trabajadora tomaron una iniciativa política cada vez más activa. Como es sabido, “el programa político de la UP intentaba conciliar los intereses conflictivos de las fuerzas sociales que sustentaban la coalición”, y Allende proponía llevar adelante, aun cuando de un carácter progresista, *“solamente aquellas reformas que pudiesen ser realizadas en base a la*

*legislación existente, y que pudiesen efectivizarse con la aprobación del Congreso*¹³⁹. En general, la Unidad Popular buscó llevar hasta el final el programa que el gobierno demócrata-cristiano anterior había dejado inconcluso, a saber, en lo relativo al crecimiento por aumento del consumo, aumentar los salarios, y reactivar la capacidad industrial del país¹⁴⁰. Así mismo, la Reforma Agraria que realizó el gobierno contempló sin problemas las indemnizaciones a los propietarios, además de otras garantías. La nacionalización del cobre, sin embargo, ha sido considerada como una de las políticas más progresistas de este proceso. Para asumir como Presidente, además, Allende tuvo que prometer respeto al Estado y a la Constitución.

Ahora bien, en este sentido, lo que Novoa Monreal pensaba sobre el derecho, el Estado, y la política, tiene que incluirse en alguna de las posibles estrategias que se asumían para enfrentar los problemas propios de la implementación de un programa progresista en un país como el Chile de la década de los 70. Y si bien Novoa Monreal no siempre fue de izquierda, fue con el tiempo y con los procesos históricos que fue derivando de un social-cristianismo, como mencionamos más arriba, hacia la izquierda propiamente tal, sin perder sus fundamentos.

¹³⁹ GONZÁLEZ, Mike. Chile, 1973, Revolución y contrarrevolución. Ediciones El Mundo al revés, 2001, p. 7.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

Según él mismo, en uno de sus textos más teóricos sobre el derecho¹⁴¹, él se sentía heredero del positivismo jurídico que encarnaba la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, a lo que agregaba una influencia no menor del marxismo y del cristianismo. Novoa Monreal compartía la idea de que el derecho es un instrumento de control social que puede ser empleado por cualquier ideología, con el fin de realizar su propio proyecto de organización social. Él mismo dice que, en este sentido, por ser un instrumento, o una herramienta, el derecho carece de contenido propio. Esta idea, que ve al derecho, en términos genéricos, como una herramienta, le permitía pensar la posibilidad de utilizar el derecho para fines ideológicos diversos de los establecidos en el régimen capitalista. Según sus propias palabras, el derecho no sería entonces exclusivo ni antagónico de ningún modelo de organización social, sino que, por el contrario, sería apto para permitir la realización de cualquier modelo, y en cuanto herramienta, se constituye como uno de los medios más eficaces para lograr esa finalidad. Lo que a Novoa Monreal, además, le interesaba, era defender la idea de que el derecho estaba separado de la política, es decir, que la relación era externa, de tal manera que, si el contenido de las normas jurídicas era ajeno al derecho, y era informado por la política, entonces es la democracia la que determina qué es lo que tienen que prescribir las normas, quedando a los juristas la cuestión de su formulación técnica, más no la de su contenido. Esto, según Novoa Monreal, era importante

¹⁴¹ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Algo sobre la noción de derecho*, en *Una crítica al derecho tradicional*, Obras Escogidas, p. 19.

para evitar que los juristas se arrogaran la facultad de determinar el contenido del ordenamiento jurídico, de manera tecnocrática y anti-democrática.

Para la teoría marxista, el Estado burgués, independientemente del régimen político o del gobierno de turno, no puede sino, en última instancia, responder a los intereses de la clase dominante. Cabe, como decíamos, un amplio debate en torno a las posibilidades de su utilización en la construcción del socialismo, y así mismo, de los límites de las reformas que podrían realizarse bajo su dominio. A diferencia de la filosofía política liberal, que piensa al Estado moderno como un ente neutral, que se coloca por sobre los conflictos que toman lugar en la sociedad civil para mediar y establecer la paz social, el marxismo acusa: el Estado no es neutral, aunque quiera parecerlo, pues de hecho, es decir, *objetivamente*, responde a los intereses del capital. Marx afirma que “las condiciones jurídicas como las formas política no podían comprenderse por sí mismas (...) sino que, por el contrario, radican en las condiciones materiales de vida”¹⁴², es decir, en la sociedad civil. En lo económico, los capitalistas –que compiten entre sí- explotan a los trabajadores, al interior de sus empresas, para la obtención de sus ganancias. En lo político, el Estado, en la sociedad capitalista, no se constituye como un mediador imparcial que represente los intereses generales de la sociedad, sino que tiene la función de asegurar el dominio de clase y la propiedad privada. El orden social que

¹⁴² MARX, Carlos, Contribución a la Crítica de la Economía Política, México D.F., Siglo XXI Editores, 1980. p. 4.

establece el estado de derecho, de esta manera, beneficia de hecho a una clase por sobre otra, lo que lleva a Marx a sostener que, más allá de la forma política que adquiera el Estado, el régimen capitalista no puede sino caracterizarse como la *dictadura de la burguesía*. Esto, por supuesto, no obsta a que podamos encontrarnos, según el marxismo, con coyunturas de autonomía relativa del Estado, es decir, momentos en que puedan reconocerse más intereses, además de los burgueses, representados en la política.

Para 1965, Novoa Monreal identificaba una crisis en el sistema legal chileno¹⁴³, que tenía que ver con la convivencia, de manera contradictoria e incluso antagónica, en un mismo ordenamiento jurídico, de una legislación propia de la segunda mitad del siglo XIX, con toda una legislación nueva, correspondiente a los últimos 25 años, es decir, desde los años 40, en que se había dado preponderancia a la intervención estatal en la sociedad. El problema, según Novoa, es que para los años 60, y tomando en cuenta los procesos que se desarrollaban en esta llamada “sociedad de masas”, el ordenamiento jurídico, en su integridad, resultaba inadecuado, incoherente e inorgánico, tanto internamente como en relación a la sociedad. Reconocía, también, que las leyes que más se estaban aplicando eran las leyes nuevas, y no tanto las relativas a, por ejemplo, el Código Civil. Ahora bien, esto podría

¹⁴³ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Crisis en el sistema legal chileno*, en Op. Cit., p. 91.

entenderse como un problema puramente jurídico, y en cierto sentido lo era. Pero también era político.

Novoa Monreal, si bien sostuvo un enfoque parecido, señalaba que el marxismo era insuficiente a la hora de analizar el derecho¹⁴⁴. Eso tenía que ver con que, según Novoa, para el marxismo el derecho tenía una posición disminuida y puramente transitoria, es decir, que si bien era expresión de las relaciones de producción existentes en una época determinada, una vez que la sociedad llegue a la fase superior del comunismo, el derecho iba a desaparecer con el Estado. Lo que Novoa criticaba de esta concepción, es que a pesar de ella, la *praxis socialista* sí originaba una *legalidad socialista*, es decir, el conjunto de normas que dictaba el poder socialista para la transformación social, de tal manera que el derecho tiene un contenido empírico que debía amoldarse a las circunstancias históricas del momento. Sin embargo, el problema de la concepción marxista, para Novoa, es que no había en el derecho principios generales, sino que se reducía a expresión de realidades concretas, lo que implicaría que, en definitiva, al no tener ninguna autonomía, no merecía tampoco ser objeto de estudio, lo que explicaba el hecho de que no hubieran juristas marxistas que estudien el derecho de acuerdo a un método científico y con el objetivo de elaborar lineamientos técnicos para un nuevo derecho. Esto se relaciona con los lineamientos que Novoa planteaba respecto

¹⁴⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Por una renovación del Derecho*, en Op. Cit., p. 110 y ss.

de la ciencia del derecho, a saber, la investigación de nuevas normas de conducta que fueran acordes con la realización de una nueva sociedad.

Basándose en estas matrices ideológicas, es que Novoa Monreal formula una crítica del orden establecido que podría resumirse, en relación a lo anterior, en dos frentes principales.

Por un lado, la crítica del poder judicial, que Novoa Monreal explicitó en detalle en un artículo suyo, en un número de la Revista Mensaje de 1970, llamado "Justicia de Clase"¹⁴⁵, y en que argumentaba que los jueces, principalmente en la Corte Suprema, estaban desarrollando su actividad de acuerdo a una concepción unilateral de la justicia, entendida como aquello que es útil para sostener el ordenamiento social vigente, y que los tribunales, por ello, se posicionaban en abierto antagonismo con todos los sectores sociales, que eran cada vez más amplios, que exigían profundos cambios sociales. Según Novoa, esto implicaría sostener la idea de que la justicia actúa al servicio de la clase dominante y que interpreta la ley con el objetivo de favorecer a los grupos sociales privilegiados, en desmedro de los trabajadores y del pueblo.

Por otro lado, Novoa criticaba la legislación vigente, en términos internos, por ser un ordenamiento inarmónico, confuso e impenetrable, lo que

¹⁴⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Justicia de clase*, en Op. Cit., p. 305.

obstaculizaba la función pedagógica que tenía que tener la ley en un régimen que se dirigía hacia la instauración del socialismo. Las leyes, en este sentido, no eran accesibles al pueblo. Además de esta cuestión, quizás más formal, criticaba el hecho de que el derecho vigente se había convertido más bien en un obstáculo para los cambios sociales necesarios, que no proporcionaba justicia ni soluciones, sino trampas e injusticia. En este sentido, lo que planteaba era que una legislación nueva tenía que ser sencilla, clara, flexible, sistemática y unitaria, además de fundarse en principios acordes a la instauración de una nueva sociedad. En este sentido, lo que proponía eran reformas que fueran eliminando progresivamente las ventajas de unos y las postergaciones de otros, para que la legislación fuese efectivamente expresión de una organización igualitaria y justa, que se orienta hacia el socialismo. Novoa Monreal entendía que esto debía hacerse de manera gradual, muy afín a la estrategia del gobierno de la Unidad Popular, en su vía chilena y legal al socialismo. En este sentido, decía Novoa que, además, la nueva legislación debía considerar no solamente los derechos individuales de los hombres, sino también los deberes para con la comunidad, y que debía establecer mecanismos que fueran capaces de combatir el peligro del burocratismo, dadas las funciones que, cada vez más, el Estado venía asumiendo¹⁴⁶. El riesgo de esto era que los funcionarios del Estado podían olvidar su función de servicio a la comunidad, y generaran sus propios intereses. En este sentido, Novoa

¹⁴⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Bases para una nueva Constitución chilena*, en Op. Cit. p. 364 y ss.

abogaba por el establecimiento de una normativa que sancione las conductas que violen estos principios, y de fiscalizadores activos que estuviesen en estrecho contacto con las organizaciones de base, es decir, con el pueblo organizado. Para esto, tomaba el ejemplo de una institución sueca que incluía ciudadanos comunes que recibían la facultad de controlar actos de la administración del Estado en defensa de los demás ciudadanos, para los que se les dotaba de poderes jurídicos amplios para impugnar decisiones y actos administrativos.

A modo de resumen, se puede caracterizar el pensamiento político de Novoa Monreal como un pensamiento jurídico crítico, coherente con la estrategia de transformación social que impulsaba el gobierno de la Unidad Popular, a saber, una estrategia que buscaba transformar la sociedad a través de las instituciones del Estado, democratizándolas, y con la intención de que éste, en definitiva, pudiese servir a los intereses de la mayoría de los chilenos.

3.3.2.2 Pensamiento sobre la Reforma Universitaria

Novoa Monreal, además, fue un intelectual preocupado enormemente por el problema universitario, y como sabemos, tuvo participación en el proceso de reforma universitaria que ocurría en Chile a finales de los años 60.

En lo concerniente a su pensamiento respecto a las reformas que debían producirse en el seno de la Universidad, existen cuatro textos centrales en la materia. El primero de ellos, en orden de publicación, sale a la luz el año 1968 y tiene por nombre “El destino y la finalidad de la Universidad”, donde expone, a manera de manifiesto, los fundamentos y principios en que debería sentarse una reforma en la Universidad de Chile. Este texto se origina en el seno de las conversaciones iniciadas el 14 de septiembre de 1968 en la Universidad de Chile, en los Plenarios de Reforma. Las comisiones de trabajo elaboraron proposiciones sobre diversas materias. El debate acerca de esas proposiciones puso de manifiesto importantes diferencias en materias esenciales, razón por la cual se acordó realizar un referéndum al respecto, el que tuvo lugar el 26 de noviembre de 1968. Entre las materias que se discutieron estuvieron: la Declaración de Principios, los fundamentos de la reforma y varias disposiciones sobre Estatuto Universitario. La izquierda universitaria apoyó en dicho referéndum los textos que redactó el profesor Eduardo Novoa, sistematizados posteriormente en un documento llamado “*El destino de la Universidad y su finalidad, 1968*”¹⁴⁷. Con este texto, integró la primera comisión de trabajo, resultando sus ideas, vencidas por escaso margen.

¹⁴⁷ El 14 de septiembre se iniciaron en la Universidad de Chile los Plenarios de Reforma. Sus comisiones de trabajo elaboraron proposiciones sobre las diversas materias. El texto puede ser encontrado en “*Una Crítica al derecho tradicional*”. Eduardo Novoa Monreal, p.392.

Este texto tiene, a manera de introducción, una cita a Don Andrés Bello, donde se señala que el destino y función de la universidad debiera estar “dedicada a Chile y su pueblo”. Comienza por realizar un diagnóstico negativo en toda la sociedad, donde se verifica una crisis social de la que la Universidad no está libre, encontrándose atada por estructuras anacrónicas. Eduardo Novoa cataloga a la Universidad como una propia de la sociedad burguesa, con un marcado sello analítico, tecnicista, siendo un conjunto de instituciones dispersas, una mera productora de profesionales y especialistas; situación que dista mucho, a su juicio, del cumplimiento de la vocación universitaria que exige una integración de las funciones universitarias básicas: investigación, docencia y extensión, para que la ciencia, el arte y la técnica puedan alcanzar al pueblo y ser puestos a su servicio. Se propone entonces, una universidad definitivamente comprometida con los cambios sociales que han de conducir a una sociedad mejor y más humana; que use un nuevo lenguaje que lleve el sello de los crudos hechos que se presencian en el mundo, siendo preciso, claro y directo, que no oculte la realidad, para asegurar la fuerza de la denuncia y la verdad del mensaje. Señala que la institución educativa, en ese sentido, llamada a estudiar, organizar y construir una nueva sociedad es la Universidad de Chile en una gran medida, no pudiendo sus miembros sustraerse de aquel proceso.

Posteriormente, en el año 1969, publica dos textos que tratan de manera más extensa su pensamiento en torno a la Reforma Universitaria. Uno de ellos,

llamado *“Mi opinión sobre la reforma Universitaria”*, fue publicado en los Anales de la Universidad de Chile, correspondientes a abril-junio de 1969, conjuntamente con la opinión de otros altos dirigentes de la Universidad de Chile acerca de la Reforma Universitaria. Este texto desarrolla la esencia de su ideario en lo referente a la Reforma Universitaria, que ya, de alguna manera, había enunciado en el texto defendido en los plenarios de la Reforma y que, posteriormente y en el exilio, desarrollará de manera rigurosa y acabada en su texto *“La Universidad Latinoamericana y el Problema Social”*.

Las ideas centrales del texto *“Mi opinión sobre la reforma universitaria”*, pueden ser resumidas de la siguiente manera:

a) Crítica a un sistema:

Señala que la juventud se encuentra disconforme con el sistema social establecido, debido a la manipulación de la sociedad mediante recursos económicos y la dominación ideológica de un grupo minoritario. Constata que el progreso de la ciencia y tecnología no se encuentra al servicio del hombre, que los adelantos que se obtienen se utilizan hábilmente para que nada cambie y que la educación es utilizada para modelar mentes y condicionar las reacciones mentales de las masas y así, sostener el estado de las cosas. La economía burguesa se vale de la publicidad para crear necesidades artificiales,

reorientándose la producción en dirección a los intereses del productor y no al servicio del hombre.

Con esto, los sojuzgados no advierten su condición de tales, para lo cual se utiliza una fraseología tan sonora como insincera, utilizada para convencer a la masa que el sistema es defensor de altos valores, como la libertad y el cristianismo, ambos altamente instrumentalizados. La burocracia obediente optimiza el sistema y se sirve de la cibernética y la tecnología para ello.

Todo esto constituiría un régimen subhumano, opresivo e irracional, por lo que se fortalece cada vez más un fuerte sentimiento crítico en su contra por parte de las mentes más lúcidas, que han redescubierto el valor de lo humano en la belleza, la paz interior, la comprensión interpersonal y que han reparado en que si no se produce una rápida y decidida ruptura con la organización social y los soportes psicológicos del sistema el dominio puede ser perpetuo. Destaca el rol de las ideologías marxista y socialista, que desempeñan una labor crítica y combativa. Los jóvenes surgen también como los más indomables adversarios al sistema, sobretodo, los estudiantes universitarios, por su acceso a los medios sociales veneradores del capitalismo, por la capacidad de reflexión, por no contar con intereses creados que aten sus voluntades. Esa es la explicación de por qué es en el seno de la Universidad desde donde sale la más audaz y

beligerante crítica del sistema en que vivimos y de la degeneración de la función universitaria.

b) Las características propias del subdesarrollo:

En su análisis, las circunstancias constatadas tienen lugar en todos los países capitalistas. Dentro de ellos, las condiciones son mucho más graves en los países subdesarrollados, como es el caso de Chile. Según estudios recientes de la época, señala el autor que el 60% de los niños chilenos menores de 7 años presenta signos de desnutrición, debido a la falta de proteínas en la alimentación, lo que los hace más vulnerables a infecciones y a no contar con un normal desarrollo de su sistema nervioso central, con un consecuente cociente intelectual bajo de carácter irreparable, una atrofia cerebral real y una gran mortalidad infantil para la gran mayoría de los niños chilenos. Si a esto se le suma que sólo el 30% de los niños terminan su educación básica y que faltan escuelas que puedan proporcionar educación a todos, el diagnóstico inicial es aún más sombrío. De lo anterior, se obtiene como resultado la conformación de dos grupos bien diferenciados: un grupo minoritario que cuenta con recursos económicos sobrados para la satisfacción de sus necesidades y otro mayoritario, explotado, que se debate entre la incultura y la alienación.

c) Universidad y sociedad:

Es indiscutible, en este contexto, el carácter de servicio social que debiera tener la universidad, ya que nace de la sociedad en la que se inserta, forma parte de ella y existe para servirla. La controversia comienza cuando se trata de precisar en qué consiste la función social de la Universidad. Hay quienes la consideran un centro de saber superior, por lo que consideran importante el enclaustramiento, como un modo de tomar un más profundo contacto con la realidad. Otros piensan que la universidad debe estar atenta a las circunstancias históricas y sociales del momento y debe constituirse en un centro superior del conocimiento, elaboración científica y enseñanza en permanente comunicación con el medio social; produciéndose un enriquecedor flujo y reflujo de información. El régimen social no está en reposo, las bases de la sociedad en que vivimos se conmueven y la Universidad por medio de los individuos que la componen, como institucionalmente registra todos aquellos cambios, por lo que además, le compete someter esos cambios a examen científico, formular diagnóstico y ofrecer soluciones, para cumplir con el fin que le es propio y que no es otro que servir a todos los hombres; pero, por encontrarse esta misma inserta en la sociedad, se encuentra condicionada a las estructuras viciadas imperantes. Sin embargo, por el principio de verdad que la rige, por la búsqueda de la objetividad, tiene la posibilidad de reaccionar críticamente y tomar conciencia de los factores que desvían su misión.

Es este el real sentido del movimiento que precede a la reforma y por eso, uno de sus principales objetivos es que la Universidad se ponga al servicio de la transformación profunda de la sociedad chilena.

d) Nuevo tipo de universitarios:

Otro objetivo central de la reforma es que la universidad forme universitarios del nuevo tipo. La rapidez del avance del conocimiento humano trae aparejado el hecho de que no sea posible que cada hombre asimile todos ellos, por lo que el ideal universitario enciclopédico se encuentra obsoleto y por necesidad se produce una parcelación y especialización de la ciencia; pero esto puede producir que la formación de los universitarios derive en intelectuales cuyo interés y conocimiento quede reducido a un solo sector del saber, un conocimiento unilateral que resta perspectiva y enquistado al estudioso.

e) Obstáculos que han surgido:

La atención de los universitarios se ha centrado en forma predominante en aspectos de la reforma que miran principalmente a lo formal, como las formas de gobierno, las estructuras académicas y administrativas y las reglas estatutarias, que si bien son aspectos importantes por romper los lineamientos

orgánicos antidemocráticos, no son más que un medio para alcanzar el fin de la Universidad reformada.

f) El cientificismo:

Insiste en la idea de que la primera tarea de la Universidad ha de ser el progreso de la ciencia. Los cambios sociales han de ser una consecuencia derivada de ese progreso, por lo que la Universidad no debe permanecer como una “Torre de Marfil” dentro de la sociedad. Critica la creencia de que la Universidad rebaja su nivel y contamina la pureza de su cometido cuando vuelve su mirada a cuestiones sociales que inquietan a la sociedad contingente de la que forma parte.

g) Universidad y política:

Existe un temor en un numeroso grupo de universitarios de que una universidad al servicio de los cambios sociales encubra una politización de la universidad, lo cual solo tiene valor respecto de la política partidista que usa criterios de bandería, ya que, se quiera o no, la Universidad, como todo organismo social, en su calidad de actor de la vida en comunidad realiza una labor política en un sentido sociológico. Se teme además que sean eliminados todos los universitarios que discrepen de las corrientes de pensamiento

marxista, lo que traería como falta consecuencia una universidad subordinada a consignas políticas, donde no habría lugar a los disidentes, sin libertad de pensamiento. La tacha de politización de la universidad, sostiene Novoa Monreal, no es sincera, ya que la universidad estuvo al ciego servicio del régimen capitalista y se estructuró para atender a sus requerimientos en lo científico y en lo técnico, penetrando la política retrograda en sus aulas y laboratorios y siendo muchos hombres de izquierda excluidos solamente por las ideas que profesaban.

h) El papel del Estudiantado:

Son los estudiantes lo que desencadenaron el proceso de reforma, por consiguiente, es de ellos la responsabilidad de velar por que ella llegue a su cabal cumplimiento, pero para ello, más que ímpetu juvenil, se requiere además organización, disciplina, sentido de la responsabilidad y experiencia. Las primeras actuaciones adolecen de los inconvenientes propios de la inexperiencia, que los anti-reformistas han denominado “anarquía”, “caos” y “subversión”. Para adaptarse a las nuevas exigencias debe madurar el espíritu juvenil.

i) La Reforma en el área del derecho:

Las ciencias jurídicas es uno de los sectores más conservadores al interior de la universidad, por lo que la Reforma, en este ámbito, avanza lentamente. El estudio y análisis de las normas positivas, para Novoa Monreal, debe realizarse principalmente con el objetivo de poner de manifiesto los verdaderos propósitos a los que sirven y explicitar el freno que los tribunales superiores de justicia, sobre todo la Corte Suprema, implica para una interpretación progresista de las normas. Tiene un profundo convencimiento de que las modificaciones legales que lleguen a introducirse, aún dentro del actual sistema, pueden favorecer al establecimiento final de una nueva sociedad.

Por otro lado, durante los trabajos realizados por los grupos de Reforma en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en 1969, el profesor Eduardo Novoa presentó un documento sobre las bases y expresiones de dicha reforma. Ese documento fue presentado oficialmente al secretario de la reforma, sin embargo, no fue sometido a discusión¹⁴⁸.

Luego, con fecha posterior al Golpe de Estado, en 1978 en el exilio escribe *“La Universidad Latinoamericana y el problema social”*, donde parte de

¹⁴⁸ *“Bases para la reforma en el área de Ciencias Jurídicas, 1969”*, presentado durante los trabajos realizados por los grupos de reforma en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Ver en *“Una Crítica al Derecho Tradicional”*. Eduardo Novoa Monreal, p.401.

las ideas que aparecen en los textos anteriores, son citadas y traídas a colación nuevamente, pero esta vez, tratadas de una manera acabada, extensa y muy bien documentada, donde no tan sólo analiza el problema de la educación superior del país, sino de toda América Latina, muy en su estilo, insertando dicho análisis en uno de mayor envergadura que comprende las características centrales por las que atraviesa el mundo, el continente y como esas circunstancias inciden en materia educacional. Se trata de una visión mucho más madura que tiene aspectos marcadamente más radicalizados, ya que tiene de por medio la experiencia de las dictaduras en el propio país y en el continente y el exilio.

En este documento, analiza históricamente la misión tradicional de la universidad, su concepto y los inconvenientes que ha traído aparejado el cientificismo en el continente, vinculando el análisis con el medio social en que la universidad se inserta y la correspondiente comparación con los países desarrollados.

Propone, posteriormente, las tareas de la Nueva Universidad Latinoamericana, haciendo énfasis en su rol social, en su verdadera misión y realizando una comparación con sus actuales funciones, señalando cuáles resultan ineludibles. Profundiza en las características actuales de las sociedades latinoamericanas, todas las cuales presentan los mismos “síntomas”

del capitalismo, economías de consumo y subdesarrollo, siendo patente la fuerte ligazón entre los países latinoamericanos a partir de sus problemas económicos y sociales.

Continúa con una propuesta de carácter operativo, donde señala la necesidad de grandes cambios sociales para conseguir la ruptura de la dependencia, en diferentes aspectos. Estima que el fenómeno de la dependencia reviste diferentes aspectos, como el desarrollo científico, su influencia en el campo docente, en la preparación profesional, en el servicio social y en la extensión universitaria. Finaliza el texto mencionado haciendo un llamado a la juventud a cuestionar las estructuras universitarias y a la incidencia que ésta ha tenido recientemente, y defiende la caracterización del estudiante latinoamericano como un universitario comprometido y consiente, al servicio de su país, lo que denota, en definitiva, el carácter integral del compromiso de Novoa Monreal con la tarea de construir una sociedad distinta.

3.3.3 Su rol dentro del Consejo de Defensa del Estado y como asesor directo del Presidente Salvador Allende Gossens

3.3.3.1 Consejo de Defensa del Estado

Eduardo Novoa ingresó al Consejo de Defensa del Estado de Chile en el último escalafón de servicio, el año 1937, siendo todavía estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile¹⁴⁹. De a poco fue destacándose y fue subiendo en su estructura jerárquica, llegando al cargo de consejero en 1952 hasta ser nombrado Presidente del organismo en Diciembre de 1970¹⁵⁰, en uno de los momentos más trascendentales de la historia de Chile. Era el momento, de la mano de Salvador Allende, de generar en Chile la “vía legal hacia el socialismo”.

Siendo su Presidente, incidió de forma directa en la aplicación del Decreto Ley 520 (al cual nos referiremos más abajo) y en temas tan importantes como la Nacionalización del Cobre.

Gonzalo Vial, historiador identificado plenamente con el ideal conservador, escribió sobre Novoa: “Caracterizaban al señor Novoa el espíritu de trabajo y una alta exigencia respecto de éste, tanto en calidad como en cantidad. El Consejo adquirió bajo su mando una nueva eficacia: “Fue cuando mejor estuvo”, recuerda el ex Secretario y después Consejero Juan Frontaura, atribuyendo la “inteligencia y don de mando” del Presidente”¹⁵¹.

¹⁴⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. Obras Escogidas: Una Crítica al Derecho Tradicional. Santiago. Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar. 1993. s/p.

¹⁵⁰ NOVOA, Eduardo. Los Resquicios Legales. Santiago, Ed. BAT, 1992, p.67

¹⁵¹ VIAL. Op. cit. p. 78

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN SOBRE LA VALIDEZ DEL DECRETO LEY DURANTE EL PERÍODO ESTUDIADO.

4.1. Introducción

4.1.1. Consideraciones previas

El tema del Decreto Ley, durante este periodo, visto desde la óptica de la Ciencia del Derecho, y también desde el Derecho Constitucional, nos obliga a remitirnos principalmente al uso de los llamados “resquicios legales”. Éstos no son más que una serie de disposiciones, que se encontraban dispersas en el ordenamiento jurídico chileno, y que permitieron al Gobierno entrante poner en marcha su programa para formar el área de la propiedad social dentro de la economía. Dentro de estos resquicios, uno de los más importantes y trascendentes de ellos era el Decreto Ley 520 de 1932.

Consideramos necesario al lector tener presente dos importantes puntos. Primeramente, y como ha sido la intención de los autores, es necesario entender el contexto social y político que se vivía en la época. Para nuestra joven generación que juzga desde el cómodo punto de vista de la historia un período tan intenso, es interesante ver la forma en como se sostenían las argumentaciones en aquellos años. Ciertamente hoy en día, donde pareciera

que los paradigmas ya están establecidos y que difícilmente las cosas podrían cambiar, una elección presidencial podría parecer un tema baladí. Alegrementemente esta realidad está cambiando. Lo cierto es que en esta época predominaron en gran forma las pasiones, y muchos de los argumentos esgrimidos en aquellos años carecían de un profundo análisis jurídico. Finalmente todos eran parte de lo mismo, y se tendió a una generalización política que rayó en el absurdo. Por supuesto que existen notables excepciones, pero es importante tener esto en cuenta.

En segundo lugar, nos es imperativo demarcar de forma clara el objetivo de nuestra investigación. No es competencia de nuestro análisis la historia del Decreto Ley 520 (sin perjuicio de que nos referiremos brevemente a ella), sus normas específicas, o todo lo que rodeó a los *resquicios legales*. Nuestro objetivo es hacer una descripción de los principales argumentos entregados por ambos bandos en la época en relación a la validez, legalidad y legitimidad de la norma, y en virtud de estos argumentos poder formar una conclusión general, a la cual nos dedicaremos en el próximo capítulo respecto a la forma en como, a la luz de los hechos ocurridos durante los años estudiados, la cultura jurídica chilena entiende al Decreto Ley en su forma más abstracta. Será labor de otros autores establecer la forma en cómo se apreció al Decreto Ley en otras etapas relevantes de la historia de Chile, como por ejemplo en período posterior a la

dictadura de Augusto Pinochet. Existen variadas obras relativas a los resquicios legales, que ven el tema desde una óptica distinta¹⁵²

4.1.2. El Decreto Ley 520 de 1932¹⁵³

a) Breve reseña del precepto.

El Decreto Ley 520 fue dictado en un contexto de anormalidad constitucional. Ibañez ya no se encontraba en el poder, producto en gran parte de la crisis de 1929, la cual afectó profundamente a nuestro país. Con ello, y tras una seguidilla de golpes de estado que se dieron en la época, nace la República Socialista el 4 de junio de 1932¹⁵⁴. Dentro de este contexto se desarrolló el plan “Larraguirre”, que pretendió “sentar las bases para asegurar a

¹⁵² Véase al respecto: MICCO, Sergio. Unidad Popular, Resquicios Legales y Quiebre Jurídico-Institucional Chileno. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Concepción, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, 1987; VAISBUCH, Daniel. Compatibilidad Jurídica del Programa de la Unidad Popular sobre las tres áreas de la Economía con el Ordenamiento Jurídico Chileno. 1970-1973. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2012; LÓPEZ CHACÓN, Gloria. La expropiación en Chile durante el período 1970-1973 y los dictámenes del Consejo de Defensa del Estado. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1997; Loreto Cortés Alvear: “La Corte Suprema de Justicia y sus relaciones con el Poder Ejecutivo durante el Gobierno de la Unidad Popular” Memoria. (Licenciatura en Derecho). Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992.

¹⁵³ Véase texto completo del Decreto Ley 520 en página web: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6157>

¹⁵⁴ GÓNGORA, Mario. Ensayo Histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. Santiago, Ed. Universitaria. p. 243.

todos los habitantes del país el derecho a la vida y al trabajo”¹⁵⁵. Siguiendo a Góngora, las principales medidas que tomarían los que encabezaban el poder, serían:

- Control del crédito y del comercio interno y externo.
- Exigencia de que ninguna empresa paralizara sus labores alegando disminución de utilidades.
- Importación directa por parte del Gobierno de los artículos de primera necesidad.
- Medidas inmediatas para dar al pueblo vestuario, alimento y vivienda.
- Creación de empresas estatales productivas.
- Creación del Banco del Estado.

El mencionado Gobierno, que lideró primero Marmaduke Grove, y luego Carlos Dávila, dictó una enorme cantidad de normas, que no fueron más que Decretos Leyes, entre los cuales podemos destacar el que generaría, 38 años después, todos los conflictos que hace referencia esta memoria. El Decreto Ley 520, promulgado el 30 de agosto de 1932.

“...El principal objetivo buscado con los preceptos legales que componen este decreto ley, en un país de grandes desigualdades socioeconómicas y de

¹⁵⁵ VAISBUCH, Daniel. Compatibilidad Jurídica del Programa de la Unidad Popular sobre las tres áreas de la propiedad en la Economía con el Ordenamiento Jurídico Chileno (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 69

oportunidades, el cual desde sus inicios ha sido dirigido por unos pocos quienes han sido los únicos beneficiarios de las decisiones tomadas por ellos mismos; fue otorgar ciertas facultades al Estado en nombre de la sociedad toda, para planificar y desarrollar diversos aspectos de la economía nacional que pudiesen ayudar a un desarrollo más igualitario. Dicha normativa se centró especialmente en aquellos relacionados con la producción y distribución de artículos de primera necesidad y de uso o consumo habitual. De este modo se pretendió poder abastecer a todos los chilenos, de los diversos productos comprendidos en esta calificación, tendiendo a mejorar la calidad de vida de los más postergados.”¹⁵⁶

La norma creaba el Comisariato General de Precios y Subsistencias, que “establece que esa corporación adquiriría o bien controlaría la calidad y precio de artículos de primera necesidad (...) fijando precios, costos de producción, utilidades legítimas. Se declaran afectos para el sólo efecto de atender las necesidades imperiosas de subsistencia del pueblo, los predios agrícolas, las empresas industriales y de comercio, y los establecimientos dedicados a la producción y distribución de artículos de primera necesidad, autorizando su expropiación en caso de que una empresa se declare en receso o resista las

¹⁵⁶ VAISBUCH. Op. cit. p. 70.

condiciones fijadas por el Comisariato. Las empresas expropiadas serían administradas por el Comisariato...»¹⁵⁷.

Este Decreto Ley, que en su esencialidad creaba el Comisariato General de Precios y Subsistencias, organismo encargado de velar por el cumplimiento y ejecución de las disposiciones de la ley, no permaneció como letra muerta durante esos 38 años. Al contrario, fue objeto de múltiples modificaciones a través de Leyes y Decretos con Fuerza de Ley. Ellas ocurrieron durante los Gobiernos Radicales, durante la época de Ibáñez e incluso bajo el mandato de don Jorge Alessandri Rodríguez, Gobierno que cambió la institución del Comisariato por la de Dirección de Industria y Comercio (más conocida como DIRINCO). Este Decreto Ley además fue aplicado¹⁵⁸ durante todos los Gobiernos antes mencionados, aunque los artículos 5, 6, 7 y 8, que generaron toda la discusión de legitimidad del Decreto Ley en 1970 (y que tenían que ver con la expropiación y la declaración de utilidad pública de los predios agrícolas y empresas industriales) no fueron llevados a cabo en ningún momento.

b) Aplicación concreta del Decreto Ley 520

Como habíamos mencionado, era parte esencial del Programa de Gobierno de la Unidad Popular la formación del área de la propiedad social de

¹⁵⁷ GÓNGORA. Op. cit. p 257.

¹⁵⁸ VAISBUCH. Op. Cit. p. 72.

la economía. En las clases populares, la ascensión de Allende al poder fue un enorme triunfo, y veían ciertamente en su figura la posibilidad de lograr las transformaciones radicales que ellos estimaban necesarias para Chile.

En este contexto, enorme presión se ejercía sobre el naciente Gobierno a fines de 1970. Los partidarios de la UP se encontraban divididos. Por un lado existía un sector que quería llevar a cabo los cambios de manera directa, frontal y próxima, y por otro lado (sector que lideraba básicamente el Partido Comunista) se pensaba que lo mejor era ir con cautela y respetando la legalidad vigente, sobre todo en materia de expropiaciones, que se entendió necesitaban pasar por el Congreso Nacional, donde no contaban con mayoría. Se llegó a la conclusión en un primer momento que los cambios más estructurales vendrían en 1973, con las elecciones parlamentarias.

Señalaba Brahm García: “Con la llegada al poder de Salvador Allende y el gobierno de la Unidad Popular de alguna manera los términos se invierten: la propiedad privada debía pasar a ser la excepción. El objetivo ya no sería controlar, regular o intervenir la propiedad, destacar o hacer efectivas las obligaciones sociales a ella ajenas -aunque también forzados por las mismas circunstancias, se continuaría insistiendo en este camino- sino derechamente a

socializar: terminar con la propiedad privada de los medios de producción tal cual lo contemplaba la ideología marxista, inspiradora del nuevo régimen”¹⁵⁹.

De esta forma, teniendo claros los objetivos, y ante la presión que se ejercía sobre el Gobierno, con fecha 18 de diciembre de 1970 se publica el Decreto 1.180 en el Diario Oficial, que había sido dictado a su vez el 2 de diciembre de 1970¹⁶⁰ por el cual se expropia la Fábrica de Paños Bellavista de Tomé, que tenía la categoría de *establecimiento industrial*¹⁶¹. Esta expropiación se había hecho en virtud de que la empresa se encontraba en receso ya desde septiembre de aquel año, y efectuando además una serie de operaciones que daban a entender que la voluntad de sus dueños era dejarla paralizada de forma efectiva hasta que hubieran garantías de productividad para el país¹⁶². Esta era la oportunidad precisa de poner en práctica las disposiciones que no se utilizaron en años anteriores del Decreto Ley 520. Para ello, el Gobierno y su asesor *ad honorem* entendieron que, al ser la primera vez que se aplicaba esta norma en su total amplitud, debían consultar y estar autorizados por todos los órganos competentes. De una u otra forma, al ser esta la primera vez, tendría que pasar sus pruebas más importantes: el Consejo de Defensa del Estado (en

¹⁵⁹ BRAHM García, Enrique. La perversión de la cultura jurídica chilena durante el Gobierno de la Unidad Popular. “Resquicios Legales” y Derecho de Propiedad. Revista Chilena de Historia del Derecho. 18. 1999. p. 335.

¹⁶⁰ BRAHM García, Enrique. Op. Cit. p. 344.

¹⁶¹ Los establecimientos industriales fueron declarados de utilidad pública en virtud del Art. 4 del DL 520.

¹⁶² Estas operaciones incluyeron, entre otras, retiro de importaciones que ya se habían efectuado y giros de importantes sumas de dinero, que se entendían eran para “gastos de representación”.

el cual el Gobierno no tenía más que al profesor Novoa) y la Contraloría General de la República (cuyo contralor también era de oposición al Gobierno).

Solicitud de informes al Consejo de Defensa del Estado. A través del oficio 2.035 del Ministerio de Economía, enviado con fecha 27 de noviembre de 1970, se solicita informe (el cual era necesario e imprescindible) para proceder a la expropiación de la mencionada Sociedad. El Consejo, tres días después, emite el conocido y comentado dictamen 848, en virtud del cual se aprueba en todo lo relativo a la juridicidad la aplicación del Decreto Ley. De tal informe, citamos algunas consideraciones importantes en conexión a esta investigación (los subrayados son nuestros).

“El Decreto 1262 del Ministerio de US., de 18 de Noviembre de 1953 que contiene el texto refundido del D.F.L. 520 de 1932 y sus posteriores modificaciones, señala las funciones y facultades de la Dirección de Industria y Comercio.

De acuerdo con el Artículo 4 de ese texto legal, se ha declarado de utilidad pública toda empresa industrial o comercial y todo establecimiento dedicado a la producción y distribución de artículos declarados de primera, para el sólo efecto de atender las necesidades imperiosas de subsistencia del pueblo, y se autoriza al Presidente de la República para expropiarlos en los

casos contemplados por los artículos 5 y 6 del mismo cuerpo legal. Con arreglo al artículo 5 se puede expropiar todo establecimiento industrial o comercial que se mantenga en receso a solicitud de la Dirección de Industria y Comercio y previo informe favorable del Consejo de Defensa del Estado.

... los productos textiles son básicos para la industria del vestuario y éste, a su vez, es uno de los productos indispensables para atender las necesidades mínimas de los habitantes de la República.

La Empresa de que se trata se encuentra paralizada desde el mes de Septiembre pasado y esta circunstancia, aunque con alguna impropiedad del lenguaje utilizado por el legislador es obviamente el receso a que alude el artículo 5 del Decreto Supremo 1262, de 1953, antes citado.

Se reúnen por consiguiente las exigencias legales para proceder a la expropiación de la industria que pertenece a la sociedad Fábrica de Paños Bellavista Tomé S.A. y de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, este Consejo informa favorablemente la expropiación.

Para que dicha medida cumpla con eficacia la función que está llamada a llenar, será conveniente que US. tenga presente que existe opinión en el sentido de que la norma legal puede ser objetada por inconstitucionalidad, en

atención a que no establece la obligación de indemnizar previamente al propietario. A juicio de este Consejo este parecer carece de mayor fundamento, ya que será propio del procedimiento expropiatorio que inicia discutir el monto de la indemnización correspondiente. Para este efecto el artículo 7 del Decreto Supremo mencionado, dispone expresamente que deberán aplicarse para esta clase de expropiaciones las reglas generales contenidas en el título XV del Libro IV del Código de Procedimiento Civil. Entendidas así las cosas, es evidente que los artículos 4 y 5 del Decreto Supremo 1.262, guarda plena armonía con el texto de la Constitución vigente a la fecha de entrar en vigencia tales normas.

Desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución actual, tampoco hay problemas, considerando especialmente que la modificación al artículo 10 número 10¹⁶³, aprobada por Ley 16.615, de 20 de Enero de 1967, persiguió ampliar las potestades públicas en materia de expropiaciones. Por consiguiente, la referencia que hace la Constitución vigente a una ley que regule aspectos formales de la expropiación y monto de la indemnización, tribunal que conozca de la reclamación, forma de extinguir la obligación y

¹⁶³ Al año de emisión del informe del CDE, el Art. 10 No. 10 señalaba: "Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificado por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las formas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esa obligación, y las oportunidades y modos en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado".

oportunidades y modo de tomar posesión material de lo expropiado, está cumplida con la existencia de los citados artículos 4, 5, y 7 del Decreto Supremo 1.262 (no debe olvidarse que este Decreto Supremo contiene el texto refundido de un Decreto Ley, plenamente legitimado por la doctrina, la jurisprudencia, la práctica administrativa y la dictación de legislación regular posterior que se refiere a él)...¹⁶⁴

El mencionado Dictamen, prosigue con el análisis de los bienes que serán objeto de la expropiación. En relación a esto el Consejo informó que el Estado se haría cargo del activo de la empresa, sin hacerse responsable del pasivo.

Es muy interesante el análisis que podemos hacer del referido informe del Consejo de Defensa del Estado. Primeramente, no podemos olvidar que su Presidente era el asesor *ad honorem* del Gobierno, y que muchos de sus argumentos prevalecieron en la redacción de tal dictamen. Pero un elemento no menor a considerar es la composición del Consejo durante aquellos años. Al respecto su presidente señaló muchos años después:

“Para que se aprecie mejor lo que explicamos, recuérdese que entre sus consejeros se hallaban los abogados Lorenzo de la Maza, Avelino León H.,

¹⁶⁴ Memoria del Consejo de Defensa del Estado 1951-1970. Santiago, Editorial Andrés Bello-1973. p.535-538.

Guillermo Pumpin, Paulino Varas, Hernán Larraín R., Raúl Oliva M., Jaime del Valle, Ignacio Echeverría, Sergio de Ferrari y Manuel Guzmán Vial. Varios de ellos pertenecían a los más estrechos grupos alessandristas. Varas y del Valle, ex subsecretarios de Alessandri, fueron incorporados al Consejo junto con abandonar Alessandri el mando supremo. Otro, designado por Alessandri, pertenecía a la familia de éste. Todos ellos firmaron sin discrepancia alguna los informes que dispusieron las expropiaciones, con pleno conocimiento de causa”.

*“Los doce miembros del consejo tenían tan alta jerarquía administrativa que, conforme a las disposiciones constitucionales entonces vigentes, no podían ser removidos de sus cargos por la sola voluntad presidencial, se necesitaba para ello el acuerdo del Senado, el que, como se sabe, estaba en violenta pugna con el Presidente Allende. Esto les proporcionaba independencia para examinar con absoluta libertad las proposiciones del Presidente de la República (...)”.*¹⁶⁵

Podemos entender que el Consejo no vio mayores reparos (las diferencias surgieron respecto a la indemnización mayormente, aunque éstas tampoco primaron en la conclusión final del informe) en la aplicación del Decreto Ley 520. Para un Consejo altamente calificado estaba fuera de toda

¹⁶⁵ NOVOA. Op. cit. p. 67

duda la legitimidad y legalidad en la aplicación de esta norma jurídica. Lo interesante es que omite mayormente referirse a la validez de la norma en sí, como fuente del Derecho, reservándose su análisis mayormente en temas formales. En este sentido, primó para un órgano mayoritariamente opositor al Gobierno la opinión de Eduardo Novoa sobre la “legitimación ex-post” de la norma, como explicaremos en el siguiente apartado. El no existir objeciones de este tipo fortalece nuestro pensamiento, en el sentido de que no se necesitó mayor pronunciamiento sobre la legitimidad originaria de un Decreto Ley.

Este dictamen 848, que se complementa con el No. 889, tiene gran importancia en la discusión que relataremos más tarde en esta investigación. En efecto, la mayoría de los informes favorables que prosiguen a ellos, se remiten a éstos al momento de fundamentar la legitimidad y constitucionalidad de la norma¹⁶⁶.

Las expropiaciones hechas en virtud del Decreto Ley 520 no fueron muchas, y se aplicaron en su mayoría en industrias del sector textil¹⁶⁷. Su aplicación inicial fue aprobada sin mayores problemas, aunque con el paso de los meses las expropiaciones fueron progresivamente bloqueadas. Esto se debe principalmente a que en algunos casos se hizo aplicación del artículo 6 de

¹⁶⁶ Para estos propósitos ver Dictámenes 219 de 1971, 149 de 1972.

¹⁶⁷ Sus ejemplos más importantes son la expropiación comentada respecto a Bellavista Tomé S.A., Hilandería Andina S.A. y Lanera Austral.

este Decreto Ley que autorizaba la expropiación si no se seguían las cuotas de producción determinadas por el Presidente de la República y DIRINCO¹⁶⁸. En este sentido el caso de Hilandería Andina es determinante, ya que aquí fue el Ministerio de Economía (particularmente el Ministro Pedro Vuskovic) el que fijó cuotas de producción que la empresa no pudo cumplir, lo que determinó su posterior solicitud de expropiación¹⁶⁹. Al respecto el Consejo, a través de su informe 149 de 25 de Marzo de 1972, señaló (los subrayados son nuestros):

“Por oficio No. 258, de fecha 23 del presente mes, ese Ministerio solicita el pronunciamiento de este Consejo sobre la expropiación de Hilanderías Andinas S.A., al tenor de la causal de expropiación establecida en el artículo 6 inciso 2 del decreto supremo No. 1.262, de 1953, del Ministerio de Economía, o sea, por no haber dado cumplimiento la referida empresa al contingente de producción determinado por el Supremo Gobierno.

¹⁶⁸ “Art. 6: El Presidente de la República, a propuesta del Comisario General, podrá imponer a los productores la obligación de producir o elaborar artículos declarados de primera necesidad, en las cantidades, calidades y condiciones que determine.

El incumplimiento de dicha obligación lo autorizará para expropiar, con los requisitos señalados en el artículo anterior, el establecimiento, empresa o explotación del productor rebelde, todo sin perjuicio de las demás sanciones que establece la ley”.

¹⁶⁹ VILLALONGA, Cristián. Introducción a la política-jurídica en Eduardo Novoa: (desde una teoría crítica del derecho a la vía legal al socialismo durante la Unidad Popular) (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 2003. p. 115.

... Ahora bien, en relación con la empresa que nos ocupa, debe agregarse que por decreto No. 661 de ese Ministerio, de fecha 13 de junio de 1971, publicado en el Diario Oficial del día 6 de agosto del mismo año, se fijaron “los siguientes contingentes de producción de los hilados de algodón y mezclas, título medio 23/1 fabricados por la industrial “Hilanderías Andinas S.A.”, ubicada en esta ciudad...

... Es un hecho establecido por los funcionarios de la Dirección de Industria y Comercio y ratificado por las declaraciones juradas del Gerente de dicha empresa, que no se cumplieron los contingentes de producción dispuestos por la autoridad administrativa.

En consecuencia, siendo de utilidad pública las empresas industriales dedicadas a la producción de artículos de primera necesidad (art. 4 del decreto No. 1662) y habiéndose declarado por disposición gubernativa que tienen esta última calidad los hilados de algodón y sus mezclas, como asimismo el uso y goce de los establecimientos que lo fabriquen, no puede caber duda de que, en este caso, se dan los presupuestos exigidos por el Art. 6 del D.S. recién referido, que autorizan al Presidente de la República para expropiar a Hilanderías Andinas S.A. por no haber cumplido con la obligación de producción que le fue impuesta

*Por lo expuesto, este Consejo concluye, al tenor de la consulta que se ha formulado, que con los antecedentes que se ha tenido a la vista, no desvirtuado por otros, es legalmente procedente disponer la expropiación de Hilanderías Andina S.A., por cumplirse las exigencias prescritas (...)*¹⁷⁰

El anterior informe fue aprobado y suscrito por Eduardo Novoa Monreal, Manuel Guzmán Vial y Octavio Gutiérrez en forma íntegra, sin objeciones. Sin perjuicio de lo anterior, los Consejeros Avelino León Hurtado, Lorenzo de la Maza, Raúl Oliva, Guillermo Piedrabuena, Ignacio Echeverría, Jaime del Valle y Hernán Larraín adhirieron al informe pero con los siguientes reparos:

*“Los abogados que suscriben adhieren al informe anterior, insinuando la conveniencia de que la autoridad compruebe la eventual existencia de hechos o circunstancias que hayan impedido a la industria cumplir con el contingente de producción que le fue fijado...”*¹⁷¹

De esta forma se empiezan a determinar ciertas suspicacias dentro del mismo Consejo respecto de los informes emanados de la Dirección de Industria del Comercio. Todos los informes que se presentaron provenían de este organismo, y no se tenía certeza si las cuotas de producción se ajustaban a las

¹⁷⁰ Memorias del Consejo de Defensa del Estado. 1971-1990. Santiago, Ed. Andrés Bello. p. 65-68.

¹⁷¹ *Ibíd.*

proporciones reales de elaboración de Hilanderías Andinas S.A. Al respecto señaló en el mismo informe el Consejero Sergio de Ferrari:

“El abogado señor Sergio de Ferrari adhiere al informe de mayoría con la prevención de que, al calificar el incumplimiento de la obligación impuesta por el Supremo Gobierno a Hilanderías Andinas S.A. de producir determinadas cantidades del artículo, el Consejo ha tenido a disposición antecedentes reunidos por la Dirección de Industria y Comercio, en los cuales no se señalan activos que justifiquen el incumplimiento del contingente de producción en que aparece haber incurrido la empresa. En consecuencia, ateniéndose a lo indicado, y atendido que al Consejo no le es dable procurarse o considerar antecedentes de otras fuentes, resulta aplicable la sanción de expropiación...”¹⁷².

Estas suspicacias pronto encontrarán fundamento. Los consejeros se enteraron tiempo después que las cuotas de producción que estableció la DIRINCO eran excesivas e imposibles de cumplir, atendiendo a las características propias de la empresa que se deseaba expropiar¹⁷³. Esto generó grandes conflictos dentro del Consejo, señalando Novoa que “tenía el Consejo bastante revuelto”¹⁷⁴. Al sentirse engañados los Consejeros por parte del

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ VILLALONGA. Op. cit. p. 116

¹⁷⁴ Citado por VIAL en Op. cit. p. 83

Gobierno, requirieron en conjunto con su Presidente que las próximas solicitudes de informe vinieran con todos los antecedentes necesarios, sino simplemente no se informaría¹⁷⁵. Esto generó de aquí en adelante conflictos de tal magnitud que la vía de los resquicios legales (o por lo menos la vía del DL 520) se empezaría a terminar.

¿Cuál es el motivo para que un órgano de tal importancia como el Consejo de Defensa Fiscal no se pronuncie sobre la legitimidad de un Decreto Ley en sí? Al parecer sus miembros no consideraron de relevancia esta discusión. Entendemos que esta omisión se debe al tema central planteado en esta investigación: no existe, ni existió realmente en el pasado de nuestra historia y cultura jurídica una idea fundante que estimara que el Decreto Ley, por el sólo hecho de ser tal, está fuera de la legalidad y es totalmente ineficaz e ilegítimo. Tal y como vimos en el capítulo anterior, esto obedece a su vez al hecho que las Escuelas de Derecho casi no planteaban el tema, más allá de lo meramente descriptivo. De todas formas, en la época que estudiamos no abundaban más decretos leyes que los dictados durante la llamada República Socialista y el período de excepción 1924-1925. Para Vial, los Consejeros entendían que en el fondo el Decreto Ley era ilegal e ilegítimo, pero en la forma cumplía todos los requisitos de validez¹⁷⁶

¹⁷⁵ Ibíd.

¹⁷⁶ bíd.

Contraloría General de la República. De esta forma, con el visto bueno del Consejo de Defensa del Estado, las expropiaciones que se intentaron llevar a cabo desde Hilanderías Andina y hacia el futuro serían objetadas por la Contraloría, a cuya cabeza también se encontraba un funcionario de oposición al Gobierno.

De esta forma, la vía del DL 520 se empezaba a entorpecer. Señalaba Villalonga:

“De acuerdo con lo anterior, el principal obstáculo para esta táctica será el rechazo de la Contraloría General de la República a los decretos expropiatorios apoyados por el informe favorable del CDE sobre la expropiación de Hilandería Andina (...) y Lanera Austral. Estas expropiaciones, debido a la irregularidad de la imposición de las cuotas de producción, llevaron a la Contraloría a considerar como elemento integrante del control de legalidad, el juicio de mérito o de oportunidad, necesitando ahora acreditar (probar) de los hechos que motivan la expropiación, además del debido pago de indemnización. Desde ese momento la actitud de la Contraloría evitará momentáneamente el avance de los resquicios legales por la vía expropiatoria...”¹⁷⁷.

¹⁷⁷ VILLALONGA. Op. cit. p. 116.

Eduardo Novoa recibió con sorpresa la reacción de la Contraloría: *“Los miembros de los Tribunales de Justicia (salvo casos aislados) y el Contralor General Héctor Humeres Magnam, arrastrados por su posición política conservadora, abandonaron a poco andar el papel políticamente neutral que su función les imponía y utilizaron ésta como posición destinada al descrédito de la función gubernativa.*

Su principal objetivo pasó a ser colaborar en cualquier forma posible en la tarea de la oposición política, procurando siempre exhibir al Poder Ejecutivo como transgresor de la ley, aunque para ello debiesen torcer el recto sentido de ésta. En adelante iban a interpretar la ley, no como correspondiere jurídicamente hacerlo, sino como conviniera mejor a los intereses de los partidos de oposición. Es así como brotarían nuevas interpretaciones legales del D.L. 520, conforme a las cuales el Contralor General debía revisar no solamente la aplicación correcta de las normas jurídicas, al pronunciarse sobre un decreto de expropiación, sino también la oportunidad de la medida, aspecto de índole enteramente política”¹⁷⁸

Estimaba que las principales desviaciones de la Contraloría eran las siguientes: i) no limitarse al examen jurídico establecido en la toma de razón, sino ampliarlo a temas políticos, como la conveniencia u oportunidad de las

¹⁷⁸ NOVOA. *Los resquicios...* Op. cit. p. 68.

medidas expropiatorias que se estaban tomando; ii) abrir instancias de prueba para investigar y discutir la veracidad de los hechos relacionados a la expropiación, que generalmente eran los informes de DIRINCO, atribución que era privativa de los Tribunales de Justicia; iii) operar en el trámite de toma de razón como tribunal administrativo; y iv) idear nuevas doctrinas al cargo de contralor, rechazando de esta forma tomar razón de las actuaciones del Gobierno. Ejemplo de ellas sería calificar de ilícito penal las ocupaciones de las fábricas, cuestión que a su vez es absolutamente privativa de los Tribunales de Justicia¹⁷⁹. De esta forma el autor estimaba que el Contralor Humeres, quien ya poseía facultades del todo amplias, tomaba caminos que iban directamente en contra del plan del gobierno, y obstaculizaba los importantes cambios que se trataban de implantar a través de atribuciones que no eran inherentes a su cargo. La válvula de escape a esto serían los famosos decretos de insistencia, en virtud del cual el Presidente podía dar curso a disposiciones que no eran aprobadas por Contraloría, con el visto bueno de todos sus ministros. Este camino, que no fue más que el último recurso que tuvo aquel gobierno, sirvió de argumento principal para la oposición, que estimaba que el proceder no era más que utilizar la legalidad vigente de la forma más arbitraria posible y contra el espíritu de la ley.

¹⁷⁹ NOVOA, Eduardo. El difícil camino de la legalidad. En *Los resquicios...* Op. cit. p. 154-155.

De esta forma, en conclusión, se realizó la aplicación del Decreto Ley 520. Su empleo dejó muchas dudas, cuestionamientos, objeciones y apoyos. Sin duda su ejecución fue un pilar fundamental en la estrategia gubernamental de formación del área de la propiedad social.

A continuación, nos dispondremos a exponer los principales argumentos utilizados por los partidarios y detractores de la aplicación del Decreto Ley 520, para de esta forma entender de mejor forma el razonamiento empleado ellos. Esperamos de esta forma determinar cómo vieron ellos al Decreto Ley en esos años, y cuál fue el grado de argumentación al respecto.

4.2. Argumentos a favor de su aplicación. Eduardo Novoa y los Resquicios Legales.

El Profesor Novoa fue el más férreo defensor de la aplicación del Decreto Ley 520. A él le correspondió la labor de encontrarlo, y su visto bueno dio paso para que el Gobierno pudiera aplicarlo y, pasando por todas las instancias pertinentes, haya sido declarado válido, al menos en el comienzo.

Señalaba Novoa sobre estos preceptos que *“han sido hallados principalmente, bien en disposiciones olvidadas que habían sido dictadas por*

regímenes que durante breves períodos hicieron esfuerzos por cambiar las estructuras económico-sociales del país...”¹⁸⁰

Hablando sobre el Decreto Ley en abstracto, nos señala: *“Fue una legislación irregular puesto que prescindió del Congreso Nacional y emanó exclusivamente de las sucesivas “Juntas de Gobierno” o del Poder Ejecutivo de facto que más adelante encabezó el “Presidente Provisional de la República”, no obstante versar sobre materias de aquellas en las que la Constitución exige ley dictada con el concurso de todos los órganos que en Chile integran el Poder Legislativo: Cámara de Diputados, Senado y Presidente de la República legalmente elegido. Ella se expresó en casi siete centenas de “Decretos Leyes” (porque se extendían a materias propias de leyes no obstante originarse en la exclusiva voluntad del Poder Ejecutivo de facto) en los que se legisló sobre las más variadas materias, la mayor parte relativas a problemas sociales y económicos de la época”¹⁸¹*

En su libro “Los Resquicios Legales”, el profesor dedica un capítulo completo a la legitimidad del Decreto Ley antes mencionado. Rechazando el argumento que señala que el Decreto Ley no emana de la voluntad popular, señaló:

¹⁸⁰ NOVOA Monreal, Eduardo. “Vías legales para avanzar hacia el Socialismo”. Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p. 4

¹⁸¹ *Ibíd.*

“El argumento habría sido irreprochable si el reparo hubiera sido formulado y opuesto apenas el país hubiera retornado a la normalidad constitucional. Pero no fue así, porque ese Decreto Ley vio confirmada su eficacia en decenas de oportunidades sin que nadie, a lo largo de casi cuarenta años, le hubiese atribuido vicio alguno. No solamente esto, que al fin y al cabo constituía una pura omisión: además, todos los poderes del Estado le habían dado su expreso reconocimiento, teniéndolos como reglas jurídicas obligatorias con el mismo valor que cualquier otra ley regularmente dictada. En efecto, el Poder Legislativo lo había convalidado, dictando leyes que los modificaban o derogaban y que, por consiguiente, reconocían su validez y vigencia. El Poder Judicial lo había aceptado como ley, dándole expresa aplicación en innumerables fallos. El Poder Ejecutivo y los organismos jurídicos de mayor jerarquía, entre ellos la Contraloría General de la República y el Consejo de Defensa del Estado, le habían dado cumplimiento y habían dispuesto su acatamiento. Todo esto no solamente después que el Presidente Allende lo puso en aplicación para sostener su política económica, sino a largo de muchísimos años anteriores...”¹⁸².

Con lo anterior nos queda claro que uno de los principales argumentos del Profesor Novoa tiene un carácter en sí instrumental respecto del Decreto Ley como Fuente del Derecho. De esta forma, omite pronunciarse

| ¹⁸² NOVOA. Óp. Cit. p. 77.

específicamente respecto al Decreto Ley en su esencia, mas nos da a entender que éste fue “validado” por los distintos órganos y poderes del Estado a través de sus dictámenes y fallos. Es lo que nosotros llamamos la “legitimación ex-post”. Para él, en relación a este primer punto, el Estado debió haber tomado una actitud positiva en el momento preciso en que se recuperó la estabilidad en el país en 1933, estableciendo la derogación de tales normas. De esta forma, su validez debe ser expresamente declarada. Al no haberlo hecho, y sobre todo al tomar un rol activo en el reconocimiento de tales preceptos, el Estado reconoce de alguna forma que es la voluntad popular la que impera en estas normas. Así lo menciona de forma casi expresa:

“Derrocado el gobierno de facto y restablecida la normalidad constitucional surgió el grave problema jurídico de si debía desconocerse toda aquella legislación irregular o si debía reconocérsele eficacia. Y si bien connotados juristas de la época rechazaron su valor, en la práctica tanto los Tribunales como el legislador la tuvieron como una realidad que no podía ser negada...”¹⁸³

Este fue uno de los principales argumentos, pero no el único que utilizó el jurista de la Unidad Popular. Sus restantes posiciones las veremos una vez

¹⁸³ NOVOA. Op. Cit. p. 4.

revisados los argumentos de El Mercurio a través de sus editoriales y los abogados de la oposición.

4.3. La reacción de la oposición. Análisis de los argumentos utilizados por el Mercurio y principales abogados de la época.

4.3.1. El Mercurio

El primero decreto expropiatorio dictado en virtud de las potestades otorgadas por el Decreto Ley 520 fue el de la Fábrica de Paños Bellavista Tomé S.A., con fecha 1 de diciembre de 1970, recién en los inicios del Gobierno de la Unidad Popular. Ella fue hecha por el Presidente personalmente en su primera visita fuera de Santiago como Jefe de Gobierno, en Concepción. Ya durante su campaña había conocido los problemas de la fábrica, que se encontraba paralizada desde Septiembre.

El Diario de Agustín Edwards, con fecha 2 de diciembre de 1970 da a conocer la medida al país, expresando respecto a la “razón de la medida”: “La medida adoptada contra la Fábrica de Paños Bellavista-Tomé se fundó, -según una información de prensa entregada por DIRINCO- en “claras y precisas disposiciones de orden legal, como quedó plenamente establecido en el informe favorable del Consejo de Defensa del Estado..., este Consejo aprobó por

unanimidad la medida propuesta”. Luego el diario hace una relación de la nota de prensa de DIRINCO, donde se señaló desde un primer momento las disposiciones legales que se utilizaron para realizar la expropiación¹⁸⁴. Lo anterior favorece la conclusión que las normas no fueron escondidas a la opinión pública, sino todo lo contrario, fueron señaladas desde un primer momento por los agentes del Gobierno¹⁸⁵, lo que sin perjuicio generó desconcierto al no entender el contexto en el cual la norma fue aplicada, como así también el hecho de saber si la norma se encontraba o no vigente.

A mayor abundamiento, la propia editorial de El Mercurio de 3 de diciembre de 1970 señalaba, luego de dar a conocer los informes de DIRINCO y los preceptos legales utilizados: “Debe añadirse que las normas citadas están vigentes desde 1953¹⁸⁶, lo que demuestra que sucesivas Administraciones mantuvieron herramientas legales que hacen innecesario que el Ejecutivo demande nuevas facultades al Congreso para llevar a cabo medidas de profundo efecto económico”¹⁸⁷. Incluso, y en declaraciones que sólo podemos entender motivadas por la “beneficio de la duda” que existía respecto al naciente gobierno, se declara que “...*Todo esto indica que el Gobierno ha hecho uso oportuno de sus facultades ante la situación expuesta, desde que han*

¹⁸⁴ EL MERCURIO, Santiago, 2 de Diciembre de 1970.

¹⁸⁵ En este sentido, tanto Brahm García como Novoa establecen que éstos no se conocieron hasta después de varios días.

¹⁸⁶ Hasta ese momento, sin embargo, la prensa no tenía conocimiento del DL 520, sino del Decreto Supremo 1262 del Ministerio de Economía, que fijó el texto refundido de tal norma.

¹⁸⁷ EL MERCURIO, Santiago. 3 de diciembre de 1970.

*concurrido las disposiciones legales y, además, ninguna responsabilidad oficial cabe en el trastorno de la empresa expropiada*¹⁸⁸.

De todas formas, y ante el desconocimiento del dictamen del Consejo, señala el periódico: *“...Sobre todos estos aspectos sería de mucho interés el conocimiento público del informe favorable emitido por el Consejo de Defensa del Estado, a fin de que la ciudadanía se ilustre acerca de la procedencia constitucional y legal de la decisión del Gobierno y compruebe la forma en que se dará cumplimiento a las disposiciones que cautelan los intereses de terceros*¹⁸⁹. *Hasta este momento, el Mercurio aún no acuñaba la famosa expresión “resquicios legales”*¹⁹⁰.

De esta forma se fueron iniciando las pugnas entre el medio de prensa y el Gobierno, la cual se vio interrumpida durante el año 1971 entre anuncios de nacionalización del cobre, profundización de la reforma agraria, estatización de la banca, entre otros.

Siguiendo su línea editorial, con fecha 9 de agosto de tal año se redacta la famosa editorial “Hacia el Socialismo al margen de la Constitución”, de la cual extraemos sus visiones principales (los subrayados son nuestros):

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ EL MERCURIO, Santiago. 5 de diciembre de 1970.

¹⁹⁰ NOVOA. Op. Cit. p. 71.

“La Contraloría General de la República dio curso a resoluciones de la Dirección de Industria y Comercio que ordenaban la requisición de cinco industrias textiles...

... Precisamente una obra de reciente aparición del asesor jurídico del Gobierno y Presidente del Consejo de Defensa del Estado, abogado Eduardo Novoa, aborda el tema “Vías Legales para avanzar hacia el Socialismo” y propone fórmulas con las cuales es posible sobrepasar sin dificultad el texto de la Constitución Política vigente. La utilización del Decreto Ley 520, dictado en 1932 por un gobierno de facto, estando clausurado el Congreso Nacional, permite a los juristas de la Unidad Popular prescindir de la garantía que contiene el Art. 10 No. 10 de la Constitución que ampara el derecho de propiedad. Acentúa el carácter arbitrario de esta interpretación legal el hecho de que tres de los cinco artículos que en conjunto se han utilizado para consumar expropiaciones al margen de la Constitución ni siquiera están vigentes, pues la ley 16.464 que refundió la legislación sobre la Dirección de Industria y Comercio, no los contiene, y ése es el texto actual sobre la materia”¹⁹¹

La respuesta de Eduardo Novoa a estas acusaciones se encuentran en el mismo diario con fecha 10 de agosto de 1971, y que relataremos en la siguiente sección.

¹⁹¹ EL MERCURIO, 9 de agosto de 1971.

El 11 de agosto Oscar Aramayo declaraba en el mismo diario “... *Nadie, que yo sepa, ha planteado la invalidez jurídica de las disposiciones del Decreto Ley 520 por tratarse de una legislación aprobada por un gobierno de facto. Ese problema se planteó en el tiempo inmediatamente posterior al restablecimiento del Orden Constitucional en 1932; pero la aplicación que se hizo después de los distintos textos aprobados en el período revolucionario y las numerosas enmiendas legales que fueron introducidas por el Congreso a través del tiempo afianzó de manera indudable su vigencia legal*”¹⁹². Con esto sigue la remisión a las consideraciones encargadas a la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno para el estudio de los Decretos con Fuerza de Ley y Decretos Leyes, que incluiremos en el anexo de la presente investigación.

Finalmente, con fecha 13 de agosto y una vez recibidos y publicados los argumentos de ambos bandos, el diario publica su editorial “Contra la Constitución” (los subrayados son nuestros).

“Los términos en que se entienda el compromiso del Gobierno del Excmo. señor Allende de avanzar hacia el socialismo “dentro de la legalidad vigente” son importantes de definir, porque para nadie es misterio que con cierta dosis de habilidad puede llegarse a los más insospechados extremos de interpretación de las leyes.

¹⁹² EL MERCURIO, 11 de agosto de 1971. No olvidar que el Profesor Aramayo era partidario de la visión editorial del periódico.

El Presidente del Consejo de Defensa del Estado y mentor jurídico de la actual Administración, profesor Eduardo Novoa Monreal, ha refutado comentarios de estas columnas acerca de la aplicación improcedente de textos que no autorizan las expropiaciones en el sector industrial.

La página editorial no da cabida para debatir materias especializadas ni para hacer preciosismos jurídicos en polémicas entabladas por funcionarios del Gobierno. El tema de la validez o invalidez del texto del Decreto Ley No. 520 ha ocupado la atención de varios juristas de nota, cuya opinión está marginada de toda motivación política contingente, y que la ciudadanía ha tenido y tendrá la oportunidad de conocer, tal como ha podido enterarse de los argumentos del profesor Novoa.

Así como este último ha opinado que nuestro diario yerra, al sostener que las disposiciones expropiatorias del Decreto Ley No. 520 carecen de valor y su aplicación está fuera del texto constitucional, el presidente del Colegio de Abogados, tratadista y profesor de Derecho Constitucional don Alejandro Silva Bascuñán, sostiene precisamente lo contrario: que las disposiciones expropiatorias del Decreto Ley No. 520 no sólo están derogadas, en virtud de la facultad para revisar y refundir esta legislación que se concedió al Gobierno anterior, el cual al dictar el Decreto No. 1379 de 1966 omitió aquellas disposiciones, sino que, además, el conjunto de las mismas debe considerarse

tácitamente derogado por las reformas constitucionales de las leyes 15.295 y 16.615.

Asimismo, el reputado especialista en materias de comercio interno, señor Oscar Aramayo, ha allegado interesantes antecedentes acerca de la historia del reglamento del Decreto Ley No. 520. De ellos se desprende que la pretensión de expropiar empresas mediante aquél sería categóricamente ilegal. El ex Subsecretario de Economía, señor Julio Ruiz Bourgeois, informó en 1945, a raíz de la dictación de dicho reglamento, “que de ninguna parte podía inferirse en favor del Comisariato de Subsistencias y Precios, hoy Dirección de Industria y Comercio, la facultad de requisar empresas. Y en el caso de las expropiaciones, el señor Aramayo hace ver que, aun si se admitiera la plena vigencia de las normas del Decreto Ley 520, que las autorizarían, este Gobierno no se ha ceñido a las exigencias sobre procedimiento y justiprecio de la cosa expropiada que el mismo cuerpo legal tan discutido ordena.

Pero más allá del debate de los especialistas está la confianza ciudadana en que la acción del Gobierno debe ser justa y legal en materias sobre las cuales las opiniones se encuentran tan profundamente divididas. Si el respeto a la legalidad vigente significa que se utilizarán aún los recursos más extremos para descubrir disposiciones olvidadas y de dudosa validez con el fin de llevar a cabo medidas que en el consenso general eran tenidas por ilegales,

querrá decir que el compromiso de respetar dicha legalidad no asume el carácter de una garantía plena.

El mismo profesor Novoa ha estimado “explicable” que ante las primeras expropiaciones “la generalidad de los abogados y entendidos exteriorizaran la mayor extrañeza e indagaran sobre el fundamento legal de la medida, que desconocían”, como expresa en su monografía “Vías legales para avanzar hacia el socialismo”.

En realidad, estamos ciertos de interpretar a la opinión pública al objetar, como lo hemos hecho, que disposiciones dictadas a espaldas del Poder Legislativo, hace más de cuarenta años, por una Junta Militar de vida efímera, desaparecidas de los textos vigentes y sacadas a la luz mediante proezas de laboratorio, que connotados juristas desapruedian, puedan dejar sin sentido ni vigencia garantías constitucionales consagradas después de exhaustivos debates que preocuparon a todo el país”¹⁹³.

De esta forma, se logra entender que la intención del diario es mostrar como evidente el hecho de que el Gobierno de Salvador Allende no cumplió su principal promesa, que era avanzar hacia el socialismo por la vía legal. El uso de estas “disposiciones” (aún no se le llamarán resquicios) contravenía en su

¹⁹³ EL MERCURIO, Santiago. 13 de agosto de 1971.

núcleo esencial las garantías constitucionales, en especial el derecho de propiedad, ampliamente amparado hoy en día, pero que en esos años había experimentado ciertas modificaciones en virtud de la Reforma Agraria o los procesos de nacionalización que se llevaron por la vía del consenso entre el Gobierno y oposición.

De todas formas, el término *resquicios legales* será utilizado por primera vez por el Mercurio en su editorial de 29 de agosto de 1972, en su editorial “La Oposición se defenderá” (los subrayados son nuestros).

“...Porque el régimen ha demostrado ser capaz de utilizar al máximo cuanto instrumento la ley o las circunstancias ponen bajo su esfera de influencia.

La legislación, en su recto sentido y alcance, no le resultaba suficiente, de tal modo que debió recurrir a interpretaciones extremadas o tortuosas de la misma, como lo ha confesado por escrito el principal inspirador jurídico del régimen. Son los ya famosos “resquicios legales”¹⁹⁴.

Interesante también es destacar que la palabra empleada ya no es gobierno, sino “régimen”. En este momento, cuando ya casi se cumplían dos

¹⁹⁴ EL MERCURIO. Santiago, 29 de agosto de 1972.

años de gobierno, los ánimos y posiciones se encontraban muy polarizados, tanto así que pronto en el tiempo llegaría el famoso “paro de octubre”. En este contexto, que consigo trajo la renuncia de Eduardo Novoa a su cargo de Presidente del Consejo de Defensa del Estado, por adherir sus colegas al “día del silencio” (24 de octubre) en que debía sesionar el Consejo. Tal día asistió sólo su Presidente, más uno o dos miembros¹⁹⁵, lo que produjo su dimisión.

Finalmente, durante este mes de octubre, el Mercurio publica la última de sus editoriales referidas a los resquicios legales, donde mencionaba entre otros puntos:

“La expresión resquicios legales fue acuñada por el principal asesor jurídico de la Unidad Popular para referirse a ciertas disposiciones olvidadas que, en abierta contradicción al sentido general de la Constitución y las leyes, han permitido a la actual administración transferir al Estado bienes y establecimientos particulares, sin mediar ley expropiatoria.

A la sorpresa inicial de los abogados frente a la aparición de preceptos sobre cuya vigencia pocos estaban enterados, sucedió un periodo de estudio, al cabo del cual se ha podido concluir que tales resquicios existían, pero de

¹⁹⁵ VIAL. Op. Cit. p. 84

manera alguna podían autorizar las cosas que, valiéndose de ellos, ha llevado a cabo este Gobierno.

Hoy ya puede afirmarse que dichos arbitrios no son resquicios “legales” sino “ilegales”¹⁹⁶.

Señaló Novoa al respecto: *“Tarde vino a captar El Mercurio que al denominar “legales” a los resquicios, él mismo los había estado declarando conformes a la ley; tarde piache; su nuevo empeño para cambiar su denominación por la de “ilegales” no tuvo acogida alguna. Nadie lo acompañó, ni siquiera Silva Bascuñán”¹⁹⁷*

Con estas expresiones por ambas partes se terminan las acusaciones de El Mercurio de ilegalidad al Gobierno, lo que a su vez se condice con la mencionada salida de Novoa del Consejo de Defensa del Estado, lo que quitó un importante sostén a Salvador Allende y la Unidad Popular. Desde estos momentos, en todo caso, las expropiaciones irían a la baja, más las requisiciones seguirían su camino.

¹⁹⁶ EL MERCURIO, Santiago. 31 de octubre de 1972.

¹⁹⁷ NOVOA. Op. Cit. p. 75.

4.3.2 Alejandro Silva Bascuñan, Juan Carlos Dörr y Julio Philippi.

Alejandro Silva Bascuñan. Con fecha sábado 14 de agosto de 1971 se publica artículo “Juristas y Abogados Objetan Decreto Ley 520 para Requisar Empresas”. Con él, se esperaba emitir una opinión mucho más técnica que las editoriales anteriores, y de esta forma dar sustento legal a las acusaciones de fraude a la Constitución que acusaban los opositores al gobierno.

“...Cabe recordar que la publicación del señor Novoa¹⁹⁸ tuvo por objeto refutar los términos de un editorial de este diario, que hizo ver la irregularidad que envolvía utilizar para los efectos de consumir requisiciones y expropiaciones de industrias, textos de dudosa vigencia, contradictoria interpretación y procedencia espuria, que se ha pretendido hacer prevalecer por sobre disposiciones constitucionales aprobadas con posterioridad.

El Informe del profesor Silva Bascuñán versa sobre la fuerza jurídica del Art. 7 del Decreto de Economía No. 1262 de 1963, que contiene el texto refundido del Decreto Ley No. 520 de 1932.

... Expresa el profesor Silva Bascuñán que en 1966 se autorizó al Presidente de la República para revisar y refundir la legislación vigente sobre

¹⁹⁸ Esta opinión fue publicada con fecha 9 de agosto, y nos referiremos a ella en los contraargumentos de Eduardo Novoa.

costos, precios, comercialización y abastecimiento, lo cual el Ejecutivo hizo mediante el Decreto No. 1379 de 1966. Los artículos 64 y 65 del mismo reproducen el contenido de los Arts. 5 y 6 del Decreto 1262, pero excluyen, entre otros, el Art. 7 antes transcrito.

... A pesar de que el Art. 7 en estudio no figura en el Decreto 1379 de 1966, el actual Gobierno ha dispuesto expropiaciones llamadas a someterse a sus reglas.

... La ley 16.464 autorizó al Presidente de la República en 1966 no sólo para refundir la legislación económica sino para revisarla: “la revisión de una legislación importa la facultad de dejar fuera del cuerpo de aquellas normas que ya no tienen vigor por haber sido derogadas expresa o tácitamente”.

... antes de 1966 tuvo lugar la Reforma Constitucional al Art. 10 No. 10 de la Constitución en virtud de la ley 15.295, que permitía la toma de posesión de bienes expropiados sólo en los casos expresamente contemplados en esa norma, “con lo cual la ley constitucional, no sólo posterior sino superior al decreto No. 1262 (que había refundido en 1953 el texto del Decreto Ley No. 520) derogó, por la fuerza de su primacía, todas las normas legales que contravenían su nuevo contenido preceptivo”.

...Concluye el informe del Profesor Silva Bascuñán señalando que el art. 7mo del Decreto Ley No. 520 carece de existencia y no tiene valor jurídico alguno¹⁹⁹

De esta forma, el profesor Bascuñán centra su análisis no en la legitimidad de origen de la norma, sino más bien en el hecho que la norma se encuentra tácitamente derogada por no haber incluido el legislador parte de sus disposiciones en uno de los tantos momentos en que le reconoció eficacia.

Juan Carlos Dörr. En el mismo informe antes mencionado, el profesor de derecho civil de la Universidad Católica plasma sus argumentos.

“...Estas medidas²⁰⁰ son abiertamente ilegales e inconstitucionales, como lo demostraremos, no porque los Decretos Leyes carezcan de eficacia, sino porque la aplicación de éste ha sido ilegítima y arbitraria.

... Con respecto a las expropiaciones, recuerda que la Constitución Política, además de establecer que “nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés social calificado por el legislador”... dispone que “el expropiado tendrá siempre derecho a indemnización, cuyo monto y condiciones

¹⁹⁹ EL MERCURIO, Santiago.14 de agosto de 1971.

²⁰⁰ Las expropiaciones por parte del Gobierno.

de pago se determinarán equitativamente... La ley determinará las normas para fijar la indemnización... lo que el señor Novoa silencia.

... las disposiciones del Decreto Ley 520 fueron inconstitucionales en su época por cuanto autorizaban una expropiación sin pago previo de indemnización. Siguen siendo inconstitucionales aún después de las reformas de la Constitución, pues el Decreto Ley No. 520 no establece normas para fijar la indemnización ni tribunal competente para reclamar de ella... se produce el absurdo de que según esta última (la Constitución) el expropiado tiene derecho a una indemnización pero el Decreto Ley no le da derecho a exigirla²⁰¹.

De esta forma, el abogado no se centra -al igual que Silva Bascañán- en la legitimidad originaria del Decreto Ley, al cual tácitamente le otorga plena validez, sino que basa sus argumentos en la inconstitucionalidad de las medidas expropiatorias, al no fijar mecanismo alguno para la indemnización correspondiente al afectado, que según la Constitución corresponde otorgar en toda oportunidad.

Julio Philippi. Finalmente el importante abogado, diplomático, ex ministro de Estado, realizó una crítica completamente distinta a las anteriores. Quizás debido a una mayor seguridad conceptual, quizás por su importante

²⁰¹ EL MERCURIO, Santiago. 14 de agosto de 1971.

formación cultural, o posiblemente porque la vía de los argumentos de carácter estricto se encontraba agotada tanto por los partidarios del gobierno como de oposición, este autor se empeñó en destacar que la aplicación del DL 520 no era contrario al sistema jurídico vigente, sino más bien se contradecía a la cultura jurídica nacional.

Señalaba Philippi, después de reflexionar acerca de los orígenes de la sociedad, la naturaleza del hombre y el bien común:

“...Es incompatible con estos conceptos²⁰², aquella tendencia, tan marcada en épocas de crisis como la nuestra, de predicar el odio y la destrucción como la vía adecuada para construir un mundo mejor. La injusticia no se combate con una nueva injusticia, sino mediante la corrección y evolución inteligente de las instituciones y el respeto a las virtudes morales.

...Es, pues, grave obligación la de contribuir siempre a la transformación oportuna de las instituciones, a una más perfecta aplicación de la justicia y a la necesaria evolución de las formas sociales. Pero sin olvidar nunca que la sociedad es para el hombre, y no reducir a éste, como lo intenta el marxismo, a un simple engranaje secundario, inserto en una estructura de poder en la cual el bien común se confunde con la ideología excluyente de un grupo político.

²⁰² Los de justicia social.

...Los chilenos nos enorgullecemos —y con razón— de nuestra tradición de respeto al orden jurídico.

...Bello, dando forma a lo intuido por el genio portaliano, supo situar el centro de gravedad de nuestra convivencia social en la forma objetiva de derecho que expresara lo verdaderamente justo, superando caudillismos que sumieron a otros pueblos en largos y dolorosos períodos en los cuales se pretendía identificar la ley con el capricho o las veleidades de quienes detentaban el poder.

El principio de la necesaria concordancia entre lo objetivamente justo y la norma positiva es un principio básico, permanente y moralmente ineludible para todo legislador. La ley sólo será justa si respeta los derechos esenciales de los ciudadanos, debidamente coordinados con el verdadero interés general o social. Para ello será necesario que el legislador, tomando como “materia” los hechos y problemas sociales concretos que deba resolver, aplique a ellos los principios fundamentales de la justicia, virtud moral que, como ya hemos visto, es inmutable y debe dirigir todo el actuar de los hombres en sociedad.

Ni la ley positiva ni sus estructuras jurídicas son intocables. No pueden ni deben serlo, pues, como representan la solución de necesidades concretas de una sociedad en constante evolución, están obligadas a adaptarse

continuamente a cada época. De allí que sea absolutamente erróneo defender una supuesta intangibilidad de la ley positiva a pretexto de respetar lo jurídico. Una norma que pudo ser justa en la época en que se dictó, puede dejar de serlo por haberse modificado las condiciones que la motivaron.

La tradición jurídica, esto es, la tradición de respetar lo verdaderamente justo, no estriba, pues, en un fetichismo de la “ley escrita”, sino en el esfuerzo por ajustarla al verdadero interés social. Si se mantuvieren leyes que han quedado inadecuadas, o se dictaren leyes contrarias a derechos fundamentales del hombre, quienes en su aplicación quisieren cubrirse con la tradición jurídica chilena estarían, en verdad, desconociéndola.

...No debe olvidarse que también el tirano, al cometer sus iniquidades, alegará en su favor una legalidad “formal” que él mismo ha creado mediante normas injustas...

...Por desgracia presenciamos hoy día un continuo abusar a pretexto de lo “justo”, bajo la capa del cumplimiento puramente formal de normas positivas vigentes o de normas “ad hoc” que se dictan para cohonestar una injusticia, escudándose ésta a continuación bajo el pretexto de que se trata de un acto “legal”.

*...Por desgracia no faltan quienes, sinceramente convencidos de representar doctrinas de avanzada social, en esta materia retrotraen siglos o milenios tratando de justificar que el mero cumplimiento de la letra de cualquier precepto legal positivo encuadra dentro de la noble tradición jurídica chilena”.*²⁰³

De esta forma Philippi toma un punto de vista novedoso y distinto al esgrimido por los anteriores abogados. Para él, la aplicación de los “resquicios legales” tiene que ver con un tema mucho más amplio que la mera validez de la ley en un momento determinado. Queda claro con su posición, sumada a la de los anteriores juristas, que no existían trabas formales que impidieran la ejecución de expropiaciones en virtud del Decreto Ley 520. Para él es más importante la “tradición jurídica y legalista” que existió en Chile desde el orden Portaliano plasmado por Bello y otros autores en los armónicos códigos decimonónicos. Esta tradición fue manifiestamente violada por las disposiciones emanadas del gobierno de facto que fue la República Socialista de 1932, y es por eso que no se condicen con el bien común de la realidad concreta nacional ni menos aún con la justicia social.

Valoramos estos argumentos, independientes de nuestra posición al respecto, ya que evidencian una preocupación mayor al de la mera aplicación

²⁰³ PHILIPPI, Julio. Reflexiones sobre el bien común, justicia, derecho y formalismo legal. En: Escritos y documentos de Julio Philippi (Primera Parte). Centro de Estudios Públicos. (En línea). www.cepchile.cl/dms/archivo_1133.../rev75_fontaine_sierra.pdf (Consulta: 23 de julio de 2013).

de normas como un Decreto Ley. De esta forma para Philippi será contrario a la cultura jurídica chilena el aplicar decretos leyes que provengan de Gobiernos que no representen esta tradición nacional, que no es más que el individualismo que se encuentra impregnado en todas las leyes del siglo XIX, y que provienen de la Revolución Francesa.

4.4 Réplicas de Eduardo Novoa

Tuvo Eduardo Novoa muchas instancias para expresar sus ideas respecto a la aplicación del Decreto Ley 520. Durante esos años escribió su ensayo “Vías legales para avanzar hacia el Socialismo”, “El difícil camino de la legalidad”, y más tarde escribió “Vía legal al Socialismo” (1977) y “Los resquicios legales” (1992). Además sus ideas quedaron en parte plasmadas en los dictámenes del Consejo de Defensa del Estado -sin perjuicio de que los dos primeros y más trascendentes, el 848 y 889, fueron redactados por Guillermo Pumpin-. Asimismo, tuvo la oportunidad de replicar a ciertas editoriales de El Mercurio, las cuales fueron oportunamente publicadas.

En su carta a El Mercurio, en respuesta a su editorial “Hacia el Socialismo al margen de la Constitución” (9 de agosto de 1971), Eduardo

Novoa refuta los argumentos ahí plasmados, señalando 4 tesis falsas, con sus respectivas correcciones²⁰⁴. Ellas son:

1. Que el Decreto Ley no puede ser aplicado por provenir de un Gobierno de Facto. Al respecto Novoa esgrime los mismos argumentos presentados anteriormente en esta Memoria²⁰⁵, señalando la mencionada teoría de la “legitimación ex-post” que le habrían dado a la norma todos los poderes del Estado. Una vez más la discusión no se centra en el plano teórico, sino en el hecho material de que este Decreto Ley fue aceptado ampliamente por la cultura jurídica chilena, al igual que muchos otros, como los que regulan la Propiedad Intelectual²⁰⁶. Termina su primera refutación con una frase que analizaremos en la conclusión de este trabajo: “La verdad es, por consiguiente, que todos los chilenos, autoridades o simples ciudadanos, juristas y no juristas han visto siempre en los decretos leyes disposiciones con valor equivalente al de una ley y así los han aplicado”.
2. Que el Decreto Ley contraviene la garantía constitucional de derecho de propiedad. Novoa esgrime para refutar esta tesis que el DL 520, que ha

²⁰⁴ NOVOA, Eduardo. El área de la propiedad social y los resquicios legales. (En línea). <http://eduardo-novoa-monreal.blogspot.com/2012/07/el-area-de-propiedad-social-y-los.html> (consulta: 23 de julio de 2013).

²⁰⁵ Ver punto 2 de este capítulo.

²⁰⁶ En este sentido, Novoa refuta a el Mercurio de particular forma, mencionando que las regulaciones sobre propiedad industrial se encuentran en un Decreto Ley, y acto seguido pregunta: ¿Llegaría la consecuencia de El Mercurio, según su posición del editorial de hoy, hasta sostener que su propia marca comercial no tiene amparo constitucional ni legal y que cualquier otra publicación podría usar el nombre de El Mercurio?

sido validado anteriormente por todos los poderes del Estado, declara de utilidad pública los establecimientos industriales, haciendo viable la expropiación, ya que existe ley que así lo declara.

3. La ley 16.464, que refundió la legislación sobre la Dirección de Industria y Comercio, derogó artículos del DL 520 que eran indispensables para su aplicación. Sobre este punto Novoa explica que la mencionada ley sólo facultó al Presidente de la República para revisar y refundir la legislación de la DIRINCO, mas no lo autorizó en ningún caso para derogar disposiciones en él contenidas (en específico, artículos 4, 7 y 8 de la mencionada norma). Respecto a este punto Novoa también refuta en duros términos a Silva Bascuñán (tildándolo de constitucionalista reaccionario), expresando que él daba por sentado que la autorización para revisar una ley, otorgada al legislador, incluía la de derogar textos legales, entendiendo que el texto refundido originaba un nuevo texto legal diferente²⁰⁷.
4. Es misión de la Contraloría objetar la aplicación concreta de este Decreto Ley para de esta forma evitar las futuras expropiaciones. En relación a esto Novoa replica lo que expresamos anteriormente respecto a la Contraloría, esto es, que a este órgano no le compete pronunciarse sobre la legitimidad o sobre la ilegalidad de la norma. La Contraloría sólo habría objetado -fuera de sus atribuciones- fundamentos de hecho de la

²⁰⁷ NOVOA. Op. Cit. p. 83.

medida, como por ejemplo los niveles de producción exigidos a los determinados establecimientos industriales.

En respuesta al profesor Dörr, por sus acusaciones de que el DL 520 era inconstitucional por no otorgar el correspondiente derecho a indemnización que garantizaba la Constitución, Novoa simplemente se remite a los informes del Consejo de Defensa del Estado, expresando que para los doce consejeros (11 de ellos de la oposición y cuatro de ellos alessandristas acérrimos) este no fue un punto de discusión y quedó ampliamente aprobado, por lo cual ni siquiera ameritaban respuesta las opiniones de este jurista.

La réplica a Julio Philippi es algo más completa, al referirse ésta a principios jurídicos más amplios que la mera legalidad de la norma en particular. Consideró Novoa que estos argumentos a pesar de su poca precisión tenían en sí más “experiencia y astucia”²⁰⁸.

Su principal argumento es establecer que la dictación del Decreto Ley 520 si es concordante con los fundamentos del sistema y tradición jurídica chilena: *“...de ninguna manera una supuesta interpretación legal apegada a su letra podía violentar el espíritu de los preceptos cuestionados, ya que éstos fueron dictados con el propósito preciso de introducir en Chile leyes con*

²⁰⁸ *Ibíd.*

carácter socialista. El que un gobierno como el de Allende, utilizara preceptos dictados por un régimen de facto que se declaraba socialista, no rompía armonía alguna ni autorizaba para disociar letra y espíritu de la ley...”²⁰⁹.

Señaló también para refutar a Philippi que “... *no se necesitaba ser un gran gurú para darse cuenta de que a la legislación chilena de comienzos de los setenta se le habían introducido numerosas innovaciones de avanzada, lo que hacía que la incorporación a ella de preceptos legales de claro tinte progresista no pudiere ser tomada como abiertamente contraria al sistema...*”²¹⁰. Para esto, cita algunas normas de ese tipo como la ley de reforma agraria, nacionalización del cobre aprobada por unanimidad de los sectores políticos, aceptación de privaciones de dominio sin pago de indemnización por parte del Estado, el Estatuto de Garantías Constitucionales exigido por la Democracia Cristiana al Presidente Allende, casos en los cuales principios fundantes como la autonomía de la voluntad o la doctrina de los derechos adquiridos se encontraban claramente limitados.

Concluye de esta forma que “...*cuando Julio Philippi impugnaba los resquicios legales acudiendo a los grandes principios que informan el sistema jurídico chileno, acusándome de fraude a la ley, o bien desconocía los avances producidos en la legislación nacional en los últimos años o bien hacía un*

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ *Ibíd.* p. 85.

*examen tendenciosamente incompleto o descentrado del ordenamiento jurídico que nos ha regido, para allegar argumentos a su posición*²¹¹.

4.4 Conclusiones.

Hemos tratado de presentar al lector, de la forma más completa posible, el cómo se dio aplicación al Decreto Ley durante el Gobierno del Presidente Allende. Situamos el contexto social y político, nos referimos con cierto grado de profundidad al mentor intelectual de su ejecución, y a su vez hemos descrito los principales argumentos que enfrentaron a ambas posiciones durante esta época.

La discusión en torno al Decreto Ley en esta época tuvo un agregado particular. En Chile por primera vez se intentó llevar a cabo, por la vía democrática, crear una sociedad basada en el ideario socialista, aunque sabemos que dicho ideario también contiene una importante variedad de visiones. Esta experiencia histórica, sin duda fue un hecho sin precedentes en la historia de la humanidad, y gran parte de las reacciones que se dieron en un país tan legalista como Chile eran esperables. Fue, finalmente, la cuestionada legalidad que critica el autor a quien nos referimos principalmente en este capítulo la que permitió a Salvador Allende alcanzar el poder.

²¹¹ Ibíd. p. 86

Esta legalidad muy prontamente puso barreras casi insuperables para el gobierno de turno. Los caminos se cerraban casi sin siquiera recorrerlos, aunque el ejecutivo tenía muy claro que estas barreras debía necesariamente superarlas para lograr formar el área de la propiedad social, eje central de su programa de gobierno y en virtud del cual se generarían los más profundos cambios, en una sociedad que en sus bases más intrínsecas seguían firmes los llamados “grandes principios legales del liberalismo” entre los que encontramos sobre todo a la propiedad privada.

En este camino entonces aparece un Decreto Ley. Este Decreto Ley dictado muchos años atrás por un gobierno de facto, permitiría sobrepasar la infranqueable barrera del Congreso que se enfrentaba en desventaja y minoría, y que progresivamente fue bloqueando todas las iniciativas del Ejecutivo. La pregunta era entonces si correspondía utilizarlos o no. Queda claro, según lo hemos relatado, que el asesor jurídico del Gobierno, Eduardo Novoa, sabía las reacciones que generaría la primera expropiación. No podemos menos que presumir que Allende también lo sabía. Asimismo, era un hecho evidente que la oposición, liderada por El Mercurio e importantes abogados, se esmerarían en convencer a la opinión pública que el gobierno no respetaría la legalidad, sin perjuicio de su actitud vacilante en los inicios de estas medidas, a fines de 1970. Con todos estos antecedentes, la decisión es tomada y se da curso a las expropiaciones.

La aplicación del DL 520 y sus posteriores discusiones en torno a la validez y constitucionalidad de la norma pueden ser vistas desde diversos ámbitos. Siguiendo a Daniel Vaisbuch²¹², los cuestionamientos a la norma surgieron desde tres ámbitos: (i) legitimidad de origen, que tuvieron como principal argumento el hecho de que la norma provenía de un régimen antidemocrático y efímero. Estos argumentos fueron postulados principalmente por el Mercurio y Alejandro Silva Bascuñán. La disputa propuesta no consideró que este dilema había sido planteado una vez derrocado el régimen de facto, y que a la vez la mayoría de estos decretos leyes fueron “validados” por todos los poderes del Estado. Esta discusión, para efectos de nuestra investigación, es de importancia significativa; (ii) legitimidad de vigencia, donde su principal crítico fue nuevamente Silva Bascuñán, quien expresó que el Decreto Ley se encontraba derogado al no haberse incorporado al texto refundido de la Dirección de Industria y Comercio algunos artículos de la polémica norma jurídica; (iii) su constitucionalidad, al violar (según sus detractores) flagrantemente el derecho de propiedad consagrado en la carta magna de 1925. Sobre este tema polemiza principalmente El Mercurio, Juan Carlos Dörr y por otro lado se contraponen a él los análisis hechos por el Consejo de Defensa del Estado; y (iv) la coherencia con el ordenamiento y tradición jurídica nacional del Decreto Ley No. 520. Aquí seguimos los novedosos argumentos de Julio Philippi y la respuesta de Eduardo Novoa.

²¹² VAISBUCH. Op. Cit. p. 95-135.

Las discusiones que hemos tenido cobran importancia por sus argumentos. Nos permiten entender lo que se pensaba en la época respecto al Decreto Ley, las visiones de sus autores, y, finalmente, como la cultura jurídica se vio en un determinado momento confrontada por la expresión de un formalismo absoluto. ¿A qué llevó su aplicación entonces? ¿Quedó esto en simples conflictos que finalizaron en octubre de 1972, o podemos afirmar que el quiebre institucional se debió en gran parte a medidas como las expropiaciones fundadas en Decretos Leyes? Nos parece claro que el Gobierno, avalando el uso de estas medidas, las veía como esencialmente transitorias, ya que para crear un socialismo en serio se necesitaban leyes que lo permitieran, y eso sólo podría ocurrir con un rotundo triunfo en las elecciones parlamentarias de marzo de 1973. Finalmente, esta elección significó una doble derrota, tanto para el Gobierno que no pudo entablar las reformas que consideraba necesarias, como para la oposición que no logró los dos tercios que anhelaba para destituir al Presidente²¹³. Junto con eso, el paro de octubre sacó del Consejo de Defensa del Estado a Novoa, y con ello el camino de los resquicios legales se vio frenado de manera abrupta. Desde ese entonces, la llamada polarización de la sociedad chilena llegaría a su punto crítico. La Corte Suprema y el Gobierno se enfrentarán públicamente, la Cámara de Diputados llama abiertamente a la intervención militar en agosto de 1973, y por otro lado los sectores más radicales de la izquierda llamaban a iniciar la dictadura del proletariado.

²¹³ VILLALONGA. Op. Cit. p. 136.

¿Temían los abogados ligados a la Unidad Popular cuestionamientos mayores por ser este precepto un Decreto Ley? ¿Se cuestionaron sobre la validez propia de cualquier decreto ley al momento de iniciar las expropiaciones? ciertamente lo dudamos. Creemos, de forma preliminar a nuestra conclusión final que será incluida en el próximo capítulo, que en ese entonces, y más aún después del golpe de estado, donde se gobernó a través de estos decretos de procedencia espuria, la aplicación o no de este tipo de normas carece de importancia. Si, para lograr los objetivos, se pueden usar formas jurídicas anormales pero efectivas, entonces, como señalaban algunos en aquella época, se debía “avanzar sin transar”.

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DECRETOS LEYES Y LOS
LÍMITES DE LA TEORÍA PARA DAR CUENTA DEL PROBLEMA DE SU
EFICACIA. POSIBLES ORIENTACIONES PARA LA TEORÍA.

La experiencia de la Unidad Popular, y los debates a los que fue sometida la utilización, por parte del gobierno, de un Decreto Ley que, como hemos visto, resultó de gran alcance polémico para la sociedad chilena de ese entonces, nos permite plantear una serie de problemas que, si bien no pretendemos darles solución definitiva, al menos esperamos proporcionar algunas orientaciones que puedan guiar un estudio que incorpore las diferentes complejidades que éstos plantean.

En primer lugar, cabe señalar que los decretos leyes operan *de facto*, esto es, más allá de lo que una Constitución Política específica establezca, según sus normas pertinentes, como válido. Los regímenes específicos que, en función de sus intereses y proyectos políticos de turno, hacen uso de estas normas jurídicas, buscan justificar su aplicación en razones que no son de suyo concluyentes, y como permite dar cuenta el gran debate en torno a los resquicios legales, la oposición a dichos regímenes esgrimirá razones, para nada desdeñables, en función de obstaculizar la aplicación de los mencionados instrumentos legales. Los distintos argumentos, que a su vez utilizan distintos aspectos y principios de la tradición jurídica moderna, podrán ser atendidos o

no, en términos jurídicos, según la coyuntura histórica específica –toda vez que, por ejemplo, los funcionarios claves de los distintos poderes del Estado sean de una u otra tendencia-, lo que en última instancia nos indica que la cuestión, más que propiamente jurídica, tiene elementos propios del ámbito de la política.

Si tratásemos, en todo caso, de explicarnos la eficacia de este tipo de normas jurídicas, en base a la tradición jurídica positivista que, en sus aspectos relevantes para este trabajo, desarrollamos en el primer capítulo, nos encontraríamos con varios problemas. Por un lado, si el Derecho es lo que el positivismo jurídico sostiene que es, no se entendería cómo es posible que los decretos leyes puedan tener eficacia, aún cuando los juristas denuncien su inconstitucionalidad –o aún cuando defiendan su adecuación al ordenamiento jurídico vigente. De acuerdo a esta tradición, que como hemos visto también se expresa en las propias normas de nuestro ordenamiento jurídico vigente, la ley es válida cuando es dictada de acuerdo a los procedimientos establecidos por el Estado. Dichos procedimientos son, en nuestro caso, y al menos en el papel, democráticos. ¿Cómo es posible, entonces, que el Decreto Ley 520 pueda haber sido utilizado? O en un alcance más actual, ¿cómo es posible que los decretos leyes que, por ejemplo, regulan el sistema de pensiones, o el Código del Trabajo establecido durante la dictadura militar, no hayan sido cuestionados o invalidados por el régimen democrático posterior, aún cuando eran normas al

menos formalmente contrarias a la propia Constitución establecida en 1980? La propuesta del positivismo es incapaz de explicar este problema en sus propios términos, toda vez que se encuentra obnubilada por su idea de lo que el Derecho debiera ser, perdiendo de vista lo que el Derecho, *de hecho*, es. Necesita, de esta manera, recurrir al ámbito de lo político.

La propuesta de Schmitt, por otro lado, también resulta insuficiente, toda vez que lo que busca justificar, a saber, la producción normativa de un Poder Constituyente soberano, en situación de excepción, resulta aún problemático cuando este mismo Poder establece una Constitución que en su misma letra sostiene que no son válidas las normas que no hayan sido establecidas de acuerdo a los procedimientos establecidos. En otras palabras, sirve para justificar la intervención coyuntural de un régimen de excepción, pero no nos permite entender por qué una norma jurídica continúa vigente, a pesar de lo que el mismo poder soberano establezca en su propia Constitución.

Una posible orientación para la teoría, en pos de dar cuenta de la relación que existe entre el derecho y la política, de tal manera de poder explicar de manera consistente, no solamente la vigencia del Decreto Ley 520, sino también la operatividad actual del sistema de decretos leyes que legó el régimen militar y que siguen, hasta hoy, ordenando importantes áreas de la vida

política, social y económica de Chile, debe ser capaz de conceptualizar adecuadamente la *forma legal*, su especificidad, sin perder de vista la idea de que el derecho forma parte de un proceso político y social más amplio. En otras palabras, se vuelve necesario dejar atrás la concepción positivista del Derecho. No es el propósito de este trabajo dar una explicación acabada y definitiva de esta posible orientación, pero nos contentaremos con delinear algunas características que, pensamos, debiera considerar.

Además de dar cuenta de la especificidad de lo jurídico en cuanto a su *forma*, la teoría del derecho debiese ser capaz de comprender a las normas jurídicas como expresión de relaciones sociales concretas. Esto quiere decir que, por un lado, no basta que una ley sea dictada de acuerdo a los procedimientos establecidos para que sea Derecho vigente, como tampoco basta que una ley no sea dictada de esta manera para, por contrapartida, ser inválida e ineficaz. En consecuencia, si el Decreto Ley 520 pudo ser aplicado por el gobierno de la Unidad Popular, y no se cuestionó radicalmente su vigencia, en términos prácticos, hasta que su aplicación resultó verdaderamente conflictiva, es porque la norma jurídica en cuestión reflejaba un aspecto de la realidad social que las características del Estado, en su configuración hasta 1973, reconocían en buena parte, a saber: ciertos límites al derecho de propiedad, de acuerdo a su función social, aún cuando su protección, como

derecho inalienable, nunca estuvo en cuestión de manera radical de parte de la institucionalidad estatal. El significado de su aplicación, en el contexto de la Unidad Popular, resultó abiertamente conflictivo, toda vez que el mencionado gobierno, como cabeza de un proceso socio-político de inspiración radical, implicaba una posible amenaza a las relaciones sociales vigentes entonces, y es ese contexto de potenciales transformaciones el que se ve expresado en el debate sobre los resquicios legales. En esta misma línea, si los Decretos Leyes establecidos durante la dictadura militar posterior mantienen su vigencia, podría decirse que es porque, en sus fundamentos, las relaciones sociales configuradas durante dicho período no cambiaron de manera sustantiva una vez restablecida la democracia en el país, al menos en los aspectos en que la producción normativa del período no fue explícitamente derogada. Así, por ejemplo, el Plan Laboral establecido a fines de la década de 1970 se mantiene, en buena parte vigente, porque la esencia de las relaciones laborales que dicha normativa regula se ha mantenido también, más allá de algunas modificaciones parciales. El Derecho, en este marco interpretativo, tiene una particularidad *formal*, y un contenido social específico, pero no es posible entenderlo en su complejidad sin referencia a las relaciones sociales y políticas de las que este elemento tan importante de la vida moderna forma parte. El enorme desarrollo de la teoría jurídica positivista nos da una gran ayuda para la comprensión de sus características formales. Pero resulta insuficiente a la hora de analizar su realidad efectiva.

Es interesante recordar las palabras de Franz L. Neumann, destacado jurista social-demócrata, contemporáneo de Schmitt, al analizar el cambio en la función del derecho en la sociedad moderna. Neumann discutió, en su momento, con las posturas de Schmitt, y en el contexto de esa polémica, es útil destacar el análisis que, recordando a Spinoza, realiza sobre la realidad del derecho. Según Neumann, bajo circunstancias normales, el Estado tiene el poder supremo, y por tanto el Derecho más elevado. Sin embargo, la relación entre el Estado y la sociedad no es una relación rígida, de tal manera que cuando un grupo social adquiere suficiente poder, podría eventualmente lograr la dirección del Estado y transformar su propio poder social en “el Derecho” y en “la Justicia”, *formalizando* de esta manera esta relación –de carácter político y social- a nivel de la institucionalidad estatal.²¹⁴ En otras palabras, lo que debe ser considerado como derecho dice relación con la *formalización* jurídica de ciertas relaciones sociales, en la medida en la que los grupos sociales en conflicto logren el poder suficiente como para establecer dicha configuración con la *forma del derecho*, esto es, con la aprobación y garantía del orden político y jurídico más relevante de la sociedad moderna: el Estado.

²¹⁴ “Under normal circumstances the state has supreme power, and hence it has the highest right. Should, however, an individual or a group acquire power, then they will be right to a corresponding extent. Spinoza’s theory, therefore, is not a system in which the relationship of state and society is rigidly determined. The line of demarcation is flexible. If a social group possesses enough power, it may acquire for itself as much liberty as its power allows in the face of the power of the state. It may ultimately succeed to the direction of the state and transform its power into law and justice”. NEUMANN, Franz L., *The Change in the Function of Law in Modern Society*, En Rule of Law under Siege, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1996. p. 104.

Ahora bien, el Estado de Derecho, como sabemos, es un proceso histórico. Esto quiere decir que no es una forma política que haya surgido de una vez y que se haya mantenido, de manera estática e inmutable, a lo largo de la historia moderna, sino que ha sufrido modificaciones y desarrollos, como resultado de los movimientos políticos y sociales que la cruzan. En este sentido, el profesor Elías Díaz²¹⁵ destaca que el desarrollo que ha tenido el concepto, desde un Estado liberal de Derecho, correspondiente al modelo clásico que dio forma a la organización básica del Estado y reconocimiento a garantías y derechos civiles y políticos, aunque todavía se trataba de una forma poco democrática, de baja participación, que sacralizaba la propiedad privada y se abstenía de cualquier intervención en la economía que no fuese proteger la propiedad; pasando por el Estado social de Derecho, que surgió como alternativa a la forma anterior, incorporando la intervención decidida en la economía y en la sociedad, de tal manera de dar respuesta a las demandas por mejores condiciones de vida de amplios sectores de la población, dando a su vez más participación política mediante el sufragio universal, y protagonismo al poder ejecutivo, pero generando problemas para el rigor del Estado de Derecho en cuanto tal, sumado a la crisis fiscal en que derivó este modelo durante los años '70, y que se prolonga, en algunos casos, hasta la actualidad; para terminar en el Estado democrático de Derecho, o Estado constitucional

²¹⁵ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Democracia*, en XXX, p. 203-217.

(democrático y social) de Derecho²¹⁶, como lo denomina el profesor Fuentealba, en el cual la intervención se volvería más cualitativa y selectiva, con interés en los intereses generales, promoviendo la doble participación –tanto a nivel de las decisiones jurídico-políticas como en los resultados y beneficios del orden político en cuestión²¹⁷- y los valores democráticos de una sociedad civil sólida, cooperativa, donde el Estado actúa en la organización de servicios sociales necesarios y de gran importancia para la población, con criterios de racionalidad, con respeto y promoción a los derechos fundamentales, civiles, políticos, socioeconómicos, culturales y de minorías, siendo, en definitiva, los derechos humanos la razón de ser de esta forma del Estado de Derecho. La importancia de estas consideraciones dice relación con un proceso histórico en el que el horizonte de legitimidad del Estado se ha ido ampliando, tanto en su forma como en su contenido, de modo tal que para considerarse legítimo, éste debe hoy dar cumplimiento y realidad a una serie de instituciones que en las formas anteriores no eran consideradas, para ser considerado propiamente un Estado de Derecho.

El proyecto subyacente a este problema, como hemos visto, es si acaso puede el Derecho disciplinar o contener a la actividad política. El régimen de facto nos ha servido como ejemplo notable, al ser éste una forma extrema en

²¹⁶ FUENTEALBA HERNÁNDEZ, Álvaro, *Soberanía y legitimidad: la pretensión de justificación normativa del régimen de facto y su propiedad de reforma del sistema jurídico*, en *Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano*, Editorial Derecho Latino.

²¹⁷ DÍAZ, Elías, Op. Cit., p. 207.

que la política irrumpe en el derecho²¹⁸, produciendo sus propias normas jurídicas y mostrando los límites que tiene el Derecho para cumplir su propósito. Creemos que este dilema se presenta en diversas dimensiones, a saber: un aspecto teórico o científico, en relación a la capacidad de la teoría del derecho para explicar la vigencia y eficacia de normas dictadas por fuera de los procedimientos; un aspecto histórico concreto, en relación a las fuerzas políticas y sociales que permiten este tipo de formalizaciones jurídicas; y por último, un aspecto político idealista, en relación a las condiciones bajo las cuáles podría decirse que un Estado de Derecho puede considerarse como tal y constituirse, por lo tanto, como un ordenamiento político más o menos legítimo. La ciencia jurídica positivista, en el primer aspecto, se muestra incapaz de entender cómo es posible que los decretos leyes tengan vigencia y efectividad, y muchas veces se limita a declarar que el Estado de Derecho que es, se aleja del Estado de Derecho que *debiera ser*, o en otras palabras, traslada su argumentación a los ideales propios del tercer aspecto que acabamos de mencionar, es decir, a lo que se supone que debiera ser el Estado pero que, sin embargo, no lo es.

Un aspecto de la estrategia que debe considerar la teoría del derecho, es combatir el aparataje conceptual con el cuál los regímenes de facto han pretendido justificar la validez de su producción normativa. Y aunque creemos que, en este sentido, el problema no son tanto los conceptos como las fuerzas

²¹⁸ FUENTEALBA HERNÁNDEZ, Álvaro, Op. Cit., p. 420.

políticas que dan continuidad a la vigencia de determinados aspectos de un ordenamiento jurídico concreto, y a un nivel más profundo, las relaciones sociales que se encuentran expresadas en esas formas jurídicas, este esfuerzo es necesario. Si bien es cierto que, como explica el profesor Fuentealba²¹⁹, los conceptos de soberanía (en el caso de Chile, nacional) y de legitimidad han reforzado los obstáculos para la declaración de nulidad de las pretensiones normativas de los regímenes de facto, excluir o superar estas categorías, en el debate teórico, no implica necesariamente un triunfo para el Estado constitucional de Derecho, toda vez que, como muestra la experiencia jurídica histórica, la argumentación teórico-jurídica no es la única ni la última determinante para resolver la cuestión de la vigencia de este tipo de producción normativa. Por dar un ejemplo, la intervención militar del año 1973 no necesitaba justificarse en función a alguna idea de soberanía o de legitimidad, sino justamente en la supuesta ilegalidad de las actuaciones del gobierno de Salvador Allende. En otras palabras, el positivismo, aún habiendo desechado las categorías de soberanía y de legitimidad, podría encontrar caminos argumentativos para justificar una intervención extrema de la política, pasando por encima del Derecho. La validación posterior, creemos, depende más del modo y las condiciones políticas y sociales en que ocurra la transición a una democracia, que del discurso con el cual la dictadura haya buscado legitimarse. Proponemos, en este sentido, comprender la justificación teórica como un

²¹⁹ FUENTEALBA HERNÁNDEZ, Álvaro, id., p. 421-423.

aspecto de ese proceso histórico y político, de carácter más general. Sin perjuicio de estas consideraciones, el desarrollo del Estado de Derecho, como hemos mencionado, apunta hacia la superación de las categorías de soberanía y de legitimidad, en un movimiento que busca dar coherencia teórica y política al proyecto democrático, como bien sostiene el profesor Fuentealba:

“La concepción del Estado constitucional, democrático y social de derecho colabora en el cierre de las brechas entre legalidad y legitimidad, por cuando la legalidad deja de ser un estadio meramente formal, que prefigura sólo las condiciones de producción institucional de normas jurídicas, sino que además está encarnada por el grado de adecuación de dicha estructura institucional, al régimen constitucional, al sistema democrático de gobierno y promoción de los derechos fundamentales, y a un sistema de justicia constitucional”²²⁰.

En definitiva, y considerando las distintas aristas de esta problemática, creemos que la pregunta que debe hacerse la Teoría del Derecho dice relación con las condiciones materiales, es decir, las relaciones sociales que permitirían que un Estado constitucional, democrático y social de Derecho se erija, se mantenga, y pueda dar cumplimiento a los objetivos que declara como su razón

²²⁰ FUENTEALBA HERNÁNDEZ, Álvaro, Op. Cit., p. 432-433

de ser. Para ello la doctrina debe dotarse de herramientas que le permitan comprender la especificidad de lo jurídico como aspecto del proceso histórico-político, y no como un ámbito separado o independiente de la realidad social.

BIBLIOGRAFÍA

- Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Vol. XIV. 1950. No. 60 al 67.
- Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. "Convenio Fundación Ford". En Crónica de la Facultad. Cuarta Época, Vol VII, 1967.
- Anales Facultad de Derecho Universidad de Chile. Memoria Escuela de Derecho. 1971. Cuarta Época, VOL XI.
- ÁVILA MARTEL, A. El profesor don Aníbal Bascuñán Valdés, miembro académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales **Revista Chilena de Historia del Derecho**, Norteamérica, 029 01 2013. Consultado el jun 19, 2013, de <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/26262/27562>
- BAEZA MARAMBIO, Mario: "Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile". Santiago, Escuela de Derecho.
- BARRERA, Manuel. "La universidad chilena: una reflexión permanente", Santiago, INSORA, 1969.

- BASCUÑÁN, ANÍBAL. “Pedagogía Jurídica” Cinco estudios. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. 1954.
- BASCUÑÁN, Aníbal. “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales” Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 1960.
- BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio. Apuntes de Clases. Santiago, Central de Publicaciones, Centro de Alumnos Escuela de Derecho Universidad de Chile. 1969.
- Blog de la Biblioteca Marcial Martínez: “Sobre Benjamín Cid Quiroz (en línea) <http://bibliotecamarcialmartinez.blogspot.com/2010/08/sobre-benjamin-cid-quiros.html> (consulta: 18 de junio de 2013).
- BRAHM García, Enrique. La perversión de la cultura jurídica chilena durante el Gobierno de la Unidad Popular. “Resquicios Legales” y Derecho de Propiedad. Revista Chilena de Historia del Derecho. 18. 1999.
- CARVALLO, Adolfo. “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales” Santiago. Ed. Jurídica. 1956.
- CARVALLO, ADOLFO. Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2a. ed. 1956.

- CATTAN, Ángela y GUZMÁN BRITO, Alejandro. Homenaje a los profesores Alamiro de Ávila Martel, Benjamín Cid Quiroz y Hugo Hanisch Espíndola. Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo. 2005.
- CHILE. Informe Jurídico: de la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno para el estudio de los decretos leyes y decretos con fuerza de ley. Santiago. Ed. Progreso. 1933.
- CID, Benjamin “Introducción al estudio del Derecho Romano” Santiago, Ed. Edugal. 1962.
- CONVENCIÓN de Reforma de los Estudios de Derecho. “Convención de Reforma de los Estudios de Derecho” Escuela de Derecho. (Santiago, Chile). 1962.
- CORTÉS ALVEAR, Loreto. “La Corte Suprema de Justicia y sus relaciones con el Poder Ejecutivo durante el Gobierno de la Unidad Popular” Memoria. (Licenciatura en Derecho). Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Democracia*, en Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 19-20, Cáceres, España, Universidad de Extremadura, 2001-2002.
- EL MERCURIO, Santiago, 2 de Diciembre de 1970.

- EL MERCURIO, Santiago. 3 de diciembre de 1970.
- EL MERCURIO, Santiago. 5 de diciembre de 1970.
- EL MERCURIO, 9 de agosto de 1971.
- EL MERCURIO, 11 de agosto de 1971.
- EL MERCURIO, Santiago. 13 de agosto de 1971.
- EL MERCURIO, Santiago. 14 de agosto de 1971.
- EL MERCURIO. Santiago, 29 de agosto de 1972.
- EL MERCURIO, Santiago. 31 de octubre de 1972.
- FASSÒ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho 3: Siglos XIX y XX*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1988.
- FUENTEALBA HERNÁNDEZ, Álvaro, *Soberanía y legitimidad: la pretensión de justificación normativa del régimen de facto y su propiedad de reforma del sistema jurídico*, en *Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano*, Buenos Aires, Editorial Derecho Latino, 2014.
- GARRETÓN, Manuel Antonio y MARTÍNEZ, Javier. *La reforma en la Universidad Católica de Chile Santiago de Chile*, Ediciones SUR, Tomo 2, 1985.

- GARRETÓN, Manuel y MARTINEZ, Javier: “La reforma en la Universidad de Chile”. Santiago, Ediciones Sur. Tomo III, 1985.
- GÓNGORA, Mario. Ensayo Histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. Santiago, Ed. Universitaria.
- GONZÁLEZ, Mike. Chile, 1973, Revolución y contrarrevolución. Ediciones El Mundo al revés, 2001.
- HUBNER, Jorge Iván. “Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales”. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2a. ed., 1958.
- HUBNER, Jorge Iván. “Introducción al Derecho”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3a. ed., 1966.
- HUBNER, JORGE IVÁN. “Introducción al Derecho”. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 4a ed., 1976.
- HUNEEUS, Carlos. La reforma en la Universidad de Chile. Santiago. Editorial Corporación de Promoción Universitaria. 1973.
- HUNEEUS, Carlos. La reforma universitaria, veinte años después. Santiago, Corporación de Promoción Universitaria. 1988.
- LÓPEZ CHACÓN, Gloria. OYHARCABAL, Marcelo. La expropiación en Chile durante el período 1970-1973 y los dictámenes del Consejo de Defensa del Estado. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y

Sociales) Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1997.

- MARX, Carlos, *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, México D.F., Siglo XXI Editores, 1980.
- MATUS, Jean Pierre, *Evolución Histórica de la doctrina penal chilena*, Santiago, Legal Publishing, 2011.
- Memoria del Consejo de Defensa del Estado 1951-1970. Santiago, Editorial Andrés Bello- 1973.
- Memorias del Consejo de Defensa del Estado. 1971-1990. Santiago, Ed. Andrés Bello.
- MICCO, Sergio. *Unidad Popular, Resquicios Legales y Quiebre Jurídico-Institucional Chileno*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Concepción, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, 1987.
- NEUMANN, Franz L., *The Change in the Function of Law in Modern Society*, *En Rule of Law under Siege*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1996.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Los Resquicios Legales. Un ejercicio de lógica jurídica*. Santiago, Ed. BAT, 1992.

- NOVOA MONREAL, Eduardo. Obras Escogidas. Una crítica al Derecho tradicional. Santiago. Ediciones del Centro de Estudios Públicos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993.
- NOVOA Monreal, Eduardo. “Vías legales para avanzar hacia el Socialismo”. Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Obras Escogidas: Una Crítica al Derecho Tradicional. Santiago. Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar. 1993.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Nacionalización, Derecho y Propiedad, Textos Escogidos. Santiago, Ed. Ocho libros.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. El área de la propiedad social y los resquicios legales. (En línea). <http://eduardo-novoa-monreal.blogspot.com/2012/07/el-area-de-propiedad-social-y-los.html> (consulta: 23 de julio de 2013).
- OMEROVICH, Servando: “Historia de la Escuela de Derecho a través de su Malla Curricular” (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2009.
- PAZMIÑO FREIRE, Patricio, *Descifrando caminos: del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, Flacso Sede Ecuador, 2010.

- PACHECO, Máximo. “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas”. Santiago, Editorial Universitaria, 1958,
- PACHECO, Máximo. “Introducción al Derecho”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1976.
- PHILIPPI, Julio. Reflexiones sobre el bien común, justicia, derecho y formalismo legal. En: Escritos y documentos de Julio Philippi (Primera Parte). Centro de Estudios Públicos. (En línea). www.cepchile.cl/dms/archivo_1133../rev75_fontaine_sierra.pdf (Consulta: 23 de julio de 2013).
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, Escuela de Derecho. Reforma Escuela de Derecho Universidad Católica 1969-1970. Santiago. S/E. 1970.
- Programa básico de Gobierno de la Unidad Popular. Centro de Estudios Bicentenario (en línea). Aprobado el 17 de diciembre de 1969. http://www.bicentenariochile.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=19:progamabasico.
- Estatuto de Garantías Constitucionales y su consecuente Reforma Constitucional del 8 de Octubre de 1970, pueden verse en el sitio web: <http://www.salvador->

allende.cl/Unidad_Popular/Estatuto%20de%20garantias%20democratica
s.pdf

- “Reforma a los Estudios Jurídicos”. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1966, en Anales Escuela de Derecho Universidad de Chile. Cuarta Época - Vol. VI - año 1966 - No. 6.
- Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. “Programas de Estudios”. 1950.
- Universidad del Desarrollo. “Jorge Ivan Hubner Gallo” Estudios en su Homenaje. Santiago. Ediciones Universidad del Desarrollo. 2007.
- VAISBUCH, Daniel. Compatibilidad Jurídica del Programa de la Unidad Popular sobre las tres áreas de la Economía con el Ordenamiento Jurídico Chileno. 1970-1973. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2012.
- VIAL, Gonzalo. Consejo de Defensa del Estado. 100 años de Historia. Santiago, Ed. Consejo de Defensa del Estado. 1995.
- VILLALONGA, Cristián. Introducción a la política-jurídica en Eduardo Novoa : (desde una teoría crítica del derecho a la vía legal al socialismo durante la Unidad Popular) (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y

Sociales). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 2003.

- WHELAN, James R. Desde las Cenizas. Vida, Muerte y Transfiguración de la Democracia en Chile. Santiago, Ed. Zig Zag, 1993.