

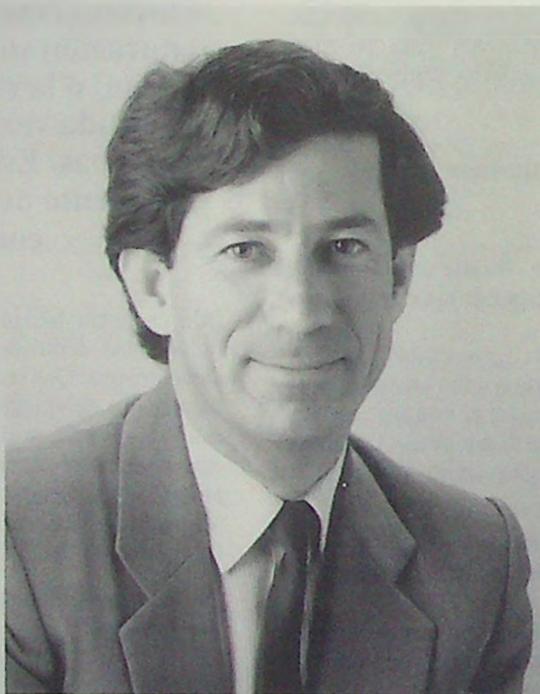
## NOTAS SOBRE EL POSITIVISMO LEGAL EN CHILE EN EL SIGLO XX

Versión revisada de la exposición del autor en el Curso sobre Historia de Chile en el Siglo XX, dictado en la Universidad Finis Terrae en 1992. Gonzalo Rojas Sánchez es Licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor Visitante en la Universidad de Notre Dame en 1992, actualmente ocupa el cargo de Director de Investigación en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, y es profesor de Historia del Derecho en esa universidad y en la Universidad Finis Terrae.

Cuando se habla en Chile del Derecho en el siglo XX, suele asociarse esta expresión a la de crisis y, al hacerlo, la memoria puede dirigirse, por una parte, al Gobierno de la llamada Unidad Popular y su utilización de los resquicios legales o, por otra, a la situación de la administración de justicia. Pero el fenómeno es en realidad muy anterior, o mejor dicho, la crisis del Gobierno de Allende y los problemas de la administración de justicia, sólo corresponden a las manifestaciones más visibles que ha presentado la crisis del Derecho que es, al fin de cuentas, la crisis de la ley, la crisis del positivismo legal.

Andrés Bello contribuyó decisivamente - aunque no era ciertamente un positivista - a la implantación de una sola fuente efectiva del Derecho en Chile, la ley, debido a la manera como la definió en el Código y a la manera en que la colocó en absoluta preeminencia respecto de la costumbre. Esta quedó prácticamente al margen, junto a la otra gran fuente de la tradición indiana, la jurisprudencia doctrinal. No le importó a Bello dejar casi todo en manos de la ley, porque pensaba que los legisladores en Chile tenían una visión común del mundo - cosa que ya en los últimos años de su vida se manifestara en plena evolución - y, además, no le parecía conveniente dotar a los jueces de amplios poderes porque dudaba de la calidad de muchos de ellos.

Bello contribuyó así indirectamente, aunque hemos de insistir en que no era un iusracionalista-positivista puro, a una de las ideas de mayor influencia en el siglo XIX: Legislar es progresar. Esta es la idea que está detrás del auge del positivismo decimonónico y de su crisis en el siglo XX: "Si se hacen leyes se verá el progreso al alcance de la mano. Si se las



Gonzalo Rojas

modifica, se apreciará cómo los errores anteriores desaparecerán."

A esta convicción obedecieron los Códigos del siglo XIX - ya iniciados en el siglo XVIII en el Derecho europeo - dotados de una lógica axiomática y deductiva que hacía pensar que eran justos, debido a esa curiosa pretensión del racionalismo por la cual las matemáticas y la justicia parecen ser lo mismo. (Lógica con la que, entre paréntesis, tenía que coincidir el socialismo con su afán de igualdad matemática). Los Códigos se presentaron, entonces, como claves autosuficientes en que cada uno de sus artículos encontraba explicación en sí mismo y por los demás, al modo matemático.

A partir de la definición de ley en el Código, quedó claro que lo importante era una forma, un método, la "confección" de la

norma. Los fines quedarían en manos de los particulares que usasen la ley dentro de su libertad individual. Haciendo una analogía con los usos sociales, diríamos que lo importante pasó a ser el modo de saludar a una persona o la ropa con que se acude a la fiesta, sin que importe qué se está pensando del dueño de casa o con qué motivo - a veces torcidos - se acudió a la invitación. Al respecto, Gonzalo Vial en *Decadencia, consensos y unidad nacional en 1973*, escribiendo en 1984, ha resumido un planteamiento que es, al mismo tiempo, una llamada a la investigación histórico-jurídica. "La única estructura jurídico-política básica de la 'democracia liberal' vigente aquí hasta 1973 era la formal, en su doble aspecto: confiabilidad del mecanismo de consulta popular, y cumplimiento de las normas de la Constitución para dictar leyes, modificarlas o modificar la propia Carta. Fuera de eso, no había obligación de respetar nada. Lo he dicho y lo reitero: cualquier idea política, social y económica -el antisemitismo, la esclavitud, la tortura

como institución regular, etc., - podía ser introducida en esa estructura legal y constitucional de Chile, e impuesta al conjunto del país, siempre que se dispusiese de las mayorías necesarias."

Alejandro Guzmán lo ha dicho de una manera análoga, afirmando que después de la codificación se establecieron "las reglas del juego", pero no "los fines del juego". No es extraño que, perdido el norte, se hayan buscado muchos caminos diversos. Mientras menos claros estuvieron los fines - el bien común, parte importante del cual es la justicia - más reglas fueron surgiendo y menor comenzó a ser su calidad.

Por eso, puede afirmarse que el formalismo tenía que incidir, primero y ante todo, en la calidad de los proyectos de ley y de las normas legales aprobadas, los que con frecuencia han reflejado el vacío de fines.

Al respecto, se puede ir haciendo un análisis desde los ejemplos menos llamativos a los más graves.

- a) Textos legales que exhiben una pomposa formalidad, pero en los que se encuentra un contenido paupérrimo. En esta materia, nuestras Recopilaciones de leyes están llenas de normas tan significativas como ésta: "Por cuanto el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente proyecto de ley. Artículo único: reemplázase la palabra 'ciudad' por la palabra 'departamento', en el artículo 2º de la ley 11.054, de 31 de octubre de 1952. Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo, por tanto promúlguese y llévese a efecto como ley de la República. Carlos Ibáñez del Campo." (Ley 11.204, del 23.VII.1953). No cabe duda que los procedimientos de aprobación de las normas legales y las materias obligatoriamente sujetas a esa tramitación por disposición constitucional, colocaron a la ley en tan precaria condición final.
- b) A lo anterior se suman los textos oscuros, con omisiones o contradicciones. Respecto de los primeros, un ejemplo notable es el Decreto con Fuerza de Ley N° 9, de 1968, sobre *Arrendamiento de predios rústicos y otras formas de explotación por terceros y medierías o aparcerías*, en que cada uno de sus artículos exige una difícil tarea de exégesis, casi propia de un filólogo. Respecto de las contradicciones, nada mejor que la anécdota de Julio Philippi, referida a aquel proyecto de ley con el que se pretendía autorizar al Presidente de la República a realizar expropiaciones en una zona de Magallanes "hasta por diez kilómetros a ambos lados de la frontera". Y en materia de omisiones, un reciente ejemplo de amplia repercusión se encuentra en el proyecto de ley sobre igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos. Al respecto, el Instituto Libertad y Desarrollo ha hecho notar en su *Reseña Legislativa* N° 106, del 1 al 7 de julio de 1992, que "igualar la filiación legítima y natural, como se postula, significa modificar un gran número de preceptos no sólo del Código Civil, sino además de los demás Códigos y leyes especiales, como por ejemplo la ley del Registro Civil, la ley de Menores, las leyes sobre adopción. El proyecto en comento se limita a modificar preceptos del Código Civil, sin que ni siquiera

se establezca alguna norma relativa a todo el resto de textos legales, que permanecerían sin alteraciones, con el consiguiente quiebre de la armonía y coherencia del ordenamiento. Pero es más, incluso el proyecto olvida modificar preceptos del mismo Código Civil, en los que seguiría haciendo la distinción entre hijos naturales y legítimos: así, por ejemplo, pueden mencionarse los artículos 430, 448, 462, 968, 2045 y 2051, que mantendrían su texto actual."

- c) También se extendió la práctica de los llamados "textos misceláneos", sin mayor organicidad ni coherencia, como por ejemplo, la ley 11.209, que autorizó al Presidente de la República a invertir en suministros de agua potable en Antofagasta, al mismo tiempo que le permitía emitir bonos de la deuda interna, autorizaba la internación de mercaderías depositadas en las aduanas chilenas, aumentaba el avalúo de los bienes raíces agrícolas, establecía un impuesto y modificaba la ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas. Como se ve, todo un "modelo" de aquella supuesta coherencia y organicidad que debía tener la norma legal, según los fundamentos iusracionalistas del positivismo. Podemos imaginar qué difícil resulta comprender el sentido cuasi-redentor de la ley - atribuido en el siglo XIX a esa fuente del Derecho - cuando se mezclan tan variados asuntos en un mismo precepto legal, sin sentido alguno.

En segundo lugar, este proceso de formalismo incidió también en el número y tipo de las leyes.

- a) Se produjo un explosivo aumento de la legislación. Miguel Luis Amunátegui ha recordado en *Ciencia del Derecho y mentalidad legalista* que "en el período que corre entre 1926 y 1973 se dictaron 13.893 leyes de las que un 52% correspondieron a leyes individuales carentes de trascendencia colectiva; un 40% fueron leyes que legislaron sobre grupos específicos de la población y sólo un 8% estuvo constituido por leyes verdaderamente generales." A esos números hay que sumar lo que Bernardino Bravo Lira ha llamado "legislación extraparlamentaria" en *El Estado Constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*. Por eso, si prorrogamos el período hasta 1989, hay que agregar a las leyes ya mencionadas otros 5.444 Decretos Leyes y más de 3.000 Decretos con Fuerza de Ley. Muchas de aquellas leyes consisten en esos piadosos textos que, como una de agosto de 1953, rezan así: "Concédesse, por gracia, a doña Margarita XX y a su hija XX, una pensión de 5.000 pesos mensuales... El gasto que demande el cumplimiento de la presente ley se imputará al ítem de Pensiones del Presupuesto del Ministerio de Hacienda." Cientos y miles de normas de esta naturaleza llenan nuestras Recopilaciones.
- b) Después de los problemas anteriores, hay que hacerse cargo también de lo que ha venido sucediendo con cada ley y su contorno, puesto que una vez promulgadas, muchas normas han sido frecuentemente alteradas. En efecto, con

las modificaciones y nuevas modificaciones, esas leyes han ido quedando vinculadas a una telaraña de otras disposiciones. Un ejemplo impresionante, quizás de uno de los aspectos más salientes de nuestra condición nacional, ha sido la legislación sobre Alcoholes. Cuando en 1952 se modificó su texto - una vez más - quien quisiera seguirle la pista a la regulación general del tema, tenía que tener en cuenta otras noventa y tres disposiciones, repartidas por los más variados cuerpos legales. Esta telaraña estaba formada por leyes que quedaron modificadas por la nueva, y por normas que resultaban imprescindibles para conocer el tema por completo. Hoy podríamos pensar que las conexiones computacionales en línea a las bases de datos jurídicos, facilitan el conocimiento. Pero no hemos de olvidar que no pasan de ser eso: bases de datos...

- c) Junto a todo lo anterior, en el siglo XX han surgido nuevas ramas del Derecho, nuevos códigos incluso, en los que materias del antiguo Derecho privado han pasado a formar parte de un Derecho 'intermedio', con más caracteres de público que de privado (como el Derecho del Trabajo) o, simplemente el Estado ha entrado a regular abiertamente áreas de la vida a través de una legislación copiosa. La sola mención del Derecho Tributario - que hace su verdadero ingreso al mundo legal sólo en el presente siglo - puede poner más que nerviosos a todos los lectores. Tanto la indefinición de la naturaleza jurídica de ciertas normas, como su proliferación debida a la intervención estatal, aportan una razón más para entender la caída en la calidad del Derecho positivo.

Por eso debe ponerse especial atención a lo que se ha dado en llamar la descodificación. Irti en Italia y Alejandro Guzmán en Chile, han estado insistiendo - con diversos matices - en esta idea: el Derecho del siglo XX tiende a descodificarse, a abrirse en mil fuentes que rompen con esa pretensión de clave autosuficiente que se daban los códigos a sí mismos en el siglo XIX. El Estado usa más y más el instrumento legal, pero sin claridad sobre los fines o con fines abiertamente ideológicos. Las prevenciones que Alvaro D'Ors ha hecho sobre la norma

de planificación como opuesta a la norma jurídica, explican aquella dispersión y no hacen sino expresar esas planificaciones globales sobre las que, a su vez, escribió Mario Góngora con especial agudeza en *Ensayo histórico sobre la Noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*. Dicho de otra manera, para saber hoy el Derecho, los códigos son un dato imprescindible, pero sólo un dato más.

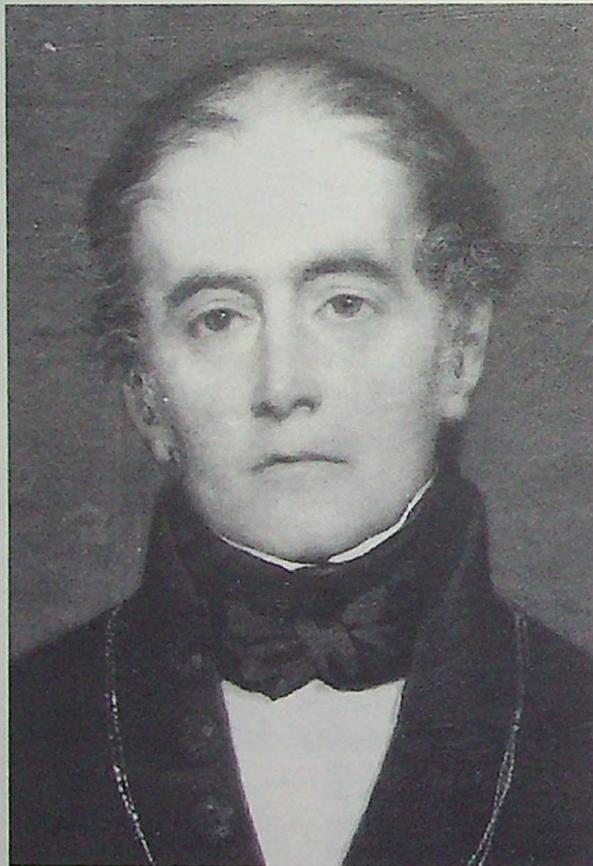
Este proceso ha afectado los textos de los códigos mismos, esos supuestos santuarios, que ciertamente han sido reformados con mayor cuidado que otras legislaciones, y en especial, el Código Civil, como hacía notar siempre Pedro Lira. Aún así, el número de artículos modificados en el texto

de ese código es muy significativo (la última reforma afectó a más de dos centenares de sus disposiciones). Además, las leyes que integran el apéndice de los Códigos de Comercio y Civil han ido siendo cada vez más numerosas e importantes, hasta el punto de que podría jocosamente hablarse, más que de apéndices, de una auténtica peritonitis en los Códigos.

Si estas deficiencias se han podido apreciar en el Derecho privado, es decir en la legislación que afecta las relaciones entre los particulares, ha resultado aún más delicado el formalismo en el Derecho público, en el que se ha producido un gradual olvido de la justicia y del Bien Común. Es claramente perceptible cómo, desde el segundo cuarto del presente siglo, se comenzó a legislar con objetivos de corto plazo o sesgados, debido a la confluencia de los partidos ideológicos como actores y las planificaciones globales como método.

Un ejemplo notable es el del conocido Decreto Ley 520. Concebido en 1932 para enfrentar las bajas en la producción fabril y controlar los precios, esta norma legal recibió numerosas modificaciones entre ese año y 1953, en que se decidió promulgar, por segunda vez, su texto refundido, ya que en 1948 se había procedido del mismo modo. En efecto, diversas leyes y Decretos con Fuerza de Ley lo habían ido modificando.

Así había sucedido mediante leyes en 1933, en 1942, en 1943, en 1947 dos veces, en 1950, y en 1952, mientras que en tres oportunidades en los meses de junio y julio de 1953 fue modificado por Decretos con Fuerza de Ley. Incluso, cuando el texto refundido fue publicado en la *Recopilación* de leyes,



Andrés Bello, creador del Código Civil.

Dirección de Comunic. U. de Chile

en el mes de Noviembre de 1954, ya había sufrido una nueva modificación. Además, entre 1938 y 1954, cuatro diversos Decretos de varios ministerios habían aprobado o modificado Reglamentos relativos al Decreto Ley 520. Así, el texto refundido al que hacemos mención, se encontraba directamente vinculado hacia 1954 - por su historia o por su aplicación - con otros quince cuerpos legales o reglamentarios.

Ya hemos dicho que ésta ha sido la situación en muchas normativas, y ahora podemos agregar algo aún más importante, y es que se fue haciendo costumbre inveterada en el legislador el proceder a estos retoques. Pero lo que no se sospechaba hasta comienzos de los 70 es que una norma tan retocada y anacrónica pudiera servir con tan singular eficacia para propósitos ideológicos, del mismo modo que lo hicieron las normas recién estrenadas relativas a Reforma Agraria o expropiaciones mineras. Quedó claro que, no por ser antiguas, algunas normas podían ser menos susceptibles de utilización ideológica.

Este es el contexto conveniente para referirnos a los llamados "textos refundidos". Ellos son precisamente un intento "codificador", pero respecto de normas que, al carecer de organicidad en su autoría intelectual y en su coherencia interna, con el paso del tiempo y las numerosas modificaciones llegan a carecer de fin específico, lo que las hace especialmente vulnerables a la instrumentalización ideológica. Así se entiende que por su propia estructura formal, y no sólo por la ideología de quienes lo utilizaron, el Decreto Ley 520 llegase a ser durante el Gobierno de Allende un medio apto para fines inconvenientes. Porque, ¿qué sentido de verdadera justicia puede estar presente en instrumentos tan contrahechos? En los textos refundidos se ve claramente la agonía de un modo de legislar, de esa confianza en la ley que, tijereteada, se presentaba como poco digna, pero refundida parecía recobrar su esplendor, dijese lo que dijese, si es que se pudiese entender lo que decía. Cada texto refundido ha sido una nueva manifestación de la confianza en la ley, en una neo-codificación, aunque haya sido hecha a partir de retazos pegoteados.

Lo más llamativo ha resultado ser, entonces, no la dispersión o baja calidad de las normas - ya que se las ha podido

refundir y por esa vía, incluso, "recodificar" - sino su pretensión de autosuficiencia aún presente, la que ha seguido excluyendo a los jueces de su función de prudencia.

Pero también el formalismo se ha apreciado en la aplicación que la propia Judicatura ha hecho de las normas. Invariablemente, nuestros Tribunales de Justicia han declarado su adhesión a la ley, casi con orgullo. En 1959, la Corte Suprema - según recordaba Enrique Urrutia en el discurso inaugural del año judicial, el 1º de marzo de 1973 - fallaba una causa afirmando que "es en la propia ley donde el particular tiene una defensa a sus derechos ... y el Administrador o sus delegados tienen en ella la limitación de sus facultades." Y el Presidente de la Corte de Apelaciones de Concepción, Carlos Cerda Medina, declaraba en julio de 1981: "Si la ley es injusta - ¡qué demonios! - tenemos que aplicarla por que está vigente." Pero esta angustia del alma humana no parece haber sido recogida por los juristas ni reflejada consecuentemente en un cambio del peso y alcance relativos de la ley como fuente del Derecho.

Finalmente, queda mencionar la negativa colaboración que nuestras Facultades universitarias han prestado a este proceso de legalización del Derecho, con pocas aunque notables excepciones. La falta de renovación en los planes de estudios, ya por décadas centrados en la ley vigente, es sólo uno de los síntomas de esa contribución negativa. Hasta la asignatura de Historia del Derecho ha pasado a denominarse, en algunas Facultades, "Derecho histórico". Reiteradamente se ha dicho en Chile que no al College, a la formación humanista básica para los futuros abogados. Pero, ¿de dónde, sino de las Facultades de Derecho de amplia base humanista, podría venir una auténtica renovación del pensamiento jurídico, que diera nuevas fuerzas a otras fuentes del Derecho y colocara a la ley en una posición distinta de la actual?

Por eso, no parece aventurado insistir en que sólo en la recuperación del sentido de la justicia como virtud - y ésta es tarea de la filosofía y de la ética antes que del Derecho - está la posibilidad de superar la crisis de nuestro sistema jurídico, aún atrapado en el iusracionalismo - positivista, por pobres que sean sus manifestaciones en la ley del presente siglo. Esta tarea parece, más bien, un auténtico imperativo para la enseñanza del Derecho en el milenio que se avecina. □