

# **El pensamiento jurídico-social de Eduardo Novoa Monreal. Cambio social y juristas en Chile años 60-70 S.XX.**

Alejandro luis polanco ramirez.

Cita:

Alejandro luis polanco ramirez (2013). *El pensamiento jurídico-social de Eduardo Novoa Monreal. Cambio social y juristas en Chile años 60-70 S.XX. XIV Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-010/285>

## **XIV Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia 2 al 5 de octubre de 2013**

### **ORGANIZA:**

Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras

Universidad Nacional de Cuyo

Número de la Mesa Temática: 36

Título de la Mesa Temática: Cultura Jurídica y Praxis Institucional: entre el orden colonial y las nuevas repúblicas, siglos XVIII a XX.

Apellido y Nombre de las/os coordinadores/as: Zimmermann Eduardo; Lorente Sariñena Marta; Agüero Alejandro.

### **TÍTULO DE LA PONENCIA**

**EL PENSAMIENTO JURÍDICO-SOCIAL DE EDUARDO NOVOA MONREAL.  
CAMBIO SOCIAL Y JURISTAS EN CHILE. DECADAS 60-70 SIGLO XX.**

*Alejandro Luis Polanco Ramírez*

*GEHJ/Universidad de Chile*

*alejandropolancoramirez@gmail.com*

## La Época

Como señala el propio Eduardo Novoa Monreal en un libro editado en 1992 por una editorial poco conocida, “para el chileno de hoy [y hablaba Novoa de 20 años atrás] poco significa la expresión “resquicios legales” (Novoa, 1992:7). Los que tengan más edad y sean bien informados posiblemente recordarán que apareció en el gobierno del Presidente Salvador Allende dentro del ambiente de tosca confrontación política entre el gobierno y sus detractores como uno de los tantos aspectos conflictivos que de diversas maneras se pusieron en el debate público. Tal revuelo provocó la aplicación de tales disposiciones legales que en su momento fue el núcleo de un áspero debate entre el gobierno, a través del Profesor Novoa e incluso del mismo Presidente Allende, y la oposición, que creemos, fue una de los mejores excusas del golpismo y la sedición para provocar el golpe militar, el cual se apoyó decididamente en el cuestionamiento de parte de los organismos jurisdiccionales y algunos de los más importantes doctrineros (es decir el cuerpo jurídico de este país) al uso que de tal legislación hizo el gobierno acusándolo de vulnerar la constitución, la legalidad, el estado de derecho e incluso “la noble tradición jurídica chilena” (Bramh, 2000:346). Los resquicios legales fueron *grosso modo*, la utilización de legislación vigente, tal vez poco conocida por el ciudadano común e incluso por los mismos abogados y juristas de la época, pero creemos absolutamente vigente, y en primera instancia (no obstante las conclusiones a las que llegaremos) útiles para una primera fase del programa del Presidente socialista. Esto, y así lo veremos, es una cuestión que ha dado para amplios análisis políticos, pero, ciertamente, da cuenta de un modo de comprender el derecho en un momento histórico y por ello, es una muestra, probablemente la más atrevida, realizada por su representante más descollante y radical, de una cultura jurídica de abogados en Chile en la segunda mitad del siglo 20 en Chile.

Resulta problemático comprender el conflicto suscitado por la aplicación de los así llamados resquicios. Por un lado, es complejo entender que se niegue validez a un derecho vigente. Por otro lado, y tal vez más complejo aún, es comprender el intento de apoyarse en el derecho con fines de cambio social o francamente, al menos en lo discursivo, revolucionarios.

El planteamiento general de la Unidad Popular, tal como lo resume Rodrigo Baño (Baño y Flisfisch, 1987) es que mediante el uso de la institucionalidad jurídico – política vigentes, es posible llevar a cabo un proceso acelerado y radical de cambios económicos

y sociales, que culminen con la instauración de un régimen de tipo socialista. A decir de los entendidos, más objetivos y menos nostálgicos, en general esta posibilidad de transformación, ni más ni menos que de una sociedad de un determinado tipo por otra, a través de la vía pacífica, se encontró y se encuentra bastante poco desarrollada, excepto por la estrategia eurocomunista, que a no ser por la exigencia de mayorías inmensamente grandes que harían a la burguesía retroceder en sus intentos violentos, tampoco tiene elementos teóricos demasiado definidos. Más allá de este desarrollo teóricamente limitado, la viabilidad del proyecto político de la Unidad Popular se afirmaba sustancialmente en la fuerza de la legitimidad legal del poder en el caso chileno. Adquiría consideración de realismo político, al contrario de las conclusiones de buena e importante parte de la izquierda revolucionaria latinoamericana, la consideración de que era improbable hacer algo que estuviera, en Chile, fuera de la ley. La formalización temprana del conflicto social y del proceso político, a partir de la actividad de los partidos, contribuyó, a la aceptación generalizada en la sociedad chilena de este “legalismo” político. Al revés de lo que podría pensarse, adecuándose a la ley, era difícil, por no decir muy improbable, que uno fuese desplazado por la fuerza. Desde el principio la estrategia comunicacional concreta del presidente Allende, fue ostentar de la legalidad de su régimen y de su programa, resaltar el carácter legal y legalista de su gobierno y de cada una de las acciones que el gobierno emprendía.

Los juristas y la academia legal, no escaparon al impulso de la época de cambios sociales de la cual el gobierno del Presidente Allende fue solo una culminación, y es más, dado el carácter de la Vía Chilena, se pensó que su actividad era fundamental en esta época de cambios, y comenzaron a su vez a cuestionar las relaciones entre derecho y cambio social. Como en toda la sociedad chilena, los juristas se cuestionan cuál es la mejor opción. Si el derecho debe seguir y no impulsar los cambios sociales, o si el derecho (entendido no como ley sino en un sentido cercano al de sistema jurídico proveniente del funcionalismo norteamericano de Friedman) debe ser un agente impulsor, determinante y dinámico en esos cambios.

Si bien este no es un tema nuevo, y según Máximo Pacheco (Pacheco, 1992) es posible ya rastrearlo hasta las posiciones de Savigny y Von Ihering, fue en la época en que nos situamos (décadas del 60-70 del siglo XX), siguiendo a Lucas Sierra, un tema de urgente actualidad, para el cual, los juristas que se preocuparon de estos temas tenían, “percepciones decididas y claras” (Sierra, 2002:2). Caminado un poco a contracorriente de la opinión de sociólogos y economistas de la época (cuyo lenguaje y opiniones reinaban)

varios juristas de profesión, dedicados al ejercicio de la abogacía y a labores de dogmática jurídica, ingresan a la discusión y optan por dejar atrás el prejuicio de que al derecho no le corresponde ningún papel en el cambio social.

En círculos de importantes profesionales del derecho existía, en palabras de Sierra(2002), un malestar con el derecho y un afán por superar los estrechos límites en que se había petrificado, haciéndolo, más que una herramienta de desarrollo acorde con una sociedad democrática, que vivía profundas transformaciones, un verdadero obstáculo a tales cambios. Sin duda el jurista más representativo, en sus preocupaciones académicas y en su actuar político, de aquel ánimo, fue el Profesor Eduardo Novoa Monreal, asesor ad-honorem del Presidente Allende y autor intelectual de los “resquicios legales”. En su libro de 1975, cuando sufría del exilio, Novoa escribe una de sus obras mas famosas, titulada ”El derecho como obstáculo al cambio social”:

el derecho debe ajustarse al proyecto concreto de vida social que anima a cada sociedad determinada en un momento histórico dado. El mal actual es que esto no se ha cumplido por lo que nos encontramos en presencia de un derecho obsoleto que el conservatismo de los juristas es incapaz de advertir y, mucho menos, de remover (Novoa, 1975:14).

Esta actitud de los juristas de avanzada (no necesariamente marxistas, ni de izquierda), representado fielmente en el pensamiento y la obra del Profesor Novoa nos da muchas claves que permiten entender la lógica del proceso político chileno de aquella época, la búsqueda de la legalidad, la estrategia de la legalidad, la búsqueda de cumplir el programa de gobierno dentro de aquellos márgenes y la aparición de estrategias jurídico políticas basadas en teorías jurídicas aprendidas de los pensadores jurídicos más prestigiosos de la época.

### **Novoa**

Eduardo Novoa Monreal se hizo conocido, y lo es aún, por la creación (o mejor dicho, en sus propias palabras “descubrimiento”) de los resquicios legales. No obstante, la personalidad de Novoa es interesante por si misma. Analizando su vida y obra nos encontramos con un jurista de excepción, autor de obras y aproximaciones jurídico-penales estudiadas en su tiempo y aún hoy, en universidades chilenas y extranjeras.

Admirado y respetado por sus alumnos y discípulos, colegas o incluso por personas extrañas al mundo del derecho, quienes reconocen en él a un ser humano consecuente y honesto, dueño de un gran aplomo y fortaleza. Pero también, lógicamente, el nombre de Eduardo Novoa crea escozor, todavía hoy, en ciertos sectores, tan grande, como fueron las diferencias y oposiciones que manifestaron no solo sus adversarios políticos, sino también sus colegas juristas y profesores de derecho, e incluso, penalistas muy cercanos. Su amigo y colega, el importante criminólogo argentino Roberto Bergalli Russo, en un escrito laudatorio con ocasión de su fallecimiento, cita el Mercurio de Santiago de Chile del 26 de abril de 2006, donde un colega abogado de Novoa expresa con notable poco recato ante su reciente muerte:

Yo he atacado duramente a Novoa con respecto a su cuchufleta de los ‘resquicios legales’ que aconsejó a Salvador Allende para violar la constitución y las leyes que la falta de respaldo parlamentario y ciudadano le impedía modificar, siendo, en mi concepto, la aplicación de esa doctrina perversa una de las principales causas del quiebre institucional de 1973 y de la intervención militar impetrada por la Cámara de Diputados y respaldada por la Corte Suprema, la Contraloría General, el Colegio de Abogados, y la mayoría de las organizaciones civiles de la comunidad.... ( Bergalli, 2006:10005)

También, eso si, reconoce Bergalli, en el mismo diario, se realizaron comentarios elogiosos a su calidad académica, profesional y personal.

¿Quién es y que pensaba este hombre? Como señala Bergalli (2006), este hombre dueño de una ética absoluta y vital, también tuvo una vida caracterizada por la vitalidad y la búsqueda de lo absoluto.

Mal podríamos reseñar su vida en estas breves líneas y todo cuanto escribamos puede ser insuficiente. Novoa es un personaje fundamental del siglo XX en Chile.

Eduardo Novoa Monreal nació en 1916, en Arica. Su padre era también abogado. Es educado en Santiago, en el Liceo Alemán. Si bien ingresa a estudiar derecho a la Universidad Católica de Chile finaliza sus estudios en la Universidad de Chile. Aunque siempre se consideró fundamentalmente un práctico ya destacaba como teórico en su tesis de licenciatura en derecho en la Universidad de Chile, que versó sobre derecho penal, aprobada con la más alta calificación con que se evalúan estos trabajos, teniendo como título ”Teoría del Consentimiento en la Víctima”. Se titula de abogado en

1940, desarrollando la mayor parte de su actividad profesional en el Consejo de Defensa del Estado, entidad a la que había ingresado en 1937, en el más bajo grado del escalafón de empleados, hasta llegar a ser su presidente en el año 1970. Se desempeñó como ayudante de derecho civil y penal en la Universidad Católica de Chile. También fue consejero general del Colegio de Abogados de Chile, cargo al que renuncia en 1952, por discrepancias profundas con el organismo en lo relativo a las reglas éticas que deben exigirse a los abogados en el ejercicio de la profesión.

Aprueba el examen para ser profesor extraordinario de derecho penal en la Universidad de Chile con un trabajo sobre elementos del delito. Posteriormente gana por concurso la cátedra de derecho penal como profesor ordinario. Es designado secretario de la Comisión para la Redacción del Código Penal Tipo para Latinoamérica y se desempeña por varios años como Presidente del Instituto de Ciencias Penales. Es designado profesor de Teoría General del derecho en la Universidad de Chile.

En 1968 es designado Académico de número de la Academia de Ciencias Sociales Políticas y Morales del Instituto de Chile, la que abandona definitivamente en 1987 por la falta de pluralismo entre los académicos y una inadecuada forma de elección de los miembros. Aún no terminaba la dictadura.

A Eduardo Novoa se le considera el principal jurista de la unidad popular. No obstante en un principio de su vida académica y política es posible identificarlo como un jurista seguidor del derecho natural (un iusnaturalismo clásico de matriz tomista), y como una persona cercana al socialcristianismo. No obstante lo anterior, en 1964 Novoa toma una decisión que marcará su vida y en cierto sentido, a todo Chile. Puesto en la disyuntiva de apoyar al candidato Eduardo Frei, apoyado por el partido demócratacristiano y sectores conservadores, que impulsaba el programa de la revolución “en libertad” o al candidato del FRAP, Salvador Allende, apoyado por la izquierda, Novoa se decide a dar su apoyo al candidato socialista.

Novoa, en una carta que se hace pública, de fecha 30 de Junio de 1964, señala a Allende que se encuentra: “ante el dilema de tener que optar por una de las dos candidaturas presidenciales que ofrecen un cambio fundamental del repudiable sistema económico, político y social existente: la suya o la del señor Frei” (Novoa, 1993: 409).

Podemos decir que desde aquel momento, Novoa toma decidido partido por una opción política, y es en aquella situación de colaboración con el proyecto político de la izquierda chilena que ocupará importantes cargos y obligaciones. Algo poco conocido pero de gran importancia es el hecho que Novoa fue candidato a rector de la Universidad

de Chile, apoyado por la izquierda universitaria unida. Esta elección la pierde por una escasa votación ante Edgardo Boeninger (es interesante anotar que el compañero de lista de Novoa como candidato a secretario general de la Universidad era Ricardo Lagos Escobar, quien si resulto elegido). En 1973 había sido designado embajador en misión especial de los asuntos jurídicos en Europa con sede en Paris (donde coordinaba la defensa del estado de Chile ante juicios promovidos en Francia en razón de la nacionalización del cobre por Braden Cooper Co). Es ahí donde lo sorprende el golpe de Estado.

El militar designado como rector de la Universidad de Chile procede a través de decreto a expulsarlo, privándole de su trabajo, títulos y cargos, a los cuales había accedido por su mérito y gran capacidad de trabajo. En el exilio, que si bien fue según sus cercanos y según su propio testimonio la prueba más difícil de su vida, la dedicación exclusiva a labores académicas hizo que el nombre de Novoa creciera y le permitió alcanzar reconocimientos y puestos académicos en numerosos países y en importantes casas de estudios. La Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Central de Venezuela, la Universidad de Barcelona, la Universidad de Buenos Aires, se vieron beneficiadas por el más infame de los exilios. Sus libros alcanzaron relevancia y constituyeron lectura obligada en más de una cátedra.

Al volver a Chile, después de 15 años de exilio, en 1987, una vez que la dictadura permitió su retorno, como a otros intelectuales que no se sumaron a los gobiernos de la concertación, le toco experimentar el aislamiento.

En Chile se olvidó quien era Eduardo Novoa, mientras en el exterior se tenía y se tiene muy clara su talla de jurista excepcional. Dice Bergalli que hasta su muerte a fines de Abril en Santiago de Chile, el año 2006 “no habían tenido éxito las gestiones que empezara Novoa en 1988 y que buscaban derogar el decreto que lo expulso de la Universidad de Chile”(Bergalli, 2006:7).

Hay dos hechos que se pueden considerar como los acontecimientos más importantes de su vida jurídico-política.

Primero, su labor como asesor jurídico ad-honorem del Presidente Salvador Allende y en esta calidad, diseñador de los “resquicios legales” y protagonista decisivo de la vía chilena al socialismo.

En segundo lugar, dentro del mismo contexto, pero en un acontecimiento distinto y también de primera importancia, tuvo un rol protagónico en la nacionalización del cobre, de cuyo proyecto de reforma constitucional en donde esta se concretó, fue principal artífice. Estos dos acontecimientos nos permitirán acercarnos al pensamiento



jurídico social de Novoa, que va más allá de la técnica de un penalista. Será el conocimiento de su pensamiento también importantísimo para entender los acontecimientos aludidos, es decir la nacionalización y sobre todo los resquicios legales como estrategia política, y en definitiva, lograr desde el punto de vista del derecho, informarnos más sobre hechos políticos de alta relevancia en la historia de Chile.

La Vía legal al socialismo como estrategia política requería, fuera de obviedades, de técnicos en derecho, que lograran dentro de la perseguida legalidad los avances de los objetivos políticos perseguidos. El lenguaje jurídico, la técnica y el conocimiento del derecho eran fundamentales.

Dice Novoa (1971) que la nacionalización de las cupríferas de la gran minería del cobre se basó en sólidos principios jurídicos provenientes del derecho internacional. Se apoya básicamente en la Resolución n° 1803(XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de sesión celebrada el 14 de diciembre de 1962, sobre Soberanía Permanente de los recursos naturales. Dice el propio Novoa que en Chile solamente Armando Uribe sabía lo que era la nacionalización.

En aquellos años solo se conocía la “expropiación”, institución tradicional en el derecho, de efectos mucho más tímidos que la nacionalización, ya que la expropiación siempre se entendió como de efectos limitados, sobre bienes determinados, previa indemnización, que significaba privar de su dominio sobre el bien a un particular para satisfacer una necesidad del Estado.

La nacionalización, según la resolución señalada era una vía para la recuperación del derecho permanente sobre los recursos y riquezas naturales por el Estado. Es decir esta institución jurídica traduce una visión de Estado muy distinto al anterior.

El derecho a nacionalizar expresa un Estado representante de una comunidad, soberano y activo, que se pone al servicio de la comunidad y no del interés particular. Un estado que repara injusticias históricas. Se siguen como antecedentes las experiencias de países y de ordenamientos jurídicos avanzados. A Francia, que nacionalizó los bancos, la electricidad, incluso a Renault. Se pondrá de ejemplo también a Inglaterra. A contrario de lo que buscaban otros juristas, la nacionalización no se hace por ley, sino por reforma constitucional, dejando atrás la idea de una nacionalización como expropiación, que se basa en la protección a los derechos de propiedad adquiridos y en su indemnización. Atendido lo que se discute y los riesgos de rechazo que se corren, la vía de máxima legitimidad es la reforma constitucional. Dice Novoa: “esa reforma(constitucional) y la consiguiente nacionalización constituyen, por ello, una decisión soberana del pueblo de

Chile, adoptada de forma libre y regular, ajustada a pautas jurídicas que el país se ha dado como nación independiente”(Novoa, 1971:513).

Esta juricidad con que Chile quiso revestir el proceso de nacionalización, sirve para entender todo el proceso político vivido durante la Unidad Popular.

Llevando al extremo la juricidad y esta forma de maniobrar políticamente a través del derecho para realizar cambios políticos profundos, que pareciera rompen “principios jurídicos” consagrados y reconocidos, es como surgieron los resquicios legales.

La praxis jurídica de Novoa, que se confunde finalmente con la política de la Unidad Popular no pueden entenderse sino teniendo en consideración la postura de adhesión de Novoa a un radical positivismo de raíz Kelseniana.

Al contrario de lo que se ha dicho, me parece inadecuado catalogar a Novoa como un jurista a caballo entre Marx y Kelsen, pues aunque al parecer en algunos escritos parece tomar algunas ideas de Marx, en la práctica de los resquicios, sigue precisamente la principal advertencia que el vienés hacía a los interesados en la depuración del derecho. No confundir la política con el derecho.

Si leemos y estudiamos las argumentaciones de Novoa y los racionamientos que se usaron para justificar los resquicios, caeremos en cuenta que Novoa se inclina por un positivismo jurídico bastante radical. Contra lo que se pudiese imaginar de un cristiano que como hemos visto en lo señalado en este artículo, es cercano al socialismo y que adhiere al programa político de la Unidad Popular por razones profundamente éticas, Novoa, en cuanto jurista, pretende que se vea al derecho como “vacío de contenido, instrumental y desideologizado”( Novoa, 1985:159).

En el pináculo de su carrera y dejado atrás el iusnaturalismo, Novoa (1985), fustiga a quienes pretenden que el derecho solo se entienda por tal y por ello sea capaz de obligar a los hombres, cuando coincida con normas básicas del derecho natural. Esto según Novoa es entender una disciplina teórica (el derecho) animada por conceptos fantasmagóricos y lleno de ideas inaprensibles. Esta identificación del derecho con una supuesta idea de justicia natural ( sea que provenga de Dios o de la razón) es según Novoa(1985) irreal, pues lo que en realidad consigna son las ideas y conceptos de los interesados en seguir ejerciendo el poder contras las grandes mayorías humanas. Son finalmente estos intereses de unos pocos los que pasan a tener estatus de principios o conceptos demostrados por la ciencia del derecho. De este modo, determinar lo que es bueno o justo, es una función que queda radicado en un grupo determinado, los juristas,

como un conocimiento hermético provisto de un vocabulario especial, técnico e intimidante a través de un sistema cerrado con pretensiones de perfección y universalidad. Las ideas fantasmagóricas en el derecho permiten a las fuerzas de la reacción emplear al derecho como fetiche intocable, protegido por sacerdotes y pontífices, y que emplean la execración contra cualquier mente crítica o renovadora. La concepciones Iusnaturalistas, apriorísticas, parten de la base de que la última verdad del derecho y de la moral, que se mezclan promiscuamente, se desprende de conceptos intemporales y absolutos, y por ello desprovistos de ideología política o de interés de clase. Nada puede empañar tan noble verdad científica, imparcial e ideal. Pero es contra tal concepción del derecho que Novoa argumenta, sosteniéndose en un Kelsen para muchos desconocido.

La Teoría Pura del Derecho elaborada por el sabio vienés de origen judío, en perspectiva kantiana, pretende mantener a la ciencia jurídica separada de la política y orientarla hacia la objetividad y precisión tanto como se pueda, indagando lo que el derecho es y como se forma y no como debería ser.

Si bien hasta Kelsen mayoritariamente se entendía que el derecho no era tal si no respondía a la idea moral de justicia(o a una idea de esta más bien) tal postura queda herida de muerte después de este. A los juristas, como Novoa, les deben interesar las normas, y esto significa lo formal de estas, es decir analizar una exigencia de conducta y de sanción si no se cumple con esta, sin considerar su contenido, o sea, sin preguntarse porqué y para qué esta se prescribe. Es decir, la norma se independiza del fin social práctico que la inspiró, separándose de la política y de cualquier ideología. Eso es el derecho, según Kelsen y según Novoa.

Esta es la fuente de inspiración jurídica de Novoa, cuyas repercusiones políticas analizamos. El derecho suele ser despreciado por los teóricos sociales y en el tiempo que nos ocupa, por el marxismo. Como señalamos anteriormente, son los propios abogados los que comienzan a contextualizar las relaciones entre derecho y sociedad. El derecho sería un elemento ideologizante y poco más. Pues bien, si lo es. Pero Novoa es abogado, no un filósofo y por ello señala “que el derecho es una de las disciplinas más prácticas de las que conoce el ser humano”(Novoa,1985:166). Si se descubre lo específicamente jurídico es posible obtener, como en cualquier disciplina, el desarrollo del derecho, como lo vemos con la utilización del concepto de nacionalización, y utilizarlo como mecanismo social. Hablar de un derecho puramente formal, a pesar de los iusnaturalistas mejor intencionados, implica que el derecho queda al servicio de cualquier ideología

política y es esta forma de entenderlo, la única manera de otorgarle al derecho el estatus de neutro ideológicamente.

Novoa es un práctico, repito, un técnico que pone al servicio de sus propias concepciones morales y del proyecto político al que adhiere su saber. El uso técnico de las normas, es lo que puede explicar la confianza en el uso de los resquicios legales como opción para concretar el programa económico de la unidad popular. La posición de Novoa en grandes rasgos es compartida por el gobierno y debe entenderse como la explicación oficial para el uso de los resquicios, según lo escribe Joaquín Garcés, acusando de “entender el derecho como lo harían los marxistas” (Garcés, 1974:232), a los detractores y denunciadores de los resquicios.

### **Una pequeña explicación.**

Elegido el Presidente Allende, como sabemos y debido a un margen escaso de votos frente al empresario Jorge Alessandri Rodríguez es ratificado por el congreso sin antes tener que superar un conjunto de grandes problemas (nunca antes visto en la historia chilena) que ponían desde ya en conocimiento al gobierno electo y la población que el mandato de la Unidad Popular había nacido con dificultades y trabas. Podemos mencionar entre los más importantes, el llamado Estatuto de Garantías Constitucionales.

El 25 de Septiembre se dio a conocer por la Democracia Cristiana un documento llamado “Posición del Partido demócrata cristiano ante el congreso pleno” en el cual se explica que si Allende les da las necesarias garantías a los parlamentarios demócratacristianos, podía contar con sus votos para la ratificación en el congreso. De una forma obvia, tal petición, y la formulación misma del Estatuto movió a escándalo y fue considerado como una afrenta gratuita por los sectores de la izquierda. ¿Por qué exigir garantías especiales? El mecanismo constitucional de la vigente Constitución del 25 establecía para la elección presidencial un solo proceso eleccionario, que a falta de triunfo decisivo de alguno de los candidatos, culminaba con la designación de presidente electo por el congreso pleno. La verdad es que jamás se entendió antes de Allende que haber obtenido un porcentaje menor al 50% menoscabara al candidato designado por el Congreso Pleno o que pudiese poner en entredicho el ejercicio de su alto cargo. La izquierda, se resistió tenazmente a ceder a la demanda de los falangistas. Allende finalmente aceptó. Era natural, pues así contó con 75 votos más en el Congreso Pleno, lo

cual contribuía a reforzar aún más su limpiísima victoria. El 8 de octubre se presentó a la cámara de diputados un proyecto de reforma constitucional que satisfacía el requerimiento demócratacristiano. Fue promulgado finalmente el 9 de enero. El estatuto de garantías constitucionales reviste interés no solo por demostrar las dificultades a priori del gobierno de izquierda, sino también porque posiblemente uno de los grandes errores que el gobierno y su equipo jurídico pudieron cometer fue anatemizar el Estatuto sin valorar en adecuada medida el contenido constitucional altamente progresista, sobre todo en lo relativo al derecho AL trabajo, atención médica, participación cívica, política y cultural, que este contenía. Como pretendemos, son disposiciones constitucionales que aplicadas correctamente pudieron contribuir a un verdadero avance político social por las vías del derecho. Posiblemente no se advirtió que importantes partes del texto son casi reproducciones de la Constitución Italiana de 1947 (art 3º), que se situó a la vanguardia de la corriente política que trata de consagrar los derechos constitucionales de modo que sean derechos efectivos para la gran mayoría de la población (el gran inspirador de esto fue el histórico dirigente comunista Palmiro Togliatti), y que posteriormente fueron seguidas por las constituciones de España y Portugal. Posiblemente teniendo esto en cuenta se podría haber avanzado hacia una verdadera crítica al derecho tradicional chileno, apoyado por razonamientos basados en el texto constitucional y a un uso alternativo de este a favor de las masas explotadas (fenómenos parecidos a los producidos en Italia y España, y también en Brasil) que fuese muy superior al fenómeno chileno de los resquicios. Visto este como un vejamen y no como una posibilidad, no se les tomó en cuenta como alternativa para realizar un avance notorio en el orden socio-jurídico de Chile. El profesor Novoa, hombre de ideas claras señala: “ahora, al reparar en ello, confieso mi culpa” (Novoa, 1992: 39).

### **Aparecen los resquicios**

Consecuencia de todo lo anterior el Presidente Allende no podía esperar hacer efectivo su programa de gobierno sino con leyes que ya estaban vigentes al momento de su elección.

El dilema era, o renunciaba al programa anunciado en su campaña o encontraba, una solución imaginativa. En concreto, la tarea que le encomendó Allende a Eduardo Novoa (como asesor jurídico ad –honorem) fue encontrar apoyo dentro de la legislación vigente para realizar los primeros cambios que se pretendía, fundamentalmente en el

ámbito económico .Es decir, lo que urgía era empezar a formar el área de propiedad social. Según Corvalán (1993) la idea siempre fue en caso alguno violar el ordenamiento constitucional, pero la creación del área social era fundamental para la vía chilena, pues esta dependía de un proceso social amplio y acelerado que atrajera cada vez más a sectores del país a sus filas ( de la UP) , hasta lograr una mayoría incontrarrestable apta para superar constitucionalmente cualquier obstáculo , jurídico o de otra índole. El mismo Eduardo Novoa (1964) había denunciado lo que llamo “crisis del sistema legal chileno”, que se manifestaba en falta de organicidad, desorden, falta de método y algo muy importante para el tema que nos ocupa, el antagonismo de principios, existiendo contradicciones entre las ideas e ideología que inspiraban muchas leyes .Era claro que dentro de esa maraña debiese haber algo que pudiese servir a los fines del gobierno. Allí había de todo y no por eso eran menos ley o menos derecho que el fino Código Civil de Andrés Bello. Efectivamente se busco y se encontró.

Fueron 5 los ordenes de preceptos, pero el mas importante fue el Decreto Ley 520 de 1932, que es el que mejor se allanaba a la formación de la propiedad social y al que nos referiremos un poco más detalladamente (permitía la expropiación en ciertos casos de predios agrícolas y empresas declaradas de utilidad pública).

### **El problema de la vigencia de los resquicios y en particular del DL 520**

Desde una perspectiva conservadora, que se opone a la lógica de la utilización de los resquicios, Cristian Villalonga reconoce la validez de estos y va más allá señalando que “a pesar de una opinión generalizada contraria existió (antes del gobierno de Allende) una permanente aplicación del DL 520” (Villalonga, 2008:124). El Profesor Novoa (1992) señala que no sabe quien comenzó con esto de resquicios (aunque cree que fue El Mercurio), pero le hizo gracia y empezó a utilizarlo también. En el idioma castellano un resquicio es en general una abertura (también puede ser oportunidad) pequeña. Por esto Novoa señala que comienza a darle el verdadero sentido a la expresión resquicio como lo que son, “medidas ocupadas en forma hábil e imaginativa, indiscutibles en su validez, aunque tal vez olvidadas, pero que eran plenamente apropiadas para la finalidad perseguida por el Presidente Allende” (Novoa, 1992:7).

Pareciera que todos están de acuerdo hoy en la validez de las normas referidas, pese a ello, se sigue señalando que los resquicios son una maniobra torcida, por lo que cabe preguntarse ¿Cómo podemos entender esto?

Podemos decir que el gran hito de la aplicación de los resquicios fue la expropiación de la fábrica de paños Bellavista Tome S.A , paralizada desde septiembre de 1970. El Art. 4 del DL 520 señalaba cuales eran las empresas declaradas de utilidad pública, entre las que debía considerarse esta empresa, y según el art. 5 ° se ordenaba la expropiación de todo establecimiento industrial de utilidad pública que permanezca en receso. El 2 de diciembre de 1970 se publica en el diario oficial el decreto expropiatorio (nº1180 de Ministerio de Economía) que debió pasar por el filtro del Consejo de Defensa del Estado, que integrado por prestigiosos abogados, todos contrarios al gobierno (excepto el propio Novoa que en ese momento era su Presidente), reconocieron la regularidad de la expropiación. La Contraloría tomó razón del decreto considerándolo legal. Al principio los abogados más importantes del foro, es decir, de las grandes empresas, manifestaron su sorpresa, pues no sabían a que normas obedecía tal acto administrativo. Según Novoa (1992)El Mercurio desató toda su artillería declarando que los preceptos a los que calificó de resquicios eran contrarios a la Constitución e inexistentes y los acusó de ser una interpretación arbitraria de la ley. Poco a poco los mismos indignados empezaron a temer la falta de sustento de sus argumentos y comenzaron a llamarlos dudosos y provenientes de estudios jurídicos esforzados. Alejandro Silva Bascuñan, importante constitucionalista y presidente del Colegio de Abogados en un estudio publicado en el Mercurio el 14 de agosto los califica como textos de “contradictoria interpretación y procedencia espuria”(Novoa, 1992:74). Es decir muy a poco andar se abandona el debate jurídico tradicional para entablar el duelo en términos orientados políticamente tratando en lo posible de quitarle al gobierno la tan preciada legitimidad y su carácter de gobierno legalista.

La Corte Suprema desde el principio se mostró contraria al gobierno, en sus declaraciones, y también en los hechos. Es interesante mostrar un episodio relacionado con el DL 520. Este daba la posibilidad de requisición como medida de regulación económica, y en tal sentido se requirió la empresa Yarur. Existiendo recursos particulares para reclamar ante el órgano requisador (DIRINCO) y ante un tribunal Contencioso Administrativo llamado Tribunal Superior de Comercio(a través de una apelación), los afectados recurren de queja ante la Corte Suprema para dejar sin efecto la resolución del Tribunal Superior de Comercio , favorable al gobierno. Suprema, acoge la queja (que es más que un recurso una facultad emanada del poder disciplinario del más alto tribunal sobre los inferiores). El gobierno, señala que Suprema no es competente pues el Tribunal de Comercio no pertenece al Poder Judicial, es un tribunal administrativo, y no cabe

aplicación de la tutela directiva, correccional y económica establecida en el Código Orgánico de Tribunales. Hacemos notar que era disputa de la doctrina administrativista de aquellos años si los tribunales ordinarios podían tener competencia en asuntos administrativos. Como lo señala Vergara Blanco (2011) la Constitución del 25 ordenaba la creación de tribunales administrativos cuya organización y atribuciones correspondía a la ley. Esta nunca se dictó, pero en general se entendía que pese a existir un vacío no le correspondía a los tribunales ordinarios, para no vulnerar la separación de poderes, interferir en estos asuntos. Menos aun si parcialmente se le otorgaba competencia administrativa a tribunales especiales. La doctrina jurídica más prestigiosa, como Silva Cimma, optaba por esta tendencia, a la que se llamaba “autonómica”. El contencioso administrativo debía ser independiente del Poder Judicial. La Corte razonó en contrario. El incidente terminó con manifestaciones callejeras contra la Corte. También los empresarios empezaron a defenderse contra inminentes intervenciones del gobierno a través de medidas precautorias. Como vemos, el formalismo jurídico del gobierno fue contestado con más formalismo jurídico. Los mismos partidarios del gobierno empezaron a hablar, ahora ellos, de “triquiñuelas legales”(Villalonga, 2008: 133). También Contraloría, pese a los informes favorables del Consejo de Defensa del Estado, se empezó a negar a tomar razón de los decretos. Se empezó a acusar al gobierno de usar más resquicios legales cuando ocupaba el decreto de insistencia (facultad del ejecutivo). Desde fines de 1972 se da una áspera disputa entre el gobierno y la Corte Suprema a través de misivas que tuvieron cierta publicidad.

### **El fin de los resquicios**

Al concluir ya 1971 Novoa se da cuenta que los antagonismos que se estaban dejando ver a raíz de la aplicación de los resquicios hacia inviable el esfuerzo de adelantar el cumplimiento del programa a través de estos. El costo político del gobierno era muy alto pues, aunque con muy malas razones, un sector muy influyente del país lograba, con su organización, medios y recursos penetrar en el hombre común, no comprometido con la izquierda. La ocasión para que los dirigentes de izquierda supieran esto fue la redacción del artículo *El difícil camino de la legalidad*. Es un artículo inteligente y de gran valor.

Dentro de las cosas de mayor lucidez que podemos apreciar en aquel artículo es el convencimiento de que la vetusta legislación de este país debió ser tomada en cuenta, así



como los principios que la inspiran, por la gran importancia que le asignan los tribunales, demás organismos jurídicos y escuelas formadoras de abogados. Son la teorías aceptadas uniformemente por los hombres de derecho en Chile. Si bien como señalara Novoa, existía una colisión entre principios distintos y contradictorios, “de nada sirve tal planteamiento teórico si los órganos institucionales a cargo del derecho se ponen espontáneamente de parte de la ideología burguesa”(Novoa, 1972:25).

Muy confiados en las armas que les brindaba el positivismo jurídico los teóricos del gobierno y de los resquicios olvidaron la gran complejidad de lo que, en palabras de Bourdieu, es el campo jurídico. Las últimas conclusiones de Novoa nos acercan a algunas fuertes advertencias de Bourdieu que dice:

Los productores de leyes , reglas y reglamentos deben contar siempre con la reacciones , y a veces resistencia, de toda la corporación jurídica, particularmente de los expertos judiciales( abogados , notarios ) que pueden poner toda su capacidad jurídica al servicio de los intereses de categorías de clientes y organizar infinitas estrategias gracias a las cuales familias o empresas pueden anular los efectos de la ley(...)( Bourdieu,2000:176)

Esto también vale para los jueces.

Vemos ahora más claramente cuan alejado está de una aplicación marxista del derecho la estrategia de los resquicios. Como señala Kennedy(1983) siguiendo a Gramsci , los juristas y los jueces son los intelectuales encargados de decidir que normas son validas , parte importantísima de la hegemonía. Por ello en términos marxistas, la labor de los hombres de derecho, en un verdadero uso alternativo de este, es partir por desenmascarar el carácter ideológico de la pretendida científicidad o neutralidad del derecho y luego defender de este modo los intereses de las clases subalternas .No podemos dejar de recordar, aun en condiciones históricas distintas, que los ejemplos de Italia y posteriormente de España son valiosos. Partiendo del Art. 3 de la constitución muy similar a ciertas disposiciones del Estatuto de garantías ( que en líneas gruesas obliga al Estado a remover los obstáculos de orden económico y social que limitara la igualdad de los ciudadanos) el grupo de jueces Magistratura Democrática lograron, forzando el derecho, desarrollar en el propio campo jurídico el antagonismo social ,dándole efectividad a los derechos constitucionales.

## Epilogo

Si seguimos a Santos y entendemos la cultura jurídica como: “El conjunto de orientaciones hacia valores e intereses que configuran un patrón de actitudes frente al derecho y a los derechos, y frente a las actitudes de las instituciones del estado que producen, aplican o garantizan o violan el derecho o los derechos”(Santos, 2009:106) podemos decir que durante los años a que nos hemos referido se produjo de la mano del proceso de modernización y influenciado de tendencias sociologistas, una cultura jurídica que si bien tuvo, tal cual la sociedad y la política en general, expectativas demasiado altas( demasiado voluntaristas y utópicas, sin duda) fue ciertamente refrescante y crítica. No obstante fracasó rotundamente y como muchas instancias en el Chile de Pinochet fue reducida al silencio, su revisión, creo, puede resultar prodiga en resultados favorables. Pretender que el derecho sea un elemento decisivo del cambio social necesita primero un staff de académicos profesionales que no solo posea un saber adecuado para tratar el derecho, sino que también resulta necesario una distancia crítica como asunto indispensable. La falta de diferenciación entre abogados, académicos y jueces provoca no solo confusión de conceptos, también de expectativas. Esto ciertamente existía en Chile, por lo que no es de extrañar que las iniciativas de derecho y cambio social, si bien grandilocuentes y voluntariosas, se limiten casi exclusivamente a la enseñanza del derecho y a la Universidad y no a la práctica de tribunales. Agregando que las Universidades eran bastante débiles para impulsar tan grandes aspiraciones vemos una confusión epistemológica en el asunto tratado. El profesor Carlos Peña con toda razón dice que en general tal cultura jurídica “se limitó a tener una actitud imitativa de las ciencias sociales, errática y ajena a los requerimientos de la profesión jurídica”(Sierra, 2002:7). Peña cataloga esta actitud como “descentrada y animadas por la urgencia y las fuentes de financiamiento”(Sierra. 2002:7 )que llevaron a olvidar que la tradición jurídica occidental se basa en el paradigma dogmático. No obstante y sin ocultar nuestras críticas, ya esbozadas anteriormente, pensamos que el punto de vista de Novoa fue, el más genuinamente jurídico, y por ello, también el más peligroso para el orden establecido. Según Bordieau(2000), el derecho es un campo de poder. El derecho nombra y crea, y es en el discurso jurídico y en la interpretación dogmática donde se jugaban las cosas más importantes, no en el análisis sociológico. Solo he dado como dato la interpretación dogmática constitucional que permitió que nacieran movimientos como Magistratura Democrática en Italia e importantes orientaciones críticas al derecho. Con toda la sabiduría y sapiencia jurídica, y de

intuición para centrarse en el conflicto jurídico que tuvo Novoa, ciertamente, y es evidente, faltó un cuerpo jurídico académico y crítico que pudiese dar luz acerca de la importancia, en una época trascendental, de lo específicamente jurídico, de una comunidad crítica que planteara un derecho de juristas, que hiciera avanzar conceptualmente al derecho, superando lo ya recibido y pudiese encaminar seriamente hacia un avance social por el derecho.

Esta época de lucha y crítica, de voluntad y errores, debe ser analizada por los jóvenes abogados y estudiosos del derecho. Y no obstante las confusiones e inadvertencias, el legado de avances, aciertos y equívocos de un abogado honesto y sabio como Novoa nos quedan como una de las partes más valiosas de una herencia de la que aún no tomamos posesión.

### **Bibliografía**

Baño, Rodrigo y Flisfisch, Ángel (1987). *Aspectos Institucionales en el colapso de la Unidad Popular y la Democracia Chilena. Documento de Trabajo n° 342*, Santiago, Flacso-Chile.

Bergalli, Roberto (2006), “Una ética absoluta y vital .Eduardo Novoa Monreal (1916-2006)”, *Nueva doctrina penal n° 2006/A*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, pp. 10005-10014.

Bourdieu, Pierre(2000), *Poder derecho y clases sociales*, Bilbao, Descleé Brouwer.

Brahm García, Enrique(2000), “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*, n° 18, Santiago, pp.335- 349.

Corvalán, Luis (2003), *El Gobierno de Salvador Allende*, Santiago LOM.

Garcés, Joan(1974), *El Estado y los Problemas Tácticos en el gobierno de Allende*, Madrid, Fondo de Cultura Económica.

Kennedy, Duncan(1982), “Antonio Gramsci and the legal System”. *ALSA forum* n° 1 ,p. 35,( <http://duncankennedy.net>, consultada el 17 de mayo de 2013).

Novoa Monreal, Eduardo(1964), “La crisis del sistema legal chileno”, *Revista Mensaje* n°134, Santiago, pp.559-556.

Novoa Monreal, Eduardo(1971).”La nacionalización del cobre: aspectos jurídicos”. *Revista Mensaje* n° 204,Santiago, pp.513-515.

Novoa Monreal, Eduardo(1972), “El difícil camino de la legalidad”, *Revista de la Universidad Técnica del Estado* n° 7, Santiago, pp.9-34.

Novoa Monreal Eduardo (1975), *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Ciudad de México, Editorial Siglo XX.

Novoa Monreal, Eduardo(1985), *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Buenos Aires, Ediar.

Novoa Monreal, Eduardo (1992), *Los resquicios legales. Un ejercicio de lógica jurídica*, Santiago, Editorial Bat.

Novoa Monreal, Eduardo(1993),”Carta al candidato presidencial Dr. Salvador Allende”, *Eduardo Novoa Monreal. Obras escogidas. Una crítica al derecho tradicional*. Santiago, Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, p.409-411

Pacheco, Máximo(1994). *Teoría del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Santos, Boaventura de Souza(2009),*Sociología Jurídica Crítica.Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid, Editorial Trotta.

Sierra Iribarne, Lucas (2002), “Derecho, cambio social y juristas en Chile: De la estridencia de los 60 al silencio de hoy”. Documento de trabajo Yale University, ([http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=yfs\\_sela](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=yfs_sela) .\_. Consultado el 17 de mayo de 2013)

Vergara Blanco, Alejandro(2011),“Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección”, *Litigación Pública, colección Estudios de Derecho Público, Primer Seminario de Litigación Pública, Universidad de los Andes* ,Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, pp. 37-63.

Villalonga, Cristian (2008). *Revolución y Ley. La Teoría Crítica del Derecho en Eduardo Novoa Monreal*, Santiago Editorial Globo.



