

## **La doctrina del gobierno de facto y las Actas Constitucionales de 1976: Juristas chilenos avalando decretos leyes**

*A doutrina do governo de fato e os Atos Constitucionais  
de 1976:*

*Juristas chilenos endossando decretos-lei*

*The doctrine of the de facto government and the  
Constitutional Acts of 1976:*

*Chilean jurists endorsing decree-laws*

**Eric Palma González<sup>1</sup>**  
**Francisco Zuñiga Urbina<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> Universidad de Chile. ORCID: 0000-0002-8804-6278

<sup>2</sup> Universidad de Chile. ORCID: 0000-0003-4363-6423

## RESUMEN

La doctrina sobre la vigencia de los decretos leyes es un factor a considerar al explicar la generación de normas iusfundamentales por dictaduras. Ellas tienen a su disposición una fuente formal que es acatada por juristas y jueces, que está aceptada por la cultura jurídica interna, de manera tal que se da certeza al dictador que podrá dejar instalada en el sistema democrático normativa jurídica que no cumple con los baremos de una legislación auténticamente democrática y soberana.

**Palabras clave:** Chile, Actas Constitucionales de 1976, Decretos leyes, Gobiernos de facto, Juristas y dictadura.

## RESUMO

A doutrina sobre a validade dos decretos-lei é um fator a se considerar ao explicar a geração de normas jurídicas fundamentais pelas ditaduras. Eles têm à sua disposição uma fonte formal que é seguida por juristas e juízes, o que é aceito pela cultura jurídica interna, de forma que o ditador tenha a certeza de que poderá sair instalado no regime democrático de normas jurídicas que não cumprem os padrões de uma legislação autenticamente democrática e soberana.

**Palavras-chave:** Chile, Atos Constitucionais de 1976, Decretos-lei, Governos de fato, Juristas e ditadura.

## ABSTRACT

The doctrine on the validity of the decree laws is a factor to consider when explaining the generation of fundamental legal norms by dictatorships. They have at their disposal a formal source that is followed by jurists and judges, which is accepted by the internal legal culture, in such a way that the dictator is given certainty that he will be able to leave installed in the democratic system legal regulations that do not comply with the standards. of an authentically democratic and sovereign legislation.

**Keywords:** Chile, Constitutional Acts of 1976, Decree laws, De facto governments, Jurists and dictatorship.

## Introducción<sup>3</sup>

Pretendemos en este trabajo de historia constitucional dar noticia del uso que se hizo en Chile por el profesorado de Derecho, así como por los tribunales de justicia, de la doctrina del gobierno de facto para explicar y justificar la vigencia de la normativa jurídica dictada por la dictadura del General Augusto Pinochet (1973-1990). Nos interesa comprender cómo se aproximó la doctrina chilena a la cuestión de la vigencia de las llamadas Actas Constitucionales, normativa jurídica de rango constitucional contenida en varios decretos leyes. Llamamos la atención respecto de una ampliación de la figura del campo legal al constitucional, hecho en el que la doctrina del derecho Público y Privado no ha reparado por lo que se sigue describiendo al decreto ley como una fuente formal con rango de ley. Esta falta de reflexión trae como consecuencia que los mismos argumentos que se emplearon en la década de 1930 para justificar la vigencia de esta normativa espuria, se emplearon bajo la dictadura y se continuaron usando luego del retorno a la democracia para validar normas iusfundamentales.

El año 1976 la dictadura cívico-militar chilena puso en vigencia un conjunto de normas iusfundamentales conocidas como Actas Constitucionales. Se trata de cuatro textos normativos que siendo expedidos por la dictadura se expresan en el plano de las fuentes formales como decretos leyes, es decir, normas de rango legal que abordan materias propias de ley, pero que, faltando el Congreso Nacional por haber sido clausurado, son dictadas y promulgadas por el Poder Ejecutivo y la Junta de Gobierno que ha llegado al poder político estatal por vías de hecho.

Luego del “golpe de Estado” de 1973 (en rigor, una revolución en los términos de Kelsen) se recurrió a la doctrina del gobierno de facto como base para reflexionar sobre la cobertura legal y legitimidad de normas de rango legal dictadas por la dictadura. La cultura jurídica chilena hizo suya la doctrina del “gobierno de facto” a partir de la década de 1930, sólo que esta vez (1973) no se trataba de normas legales, sino, de normativa de rango constitucional, es decir, de normas iusfundamentales. Opazo Quintana (2014) nos recuerda que en 1933 el profesor de Derecho Administrativo Alex Varela C. (1984, 23-49), citando al francés Gastón Jèze, los definía como la regla de derecho general, impersonal, formulada, en los períodos de dictadura, por individuos que se han proclamado dictadores. En este mismo año se nombró una Comisión para que analizara la validez de los decretos leyes dictados en la llamada República Socialista, la que resolvió el problema a partir de la doctrina francesa de los gobiernos de facto y del principio de urgente necesidad.

Como señala Rouquié (1981, 3):

“En los Estados latinoamericanos se encuentran establecidos dos tipos de legitimidad, generalmente en conflicto. Por una parte, una legitimidad de tipo legal y mayoritario en conformidad con los preceptos constitucionales, por otra una legitimidad que se puede llamar oligárquica, cuya <<formula de justificación>> es de tipo histórico o de naturaleza tradicional...gobiernos autoritarios cuyos rasgos legales son frágiles, pueden gozar del consenso que les brinda el apoyo de las capas dominantes que <<dicen la legitimidad>>, orientan y dan forma a la opinión. En relación con este sistema, pues, resulta preciso ubicar la noción de dictadura y su empleo para calificar poderes tanto civiles como militares”.

---

<sup>3</sup> Este trabajo se publica en el contexto de ejecución del Proyecto Fondecyt número N°1200573, “Las Actas Constitucionales números 2 y 3 de 1976, y su lugar en la historia constitucional de Chile: sentido, alcance y proyección”.

Respecto de Chile no puede afirmarse que el militarismo (Sotelo, 1977) sea un fenómeno recurrente y por ende, constitutivo de su cultura política-constitucional y su estructura institucional, lo que permitiría entender que a tres años del golpe de Estado tuviera injerencia todavía la concepción del poder limitado, incluso militar, aunque ello no implique democracia. Si aceptamos la tesis de Sotelo, según la cual el militarismo es posible porque faltan las instituciones políticas, la aprobación de las Actas Constitucionales como hito hacia la normalidad institucional debería entenderse como una prueba de la debilidad del militarismo hasta ese momento y, en consecuencia, como una falta de predominio del elemento militar sobre el civil. Predominio que se alcanzó años más tarde, luego de la crisis de 1978, y que se expresó claramente en la Constitución de 1980 (Consejo de Seguridad Nacional). Sin embargo, en la descripción que el autor hace del militarismo impulsado por la oligarquía amenazada por las demandas transformadoras de la clase media y popular, hay un elemento de control de la fuerza militar. Con lo cual, las Actas podrían ser expresión de un tipo de militarismo controlado por las elites oligárquicas.

Cabe considerar que las cuatro Actas Constitucionales de 1976 (decretos leyes N°1319, de 9 de enero; N°1551, N°1552, y N°1553, de 13 de septiembre) no responden al concepto de Constitución que desarrolla el constitucionalismo liberal, democrático y social, sino expresa un caso de “perversión constitucional”, fenómeno que Karl Loewenstein caracteriza magistralmente:

“Si al principio, un documento constitucional formal servía para limitar el ejercicio del poder político en interés de la libertad de los destinatarios del poder, la existencia hoy de una constitución escrita no implica, en absoluto, *ipso facto* una garantía de distribución y, por lo tanto, limitación del poder. Cada vez con más frecuencia, la técnica de la constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en manos de un detentador único. La constitución ha quedado privada de su intrínseco *telos*: institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político” (1983, 213-214).

Al respecto Valenzuela (1997, 9) señala que Pinochet empleó las nociones constitucionales al uso en Chile, aunque en forma tergiversada: “el 10 de noviembre de 1977 Pinochet le envió un largo memorándum a la Comisión -Ortuzar que preparaba el nuevo texto constitucional- pidiéndole que incorporase ciertas ideas al proyecto. Estas se apartaban en aspectos importantes de lo que habían sido tanto las prácticas como las nociones de la constitucionalidad democrática chilena”.

Morresi, estudiando el liberalismo conservador argentino, reitera al respecto la propuesta de Hugo Quiroga del año 2004 sobre la legitimación de los gobiernos golpistas identificando tres operaciones:

“la legitimidad de origen (que estaría dada por la situación caótica en la que había sumido al país el gobierno “demagógico” del peronismo), la legitimidad de ejercicio (que se derivaría de la capacidad de las Fuerzas Armadas para poner en vigencia un orden) y la legitimidad de fines (que estaría asentada en los objetivos de reinstauración republicana que serían compartidos por los elementos “sanos” de la sociedad)” (2010, 104).

A lo que cabría agregar la legitimidad burocrática a que se refiere Bobbio según la cual el poder se ejerce sujeto a reglas aplicables a quien lo detenta y no son expresión de puro arbitrio.

La presente investigación estudia la tarea de legitimación o justificación de la labor legislativa y constitucional de la dictadura por algunos juristas chilenos, a propósito de una investigación mayor que confronta la tesis según la cual la dictadura chilena es un caso particular de régimen autolimitado y, por ende, es más bien un gobierno autoritario que una dictadura a secas y, en ningún caso, una autocracia totalitaria.

El problema que abordamos es parte de una investigación mayor que recurre a un marco teórico en que resultan particularmente relevante las teorías aportadas por la ciencia política y la historia del derecho sobre dictadura y regímenes autoritarios; rol político del ejército; sujeción del poder civil al militar; la doctrina de la constitución histórica y de la monarquía limitada; la doctrina del gobierno de facto. Analizamos la formulación de las Actas Constitucionales de 1976 desde la perspectiva teórica propuesta por Huneeus (2000), quien caracteriza al régimen militar desechando la explicación del totalitarismo y del fascismo y, siguiendo a Linz, opta por la tesis del régimen autoritario:

“El poder y la autoridad de Pinochet no fueron absolutos, pues el suyo no fue un régimen totalitario, en que el dictador ostenta dichos atributos. Estos estuvieron limitados, en primer lugar, por la participación de las instituciones armadas en el poder.. En segundo lugar, la Junta de Gobierno tomaba sus decisiones por unanimidad, lo que obligaba a cada miembro a conciliar posiciones con sus colegas. En tercer lugar, el entramado institucional planteó ciertas limitaciones al poder personal del general Pinochet... que puso un límite de tiempo a su permanencia en el poder y fijó un procedimiento...” (2000, 65).

De acuerdo con esta tesis, lo propio de un régimen autoritario es que el poder y la autoridad del gobernante no fueron absolutos, ni su permanencia en el cargo queda entregada a la pura política. En este sentido Linz, ya abordando en global la dinámica de los autoritarismos del denominado “Tercer Mundo”, profundiza:

“Los politólogos descubrirían que no cabía entender a tales regímenes como regímenes totalitarios fracasados, ya que muchos, si no todos, de sus fundadores no compartían una visión totalitaria de la sociedad y del Estado; funcionaban de manera muy distinta a la de los regímenes nazi o estalinista, y sus dirigentes, en especial en el Tercer Mundo, no pretendían estar preparando la nación para la democracia con un gobierno temporal autoritario. Rechazaban explícitamente cada vez más el régimen liberal democrático, y a menudo pretendían imitar el modelo leninista de un partido de vanguardia para construir los nuevos Estados o naciones. Los politólogos descubrirían además que las declaraciones ideológicas y la organización de cuadros de los partidos, así como la organización de masas, carecían de correspondencia en casi todos los casos con realidad alguna... Inevitablemente, estos acontecimientos llevaron a la formulación, con mayor o menor énfasis, de un tercer tipo de régimen, un tipo sui generis más bien que uno asentado en un continuum entre democracia y totalitarismo” (2009, 68-69).

En 2005, el desaparecido prematuramente Robert Barros analizó en profundidad el accionar de la Junta de Gobierno en la línea de la tesis de las limitaciones institucionales en un régimen dictatorial. Sostiene que la tesis de la “personalización del poder” y de la dictadura como fórmula de Gobierno que no admite autolimitaciones no es aplicable al caso chileno de la etapa 1973-1990. El régimen nacional “representa el caso de un régimen autocrático limitado por una Constitución de su propia creación” (2005, 18). La tesis del autor, que vino a desarrollar lo planteado por Huneeus, es que este fenómeno se explica porque el poder quedó fundado en un cuerpo plural (la Junta Militar).

La explicación de Barros, como lo sostiene por lo demás el propio autor, no se somete al lugar común de la teoría política según el cual existe “incompatibilidad entre el autoritarismo y las restricciones legales-constitucionales...Chile -dice el autor- constituye una excepción a este patrón” (Barros, 2005, 18-20).

## 1. De dictadura a régimen autoritario como consecuencia de la autolimitación (Las Actas Constitucionales como autolimitaciones relativas del poder de la dictadura)

El año 1976 la dictadura cívico-militar chilena puso en vigencia un conjunto de normas iusfundamentales conocidas como Actas Constitucionales (Nº1 - decreto ley Nº1319, de 9 de enero- “Crea el Consejo de Estado”;<sup>4</sup> Nº2 -decreto ley Nº1551, de 13 de septiembre- “Bases esenciales de la institucionalidad chilena”;<sup>5</sup> Nº3 -decreto Nº1552, de misma fecha- “De los derechos y deberes constitucionales”;<sup>6</sup> y Nº4 -decreto ley Nº1553, de igual día- “Regímenes de emergencia”). La hipótesis con la que estamos trabajando indica que las regulaciones normativo-jurídicas contenidas en las Actas tendrían por objeto fortalecer la posición política de quienes no conciben la democracia normativamente, pero, están disponibles para imponer límites al ejercicio del poder político superior del Estado para impedir la acción del gobernante de facto como caudillo: el derecho vendría a jugar un papel de control, pero, no de mejoramiento de las posibilidades del sistema democrático.

Las Actas Constitucionales vendrían a ser expresión del ejercicio de un poder constituyente autoritario, ejercido por un gobierno de facto que sujeto a la “constitución histórica” no deviene en caudillismo, porque autolimita y legaliza el ejercicio del poder público, sin que se requiera para ello de un régimen democrático. Lo cual implica la existencia de límites al poder público incluso en regímenes no democráticos ni de tipo liberal en lo político. La tradición juega un papel en la construcción de legitimidad que intentó el régimen. La identidad histórica implicaba definir a la sociedad chilena con “...una concepción propia y diferente del hombre y de la sociedad, en la que se aúnan el legado de nuestra tradición occidental, humanista y cristiana, con la riqueza de un vigoroso sentido nacional...Estado humanista, nacional y cristiano” (Pinochet Ugarte 1979, 25, 59).

No cabe perder de vista que el concepto de limitaciones que se termina construyendo para caracterizar el régimen autoritario, incurriría en defecto si no incorpora la visión sobre la “democracia” que promueve la dictadura. Que las Actas Constitucionales sean un caso de limitación implica que dicho relativo autocontrol tiene lugar en un régimen no democrático y a propósito de la construcción de una nueva visión restrictiva acerca de la democracia: democracia protegida y tecnificada o simplemente el oxímoron de una “democracia autoritaria” (Pinochet, 1979, 46).

Cuevas (1979) afirma que las Actas Constitucionales dan cobertura jurídica a la Declaración de Principios formulada por el régimen en marzo de 1974. El régimen esperaba recoger la experiencia que suscitaban las Actas para la preparación del texto definitivo, y además, ir avanzando de modo paulatino en lo que se entendía como normalización constitucional. Cuevas sostiene que las Actas Constitucionales serían instrumentos jurídicos propios de la etapa de “recuperación”, que precede a la de transición según como lo señaló el mismo general Augusto Pinochet en su famoso discurso de Chacarillas el 9 de julio de 1977.

4 Texto íntegro disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6567>

5 Texto íntegro disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6655>

6 Texto íntegro disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6656>

7 Texto íntegro disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6657>

## 2. La validación de la dogmática jurídica chilena del decreto ley como fuente formal de las normas iusfundamentales de la dictadura

La dictadura impuso normas de rango constitucional recurriendo a la fuente formal del derecho -decreto ley-, generando una situación de potencial “control” del poder del dictador, sin que se configure a la vez un contexto democrático. Cabe preguntarse entonces en qué medida la doctrina chilena ha venido contribuyendo con su comprensión del decreto ley a crear un escenario favorable a la aceptación de esta normativa y, por ende, ha configurado esta fuente formal del derecho como una opción de creación de derecho eficiente, e incluso legitimada, a la que pueden recurrir regímenes dictatoriales. Regímenes que incluso pueden llegar a usar esta fuente formal para “autolimitarse” en un contexto no democrático e incluso antidemocrático. Dicho de otro modo, la respuesta a la pregunta, por qué valen los decretos leyes, nos permite entender por qué valen las Actas Constitucionales y en qué medida son un mecanismo de auto-control que opera al interior de los partidarios del régimen.

La relevancia de abordar este tema es mayor en la medida en que incluso el Tribunal Constitucional participa tardíamente de lo que se ha denominado una renovada operación de “blanqueo constitucional”, a propósito de la producción por la dictadura de normas iusfundamentales recurriendo a decretos leyes (Zúñiga, 2018).

La pregunta de investigación que cabe formular es: ¿en qué medida la dogmática contribuye a darle eficacia al derecho de la dictadura al no cuestionar al decreto ley? ¿Qué relación existe por lo tanto entre el discurso legitimador del decreto ley a nombre de la eficacia y la seguridad jurídica y la privación del ejercicio de la soberanía nacional por el pueblo? ¿Se da noticia por la dogmática del conflicto entre eficacia y soberanía? La operación de “blanqueo constitucional” (Zúñiga, 2018) persigue precisamente validar y legitimar la labor de producción de normas constitucionales por la dictadura obviando el recurso al decreto ley y el carácter delincencial de su conformación (los militares conjurados el 11 de septiembre de 1973 son autores del crimen de sedición, al tenor del artículo 3° de la Constitución de 1925). Ello trae como consecuencia que se sostenga, por ejemplo, en fecha reciente, 2017, por el Tribunal Constitucional chileno que la Constitución vigente al golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, la Constitución de 1925, fue derogada parcialmente entre 1973-1980 y orgánicamente a partir de 1981, validando y legitimando inexcusablemente, en consecuencia, el recurso a la fuente formal “decreto ley” como fórmula jurídica apta para generar efectos constitucionales.

Las Actas Constitucionales fueron establecidas a través de la fuente formal denominada decreto ley. Se dictaron en virtud de las normas generadas por el propio gobierno de facto que regularon el ejercicio del poder creador de Derecho por parte de la Junta de Gobierno y que incluyó la potestad para dictar normas iusfundamentales: decretos leyes números 1, 9, 25, 27, 119, 128, 175 y 228, de 1973; 527 y 788, de 1974. La Junta de Gobierno sostuvo que promulgaba las Actas en ejercicio del Poder Constituyente que se había atribuido mediante el decreto ley N°788, de cuatro de diciembre de 1974:

“Considerando: a) Que la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; b) Que el ejercicio de los Poderes Constituyente y Legislativo se realiza mediante la dictación de decretos leyes con la firma de todos los miembros de la Junta de Gobierno y -cuando éstos lo estimen conveniente con la de el o los Ministros respectivos... Que, en consecuencia,

debe entenderse que cada vez que la Junta de Gobierno ha dictado un decreto ley cuyos términos no coinciden con alguna disposición de la Constitución Política del Estado, ha ejercido el Poder Constituyente modificando, en lo pertinente y ya sea en forma expresa o tácita, total o parcial, el respectivo precepto constitucional...”.

El recurso a esta fuente, que constituye toda una anomalía en el orden jurídico propio de un Estado constitucional, es un aspecto que cabe analizar con cierta detención en sus dimensiones de validez y legitimidad antes del establecimiento de la dictadura y con posterioridad a ella. Ello implica ocuparse de la doctrina del gobierno de facto validada por la doctrina chilena y la jurisprudencia en la década de 1930; así como de la peculiar posición que ellas adoptaron entre 1971 y 1973, y de la postura que se adoptó luego del 11 de septiembre de 1973.

La historia constitucional chilena no conoce otro caso en que por medio de decretos leyes se suplantara al constituyente derivado o al originario. El presidente Alessandri Palma recurrió a la fuente formal “decreto supremo” (Decreto N.º 1422, de 7 de Abril de 1925) por medio del cual inició el proceso que llevó a la promulgación de la Constitución de 1925.

En la doctrina y el derecho extranjero cabe tener presente que en septiembre de 1930 la Corte Suprema argentina a propósito del golpe de Estado del teniente general José Félix Uriburu, había resuelto que se estaba en presencia un gobierno provisional resultado de una revolución que controlaba las fuerzas militares y policiales y que tal situación es característica de “un gobierno de hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo con todas las consecuencias de la doctrina de los gobiernos de facto respecto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él –y- cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social” (Acordada, 10 de septiembre de 1930). Un gobierno de facto podía en consecuencia legislar<sup>8</sup>. Hubo, por cierto, opinión disidente pues el presidente de la Corte, J. Figueroa Alcorta, rechazaba el reconocimiento del gobierno golpista.

El fundamento que motivaba lo anterior bien podría sintetizarse en las palabras de un jurista adicto a la dictadura, Mario Justo López:

8 Precisa Groisman (1989, 37) que: “La Corte Suprema citó en su apoyo la obra de Constantineau sobre la doctrina de facto confundiendo, como se ha señalado, «el criterio acerca de la validez de los actos de los funcionarios de facto» con «la validez del título del gobierno de facto» y olvidando que para la doctrina el funcionario de facto es aquel que reviste la apariencia de legitimidad, y que —como señaló Sánchez Viamonte— «según la “doctrina de facto” (Goodnow, Jèze, Constantineau, etc.) no hay funciones de facto. Sólo puede haber funcionarios de facto, obligados a desempeñar funciones de iure, con responsabilidad por lo menos igual a la de los funcionarios de iure». Para precisar lo anterior, Fayt nos señala: “Funcionario de facto es el que asume una función o poder sin derecho y puede comprender, tanto a un miembro de un gobierno de facto, como el caso en que, como lo señala Bielsa, “se produce una acefalía no remediable en el orden constitucional.” o cuando un gobernante “prolonga su mandato más allá del término legal, sin ánimo de usurparlo, sino con el objeto de mantener la continuidad del Estado jurídico” (1988, 134). Sánchez Viamonte, a su vez, delimita con claridad el alcance de esta doctrina: “Sin embargo, Jèze se plantea en seguida la cuestión relativa a distinguir al funcionario de hecho del usurpador, y se extiende en razonamientos que conducen a contemplar ya no el derecho, sino las circunstancias de hecho, en forma que atenúen el rigor de los principios, para adecuarlos a situaciones previsibles... es necesario invocar los motivos de utilidad pública que han dado nacimiento a la teoría, y que consisten en asegurar el funcionamiento normal y continuo de los servicios públicos. Contempla la necesidad de garantizar al público que sean válidos para él los actos ejecutados por una persona que ejerce un cargo y a la que se le ha podido creer investida regularmente para su desempeño” (1957, 590). En síntesis, la investidura debía ser plausible; si no lo es o falta totalmente, no sería funcionario de hecho, sino usurpador. Constantineau, citado por Sánchez Viamonte igualmente, concuerda con ello: “Para que una persona pueda ser reconocida de facto son tres las condiciones esenciales, a saber: 1º El cargo que ocupe debe tener una existencia de jure, o al menos, que esté reconocido por la ley; 2º Debe estar realmente en posesión del mismo y 3º Debe detentarlo bajo la apariencia de legitimidad (under color) de título o autoridad” (1957, 584). Véase con provecho Berardo, R. (1954). La obra referida por Groisman y Sánchez Viamonte es Constantineau, Albert, A Treatise on the de facto doctrine in its relation to public officers and public corporations, Toronto, The Lawyers Co-operative Pub. Co., 1910, traducido al español: Buenos Aires, Edit. Depalma, 2 vol.



“El derecho de resistencia a la opresión, y el estado de necesidad precedentemente considerados, no son sino las justificaciones teóricas -en contradicción con la “integralidad” y la “continuidad” que hacen a la esencia del Constitucionalismo y del Estado de Derecho- a cada una, respectivamente, de las dos fases de discontinuidad señaladas, cuyas concreciones históricas son: con respecto a la primera, la revolución y el golpe de Estado y, con respecto a la segunda, el gobierno *de facto*... producido el acceso a los cargos o roles de gobierno de nuevos ocupantes, sin título jurídico, la discontinuidad jurídica se traduce en la existencia de un llamado gobierno de facto. Se procura justificar, entonces, esa nueva brecha en la continuidad del orden constitucional recurriendo a la doctrina del estado de necesidad” (1996, 104).

Y las consecuencias prácticas buscadas, a su vez, las menciona el gran jurista argentino Carlos S. Fayt:

“La cuestión del reconocimiento de la autoridad de los gobiernos *de facto*, o de los funcionarios de facto, basada en consideraciones de orden público, justicia y necesidad y destinada a proteger a la comunidad o a las personas de los actos realizados por tales gobiernos o funcionarios, se conoce con el nombre de *doctrina de facto*. Partiendo de la base de que la autoridad que ejercen carece de todo fundamento constitucional, parece incontestable que las disposiciones que adoptan y los actos a través de los cuales ejercen el poder, por más que puedan ser denominados “leyes” o “decretos-leyes”, no son otra cosa que órdenes sin otro principio de legitimidad que los que resulten del propio arbitrio” (1988, 135-136).

Cabe tener presente que la “doctrina de facto” fue finalmente eliminada de la jurisprudencia argentina en la reforma de la Constitución nacional de 1994: el art. 36 eliminó la posibilidad de invocar dicha doctrina frente a un eventual golpe de Estado” (Castagnola, 2020). Lo anterior, puesto que como se ha visto, esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina implicaba legitimar los golpes de Estado. Se señaló en 1946: “ese alto cuerpo, por dos veces en el transcurso de menos de 15 años, no sólo no ha sabido defender la Constitución, sino que se ha arrogado la facultad que ni la propia Constitución ni ley ninguna le concede, ni le podía conceder, de legitimar gobiernos de facto que la constitución ni admite ni prevé” (Hirschmann, 2011, 278).

El propio Hirschmann precisa que en todo caso la doctrina que primó, según se resolvió por fallo de 1947, fue: “Que los decretos leyes dictados por el gobierno de facto son válidos por razón de su origen y, puesto que tienen el valor de leyes, subsisten aunque no hayan sido ratificados por el Congreso mientras no sean derogados de la única manera que éstas pueden serlo, es decir, por otras leyes (art. 17 del Código Civil)” (2011, 291).

En relación con su caducidad automática Ramella (1966, 205) señalaba que ello “implicaría no sólo una perturbación de la paz social y una gravísima inestabilidad de derechos adquiridos al amparo de aquella legislación, sino que retrotrayendo el orden jurídico al estado anterior de cosas desvirtuaría los fines de la revolución desconociendo la nueva realidad jurídica implantada por ella”.

El juicio de algunos autores a esta conducta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina es lapidario: “la célebre Acordada que legitima la toma del gobierno por la fuerza... da nacimiento a la «doctrina de facto» que luego avalaría los golpes militares de 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976” (Sabsay, 2004, 496).

Para el caso del Perú, donde las normas de rango legal de los gobiernos de facto son denominadas también decretos leyes, Belaunde López de Romaña hacía notar que la explicación sobre la actividad legislativa de los gobiernos de facto carecía en la literatura jurídica de un tratamiento acabado:

“Revisando las principales publicaciones jurídicas de los últimos veinticinco años, encontramos que conjuntamente con una actitud sacralizadora de la Constitución, vinculada con las características de la ideología jurídica predominante, ha existido, contradictoriamente, una adecuación casi indiferente a los gobiernos de facto. Similar actitud hemos encontrado tradicionalmente en el Poder Judicial. No existen declaraciones generales -al estilo de las <<Acordadas>> de la corte Suprema Argentina- ni una verdadera doctrina jurisprudencial, como existe en otros países. Generalmente, se ha considerado que este problema no era materia que incumbiera al Poder Judicial” (1974, 94).

Sin embargo, se recurría también a la doctrina del gobierno de facto y ello implicó su validez y la consolidación de las situaciones jurídicas surgidas bajo su imperio. Parte de la doctrina exige, dice Belaunde, derogación expresa por razones de seguridad jurídica no estimando necesaria la ratificación tácita o expresa por entender que el Decreto ley tiene plena vigencia al igual que la ley ordinaria. Por su parte la Corte Suprema peruana: “ha fallado en favor de los decretos-leyes, expresando que aquellos que no han sido derogados o modificados por el Congreso, están aprobados implícitamente” (Furnish, 1972, 64).

La doctrina y la jurisprudencia chilena, por su parte, validaron los decretos leyes dictados en la década de 1920 y 1930. Se recurrió a la doctrina del gobierno de facto para dar cobertura a esta ilegalidad y, además, nuestra jurisprudencia invocó el principio de división de poderes en virtud del cual, se sostuvo por la Corte Suprema, estaba vedado al Poder Judicial pronunciarse sobre la actuación del Poder Ejecutivo y la validez constitucional de sus actos.

Como hemos dicho (Palma, 2017), para el caso de Chile hay que remitir a lo resuelto por la comisión de juristas convocada por el presidente de la República Arturo Alessandri Palma para pronunciarse sobre la validez de los decretos leyes dictados en 1932 (Opazo Quintana, 2014, 63 y ss.). Esta instancia, conformada por los juristas Juan Esteban Montero (profesor de derecho romano, militante radical y ex Presidente de la República en 1931-1932, destituido por un golpe de Estado), Luis Claro Solar, Arturo Alessandri Rodríguez (ambos destacados tratadistas de derecho civil; el primero había sido senador liberal, mientras el segundo era en esos momentos decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), Luis Antonio Vergara (docente de economía política y varias veces diputado balmacedista), Luis Salas Romo, Víctor Vicente Robles, Armando Quezada Acharán (todos militantes del Partido Radical, ex parlamentarios y ex ministros: Salas fue uno de los constituyentes de 1925; Robles fue profesor de derecho civil y agrícola en el Curso de Leyes de Concepción; Quezada Acharán, catedrático de economía política, fue también rector de la Universidad de Chile), Arturo Prat Carvajal (hijo del héroe naval, dos veces ministro de Hacienda y de antigua filiación nacional), José María Cifuentes, Arturo Ureta Echazarreta (ambos militantes conservadores y profesores de la Universidad Católica, siendo Cifuentes constitucionalista y Ureta civilista, aparte de decano de aquella Facultad), Alfredo Santa María y Leopoldo Ortega (ambos civilistas de la Facultad de Derecho de la U. de Chile), resolvió que eran propios de un período de anarquía en que actuó un gobierno revolucionario, y que eran nulos por haber violado la Constitución de 1925 y atentar contra “numerosos y fundamentales principios sustantivos” de la misma, sin embargo, sostuvo que bajo el imperio del gobierno de facto tenían pleno valor jurídico

¿Qué sucedía con ellos una vez cesada la anormalidad? Según da cuenta el mismo Informe, los poderes del Estado (Corte Suprema, Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo) aceptaron la existencia de varios de ellos y no cuestionaron su validez.

Sin embargo, en el Gobierno de la Unidad Popular encabezado por Salvador Allende, la Corte Suprema puso en tela de juicio a partir de 1972 el uso del decreto ley como consecuencia de haber recurrido el gobierno socialista al decreto ley N°520, aprobado por el gobierno de Carlos Dávila en septiembre de 1932, y que permitió a la Unidad Popular avanzar en sus metas de intervención de la economía y control de ciertas empresas consideradas como estratégicas (Palma, 2017). Esta acción de la Unidad Popular, amparada en una norma de rango legal fue identificada como un antecedente de la crisis del Estado de Derecho en Chile entre 1970 y 1973 (Palma, 1994); esta práctica, denominada “resquicios legales” por el jurista inspirador de este proceso, Eduardo Novoa Monreal, derivaba directamente de la concepción instrumental que éste poseía del derecho:

“Por consiguiente, de la calidad de medio de control social que toca al derecho se desprende su verdadero carácter: un instrumento práctico destinado a la realización concreta del modelo de organización social en una sociedad determinada. La norma jurídica, en cuanto destinada a inducir prescriptivamente determinados efectos en la vida social, pierde conforme a esta explicación ese carácter de célula básica de una institución grandiosa, excelsa y reverenciada (el derecho) y pasa a convertirse en un simple instrumento con finalidad nada trascendente y hasta modesta: que los hombres no lleguen en su actuar externo a hacer nada de aquello que, conforme a la tipificación normativa, amague el modelo de organización social” (1985, 172).

La Junta Militar fue todavía más lejos que el gobierno socialista, a pesar de la posición más reciente de la Corte Suprema y del Colegio de Abogados de rechazar el uso de decretos leyes, recurrió a partir del mismo año de 1973 a este instrumento normativo para expresar su voluntad de dar al país ya no nuevas leyes, sino, un nuevo orden iusfundamental. Pasaron de ser normas de mero rango legal a normas de jerarquía constitucional. Aceptando la Corte Suprema incluso la situación anómala de la derogación tácita de normas constitucionales que el propio régimen propició a través del decreto ley N°788, de 4 de diciembre de 1974 (Opazo Quintana, 2014). En palabras de Zuñiga. “Tales declaraciones iusfundamentales del régimen autoritario son ficciones, que se acoplan con la colaboración esperada por el régimen y querida por la Corte Suprema de la época, y que son parte de la edificación de una institucionalidad para “el gobierno de facto” que se cierra con el decreto ley N°788” (2019, 414).

La anterior situación permeó a todo el Poder Judicial, el cual fue derechamente anquilosado con el beneplácito de la Corte Suprema de la época, la cual en caso alguno cuestionó lo que se disponía desde el Poder Ejecutivo incluso cuando los resultados de sus medidas derivasen en un caos administrativo dentro de la Judicatura. Un ejemplo paradigmático en este sentido es la situación de los tribunales laborales durante la dictadura cívico-militar, en particular después del Plan Laboral de 1981, la cual fue descrita por Palma (1998) y el magistrado del área Álvaro Flores Monardes:

“Claramente el punto de inflexión de 1981 marcó el inicio de la crisis de la Justicia del Trabajo. La supresión de juzgados especiales de primera instancia, de las Cortes del Trabajo y en definitiva la desaparición de la especialidad, avenían claramente -por esos años- con el desmantelamiento, que a la par, sufría la normativa en sus aspectos protectores más significativos. La desastrosa experiencia que significó la supresión de la justicia especializada obligó a la administración castrense de la época a reponer los

Juzgados del Trabajo (quedando, con todo, a firme, la eliminación de las Cortes especiales) resultando de ello, una justicia especial precarizada, en una muy desmedrada posición. En Santiago, por ejemplo, de diez juzgados suprimidos, se restauraron apenas cinco y sólo progresivamente se llegó a los nueve actuales; ello, sin considerar que la regresión iba a contramano del aumento progresivo de la población laboral y otros factores que, en el mediano y largo plazo, aumentarían la demanda por justicia del trabajo” (2005, 150).

### 3. Las Actas Constitucionales como decretos leyes

El recurso a la fuente formal “decreto ley”, norma jurídica promulgada por un gobierno de facto que aborda materias propias de ley según el sistema de fuentes formales, es la expresión concreta de la autolimitación y legalización del ejercicio del poder público sin que se requiera para ello de un contexto democrático. La dictadura impuso una norma de rango iusfundamental recurriendo a la fuente formal del derecho “decreto ley”. Cabe preguntarse entonces en qué medida la doctrina chilena ha venido contribuyendo con su comprensión del decreto ley a crear un escenario favorable a la aceptación de esta normativa, y por ende, la ha configurado como una opción de creación de derecho eficiente, e incluso legitimada, a la que pueden recurrir regímenes dictatoriales.

¿Dada la nueva jerarquía y, por ende, la nueva función que venía a jugar en el sistema de fuentes se recurrió a la doctrina anterior a 1973 o se construyeron nuevos argumentos? ¿Se destacó esta anomalía de seguir llamando “decreto ley” a una norma que por decisión de la Junta pasaba a tener rango constitucional? ¿Importó a la doctrina civilista o a la ciencia jurídica caracterizar esta nueva función del decreto ley?.

Cabe recordar, según indica Opazo Quintana, que la dogmática chilena tiene consenso en caracterizar al decreto ley como: “1. Un decreto emitido por la autoridad que ejerce el Poder Ejecutivo 2. Dicho decreto debe tratar materias que la Constitución reserva al dominio legal. 3. Que sea dictado en circunstancias anormales, en las que el Poder Legislativo democráticamente elegido, ya sea por haber sido disuelto o desconocido, no puede intervenir en la formación de la ley” (2014, 188).

El tratadista francés Gastón Jèze, define al decreto ley como “la regla de derecho general, impersonal, formulada en los tiempos de dictadura, por individuos que se han declarado dictadores” (1948, 33). Este autor señala, en una perspectiva finalista, que “no existe diferencia jurídica” entre el decreto-ley y la ley propiamente tal, a su vez conceptualizada como “la regla de derecho general e impersonal, formulada por las dos Cámaras y promulgada por el Presidente de la República”, lo anterior debido a que: “En todos estos casos, cualquiera sea la *calidad* del autor del acto, las *formas* seguidas y el *nombre* dado al acto jurídico, hallamos siempre como efecto jurídico querido la creación de una *situación jurídica general, impersonal, objetiva*. Ello es necesario para que exista *acto legislativo en el sentido material*, pero esto basta” (1948, 33-34)<sup>9</sup>.

Convendría, entonces, revisar la explicación al uso en Chile para incorporar también a normas de carácter iusfundamental e incluso a constituciones. Hacerlo favorecería un cuestionamiento de la cultura política y constitucional vigente respecto de la usurpación por parte de la dictadura en 1973 de la soberanía y el poder constituyente, en un contexto de ausencia de la democracia e intención de generar una forma de participación política denominada “democracia protegida”.

<sup>9</sup> Los destacados son del original.

## 4. Algunos ejemplos de cómo la dogmática chilena aborda el fenómeno del decreto ley como fuente de normas iusfundamentales

### 4.1. Doctrina del derecho Público

En 1976, un novel académico de derecho administrativo, Gustavo Fiamma Olivares, discípulo de uno de los juristas fieles de la dictadura, Eduardo Soto Kloss, publicó el trabajo *“Los decretos Leyes ¿son leyes?”*, donde sostuvo que en Chile el decreto ley era “aquel acto legislativo dictado por ejecutivos de facto” (1976, 151). Procuró alterar esta concepción no sin antes hacer notar que existía acuerdo en la dogmática chilena que desde el punto de vista material los decretos leyes eran leyes. Por lo tanto, para contestar a la pregunta sólo cabría elucidar si formalmente lo eran. Afirmó que “frente al decreto, el decreto ley se especifica por la materia y su fuerza y en relación a la ley, se especifica por el órgano de su dictación, esto es, el órgano ejecutivo” (1976, 146).

Reparando el autor en que de acuerdo con el derecho vigente en ese momento la función ejecutiva la realizaba el Presidente de la República (Pinochet) y la legislativa y constituyente el “órgano constituyente y legislativo compuesto por la Junta de Gobierno y el Presidente de la República que actúa como colegislador”, concluía, que los decretos leyes emanaban del Legislativo y el Ejecutivo y por lo tanto no cabe definirlos “como actos legislativos emanados del Ejecutivo”. (1976, 147). Añadiendo que en su actividad creadora de derecho la Junta de Gobierno usaba como sinónimos las voces leyes-decretos leyes y, por lo tanto, siendo doctrinariamente lo más apropiado cabría sostener que los decretos leyes son “auténticas leyes”. De hecho, señalaba, las Actas Constitucionales N°2, N°3 y N°4 permiten realizar esta asimilación porque se refieren a las leyes que deben desarrollar el contenido normativo de las Actas según las normas vigentes, es decir, las que permiten dictar el tipo de ley denominado decreto ley. Deriva de esto que los efectos de los decretos leyes son propios de normas plenamente válidas según el orden constitucional reformado por la Junta Militar y en consecuencia los derechos que de ellos emanan no son precarios.

Lo interesante es que esta *sui generis* fundamentación pseudo-formalista recurre a una socorrida legitimación iusnaturalista:

“El Gobierno actual de la República de Chile no es de facto, de hecho, puesto que su advenimiento está amparado, a la luz de la doctrina clásica, por el primer derecho, el Derecho Natural, que permitió el uso del derecho de resistencia a la opresión. Y, además, su actividad se encuentra totalmente regulada por el Derecho positivo; ningún acto se encuentra desvinculado del ordenamiento jurídico...los gobiernos de hecho, que lo son mientras su actividad se encuentra ajena a la regulación jurídica, dejan de serlo cuando su actividad tiene su fundamento en el Derecho” (1976, 150).

Esta vinculación iusnaturalista tiene una consecuencia en la definición de ley que propone el autor a la luz de la normativa del Acta Constitucional número dos según la cual, a su juicio, la labor de los órganos estatales está orientada por un fin como es promover el bien común, por lo que la ley debe definirse como “todo acto dictado, por el órgano legislador (conforme al procedimiento previsto) con el objeto de procurar el bien común” (1976, 153), sin dejar de citar, por cierto, al mismo Tomás de Aquino.

Entiende Fiamma que en Chile el precedente del decreto ley se encuentra en la normativa dictada entre septiembre de 1924 y diciembre de 1925 (816 decretos leyes), así como entre junio y septiembre de 1932 (669 decretos leyes), que denomina “épocas de anormalidad constitucional” y que están: “técnicamente bien calificados, atendida la falta de competencia de los gobiernos actuantes, que no sólo afectaba el ejercicio de las funciones legislativas sino que también al de las funciones ejecutivas. A estos actos legislativos se les puede denominar libremente <<decretos leyes>>” (1976, 150).

Según su planteamiento la actividad legislativa de Pinochet y la Junta de Gobierno sería muy distinta a la de las etapas referidas: “Ahora, la dictación de los actos legislativos no obedece a delegación de potestades legislativas, ni emanan de <<órgano>> ejecutivo incompetente, en atención, a que se ha estructurado jurídicamente un órgano legislativo dotado de competencia y de las potestades legislativas consecuentes, para la dictación de los actos legislativos, en virtud de las modificaciones que le fueron introducidas a la Constitución Política de la República actualmente vigente” (1976, 151).

Sostuvo en consecuencia que los decretos leyes son “dictados por el poder legislativo, en ejercicio de las potestades que la Constitución le otorga” de lo que resulta agregaba, “la inconveniencia de seguir utilizando una terminología rebasada por el ordenamiento constitucional” (1975, 151-152).

Reflexionando sobre su validez afirmó que la doctrina extranjera aceptaba su plena validez tanto durante el gobierno de facto como luego de su término y sin necesidad de que exista una ratificación del legislador. Citando al tratadista César A. Quintero y su obra Los decretos con valor de ley, publicada en Madrid por el Instituto de Estudios Políticos (riñón intelectual del régimen de Franco) en 1958, se pregunta:

“¿Con qué fundamento jurídico puede un parlamento de jure posterior a un gobierno de facto <<ratificar>> o <<aprobar>> lo que aquel gobierno hizo cuando no existía dicho parlamento ni el ordenamiento jurídico que habría de servir de base para ratificar o no los actos de aquel gobierno? Lo que si pueden hacer los parlamentos subsiguientes es legislar sobre la materia anteriormente reglada por el gobierno de facto y, en consecuencia reformar, derogar o reproducir íntegramente el texto de los decretos de facto. Hacer esto, como es obvio, es cosa distinta a ratificar” (1976, 152).

Cabe rescatar que, en el mes de agosto de 1976, según dan cuenta las actas de las sesiones de la Junta de Gobierno (que en ese momento eran secretas) el General Pinochet planteó la necesidad de revisar la denominación decreto ley y avanzar hacia su sustitución por la de ley:

“Como actualmente están separados los Poderes Ejecutivo y Legislativo y este se encuentra operando perfectamente, estimo que ya no se trata de decretos leyes, sino que de leyes y, por lo tanto, habría que darles esta denominación... Y eso, por muchas razones: da una impresión de transitoriedad y da el aspecto de que hay Gobierno de facto. Entonces, en este momento, en que están atacando por todos lados, creo que sería muy conveniente estudiarlo -se dispone entonces por orden de Pinochet- que se estudien los fundamentos jurídicos y la conveniencia de seguir manteniendo los términos <<decreto ley>> y no <<ley>>, en la denominación de la legislación que se promulgue en el futuro” (Acta 279-A de 1976, pp. 1 y 2).

Lo propio había hecho Argentina,. El gobierno de facto de la etapa 1966-1973 usó la expresión leyes para denominar a la normativa que generó dejando de usar la voz decretos leyes.

En definitiva, no se modificó el decreto ley N°991, de 17 de abril de 1975, que regulaba la formación o tramitación de la fuente formal denominada decreto ley y se mantuvo esta denominación hasta la entrada en vigencia de la Carta otorgada de 1980, lo que ocurrió el 11 de marzo de 1981 y dio paso a la Ley N°17.983, que fijó normas sobre el procedimiento legislativo, disponiendo el artículo segundo que la Junta dictaba “leyes” sujeta al procedimiento fijado en esta normativa (la norma del año 1975 disponía: Artículo 13. “La iniciativa para la dictación de un decreto ley sólo podrá emanar del Presidente de la República o de los demás Miembros de la Junta de Gobierno”).

Hasta aquí puro “*nomen iuris*”, en una labor desplegada para legitimar el régimen autoritario, convirtiendo en una alquimia nominalista su legalidad de facto (decretos leyes) y su legalidad iusfundamental (decretos leyes dictados en el ejercicio del poder constituyente, sean las Actas Constitucionales o la Constitución), en “leyes” y en la Constitución de 1980.

Debemos por lo tanto resignificar la “Constitución de 1980” como un “decreto ley iusfundamental” de la dictadura cívico-militar, la que utiliza el *nomen iuris* “Constitución” para obtener la legitimidad ideológica y simbólica que el constitucionalismo, como doctrina ideológica del liberalismo de los siglos XVIII y XIX brinda.

Pero en rigor la Constitución no es una Constitución, siguiendo las doctrinas del constitucionalismo liberal, democrático y social. A lo sumo es una Constitución formal, propia de la estatalidad, y en esa medida una Constitución otorgada. E incluso más, podría ser concebida a partir del esquema binario -formal-material- de Kelsen (1991, 232-233) como una Constitución material, categoría en la que caben las Actas Constitucionales y los decretos leyes dictados por el régimen en ejercicio del poder constituyente en el período 1973-1976<sup>10</sup>.

Coincidentemente, aunque desde un enfoque teórico-metodológico distinto a Kelsen, Duverger destaca sobre el binomio Constitución material-Constitución formal su alcance en las instituciones del Estado: “El concepto material de Constitución se aplica al conjunto de las instituciones políticas de un país, y es sobre este significado que reposa la noción de derecho constitucional. El concepto formal, por el contrario, alude al documento que define y regla dichas instituciones” (1948, 190).

Por ello, insistimos que los decretos leyes iusfundamentales dictados en Chile por la Junta de Gobierno en el periodo 1973-1980 pueden ser integrados a la Constitución material del Estado y de su régimen autocrático. Y la “Constitución de 1980”, expedida como un decreto ley iusfundamental, sometido a una aprobación refrendaria el 11 de septiembre de ese año, el cual fue un fraude plebiscitario en toda la línea, puede ser integrado al concepto de Constitución formal.

Pero la Constitución no es solo la forma del poder político estatal: tiene un contenido, es la forma del poder en las democracias pluralistas contemporáneas; y, en tal medida, en la resignificación imperiosa de la “Constitución de 1980”, esta sigue siendo un decreto ley iusfundamental de la dictadura cívico-militar. Y por ende, esta “Constitución” se aparta de la tradición republicana, de la cultura constitucional en sus tradiciones liberal, democrática y social; carece de un “ADN” o de trazabilidad en las Constituciones del pasado de Chile (1828, 1833, 1925).

---

10 Kelsen señala que “Si de pronto se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución. Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esta constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo”

En este sentido, debemos retomar la idea previamente enunciada de “perversión de la constitución” concebida por Karl Loewenstein, puesto que nos encontramos en un caso paradigmático que refleja este trasfondo cínico y utilitarista detrás del modo con que los autoritarismos usan y abusan del constitucionalismo. La “Constitución de 1980” es una expresión de la “perversión constitucional”: mero *nomen iuris*, el intento del régimen autoritario de detentar el prestigio ideológico y simbólico que las constituciones tienen en las democracias pluralistas. Pero, más aún, y excediendo el marco de la investigación, el régimen político establecido en la “Constitución de 1980” no es una república presidencial democrática, sino una autocracia denominada “democracia protegida”. La transición a la democracia, abierta con el plebiscito de 5 de octubre de 1988, en que es derrotado el continuismo de Pinochet hasta por nueve años más, abre la “Constitución de 1980” a un mero régimen no autoritario, pero constitutivo de una “democracia semisoberana” (Huneeus, 2014), asediada por enclaves autoritarios institucionales o “trampas”, que solo de manera incompleta fueron purgadas tardíamente mediante la reforma constitucional de 2005.

Sintetiza el mismo Loewenstein el alcance que esta dinámica cínico-utilitarista tiene:

“Una constitución democrática reviste siempre a cualquier régimen de una cierta respetabilidad. Los maquiavelistas de última hornada han descubierto que el credo democrático es la pancarta bajo la cual pueden perseguir su sombría tarea. La constitución escrita se ha convertido, por lo tanto, en la tapadera del nudo poder. Aunque el documento constitucional proclame solemnemente las formas del proceso democrático, las relaciones internas no afligen a nadie, a excepción del pueblo al que se le ofrece la forma y se le priva de la substancia. En la mitad del siglo XX, la autocracia iza con ironía la falsa bandera de la democracia. La constitución es, para decirlo con Shakespeare, “solo una rosa para cualquier nombre”. Las manipulaciones de los modernos detentadores del poder autócratas han transformado la constitución, que de ser un instrumento para la libertad, se ha convertido en un instrumento para la opresión. Su *telos* originario, la distribución del poder político entre diversos detentadores del poder con el fin de limitar su poder absoluto, se ha transformado en el efecto contrario” (1983, 214).

Los constitucionalistas chilenos Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, en su muy difundida obra *Derecho Constitucional* enseñan, tomando la definición del recordado académico Jorge Mario Quinzio, que en el orden jurídico debe entenderse por fuente: “el órgano o medio productor de la norma jurídica en su realidad o contenido concreto o ya el fundamento de validez jurídica de las normas o bien la forma o manifestación de la norma jurídica” (1984, 8).<sup>11</sup> Distinguen las fuentes indirectas de las directas o inmediatas del derecho constitucional. Estas últimas son, dicen “normas jurídicas”. Enumeran dichas fuentes directas, dentro de las cuáles no identifican a los decretos leyes.

Seguidamente agregan: “La primera fuente principal y directa del derecho constitucional es el texto de la Carta Fundamental”. Nótese que la expresión empleada es “texto” y que ella no permite formarse una idea clara que la denominada “Constitución de 1980”, actualmente vigente en Chile, es un decreto ley (D.L. N°3.464 de 1980). Los autores no realizan ninguna reflexión crítica que vincule al decreto ley con la Constitución de 1980, texto que es el objeto o fuente central de su libro, aunque dan cuenta del proceso que llevó a la captura del poder político por la Junta de Gobierno y a la apropiación por ésta del poder constituyente a través, precisamente, de

11 La obra referenciada es: Quinzio, Jorge Mario. Manual de Derecho Constitucional. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 30.



un conjunto de decretos leyes: “(D.L. N°s 1, 9, 25, 27, 119, 128, 170, 175, 228, 527, 545, 573, 601, 710, 788, 806, 821, 991, 1008 y Actas Constitucionales N°1 -D.L. N°1.319-, N°2 -D.L. N°1.551-, N°3 -D.L. N°1.552- y N°4 -D.L. N°1.553-) que permanecen total o parcialmente vigentes hasta el 11 de marzo de 1990 como consecuencia de las disposiciones permanentes y las disposiciones transitorias del D.L. N°3.464, de 1980” (Zúñiga y Alvarado, 2021, 17).

Nos recuerdan que el decreto ley N°128, de 16 de noviembre de 1974, dispuso entre otras materias: “La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo...-que- son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes...el ordenamiento contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado”.

Reflexionan al respecto:

“Se mantiene así la tradición, a diferencia de otros países latinoamericanos, de que los gobiernos que asumen el poder por un camino no señalado en la Constitución o, en otras palabras, por la vía extralegal, denominen los textos que dictan como <<decretos leyes>> y no como <<leyes>>. Recordemos que así ocurrió en los periodos que van de septiembre de 1924 a diciembre de 1925...recientemente desde el 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1981, fecha en que entró en vigencia la Constitución de 1980, lapso durante el cual se dictaron más de 3600 decretos leyes” (2005, 47, 48).

Pasan seguidamente a estudiar el decreto ley N°527, de 26 de junio de 1974, Estatuto de la Junta de Gobierno, para concluir que la Junta ha asumido los poderes constituyente, legislativo y ejecutivo y que los que ejerce mediante decretos leyes.

Dado que el decreto ley N°527 no precisó como se tramitaba un decreto ley con alcance constitucional, mediante el decreto ley N°788, de 4 de diciembre de 1974, se dispuso que a partir de entonces la Junta debía indicar expresamente que estaba ejerciendo la potestad constituyente<sup>12</sup> o de lo contrario debía entenderse que sólo se ejercía el poder legislativo.

Lo interesante es que a lo largo de las páginas 8 a 56 en que se desarrollan estas materias, en el conocido manual de divulgación de la disciplina, los autores no estiman necesario hacerse cargo de la relación entre decreto ley y Constitución: no señalan en ningún momento al decreto ley como una fuente directa del derecho constitucional chileno ni tampoco dan luces sobre la contradicción entre soberanía nacional, poder constituyente originario y derivado, democracia y decreto ley.

También hay que analizar en este punto la opinión del constitucionalista José Luis Cea Egaña: en su también muy conocida obra *Derecho Constitucional Chileno*, se remite a cuatro fases en la cual, a su juicio, se habría transcurrido de un proceso de “desconstitucionalización del sistema institucional” a una nueva “institucionalización”, la cual sería la “Constitución de 1980”; las etapas previas son denominadas respectivamente “fundacional”, relativa al Bando N°5, de 11 de septiembre de 1973 y al Decreto Ley N°1, publicado una semana después; “de consolidación”, donde aparecen los ya mencionados Decretos Leyes N°128, N°527 y N°788; y “de las Actas Constitucionales”, relativa a los cuerpos normativos así denominados y ya individualizados. Es, en este sentido, un ejemplo de académico comprometido con el orden jurídico

<sup>12</sup> “Artículo 3.o- Los decretos leyes que se dicten en el futuro y que puedan ser contrarios, u oponerse, o ser distintos, en forma expresa o tácita, total o parcial, a alguna norma de la Constitución Política del Estado, tendrán el efecto de modificarla, en lo pertinente sólo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno lo dicta en el ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde”

generado por la dictadura cívico-militar, aún intentando desmarcarse del terrorismo de Estado que esta llevó a cabo (formando incluso parte de la “Comisión Rettig” junto con Gonzalo Vial Correa, quien como historiador vivió un proceso parecido). Clarificador respecto de ello es la opinión histórico-jurídica que tiene Cea Egaña sobre este periodo histórico:

“Interesa sí destacar que el régimen militar significó una profunda y vasta, abrupta y represiva involución o reacción, una contrarrevolución, podría decirse, respecto de lo que trató de hacer la izquierda y también, en menor medida, la Democracia Cristiana en los años precedentes. Uno y otro proceso, de direcciones opuestas o antagónicas, se llevaron a cabo con evidentes ingredientes de violencia, aunque ésta llegó a niveles inimaginados, e incomprensibles, en los primeros cuatro años del período militar.

Pero simultáneamente, debe ser reconocido que ese régimen tuvo un sentido fundacional, creativo de instituciones, modificador de otras, rectificador de hábitos, en fin, innovador en los modelos de desarrollo socioeconómico que, con el paso de los años, se tornaron indiscutibles en su acierto y han sido admitidos hasta por sus adversarios.

Precisamente, la trama de aspectos positivos y negativos, de reacción conservadora y de acción innovadora, de desmembramiento cruento del conglomerado marxista, seguida por la represión transgresora a los derechos humanos, pero que terminó con los militares restaurando la democracia y devolviendo el poder a los civiles, torna difícil pronunciarse, ecuánimemente, en torno a los dieciséis años y medio que duró el *interregno de facto*” (2008, 62).

Comparemos lo antes expuesto con lo que el mismo autor señalaba veinte años antes, en la última época de la dictadura cívico-militar:

“La Junta de Gobierno, integrada por los cuatro jefes de las fuerzas uniformadas, asumió el mando supremo del país el 11 de septiembre de 1973. Lo hizo con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, garantizando la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y el respeto tanto de la Constitución como de las leyes en la medida que la situación entonces vigente lo permitiera para el mejor cumplimiento de los objetivos que la Junta propuso.

Comenzó así una etapa sin democracia constitucional, pero para retornar a ella. En una nueva versión de las planificaciones globales, el gobierno militar emprendió la despolitización de los cuerpos intermedios, implantó una política económica, llamada social de mercado, subordinó el Estado al principio de subsidiariedad y llevó a cabo hondas transformaciones en la estructura tanto administrativa como social del país, todo en claro contrapunto con el sistema precedente” (1988, 34).

En este punto no queda sino decir que la exposición de Cea Egaña, tanto en 1988 como en 2008, cae en una conceptualización rayana en la autojustificación de las contradicciones: paradójal resulta ser que, a su juicio, deba poco menos agradecerse al *régimen de facto* por supuestamente “reconstruir” lo destruido por ellos mismos: es, en síntesis, el absurdo de justificar la “perversión constitucional” equiparándola al régimen jurídico de un orden democrático propiamente tal. Esta legitimación del orden espurio surgido de la dictadura cívico-militar se contradice con lo que doctrinariamente el propio Cea Egaña refería, poco tiempo después de promulgarse la “Constitución de 1980”, a la hora de referirse al constitucionalismo y Estado de Derecho:

“Pero el constitucionalismo en su concreción de Estado de Derecho estaba lejos de agotarse en construcciones legal formadas diseñadas para detener las arremetidas de los detentadores del poder. Subyacente a él se hallaba, en realidad, un *telos* (p finalidad) a la consecución del cual habrían necesariamente de entregarse todos los miembros de un cuerpo político” (1988, 5).

Pero, sin embargo, el entredicho vuelve a aparecer inmediatamente después, al validar un constitucionalismo meramente formalista (en el cual sus autores pueden ser, literalmente, “cualesquiera”), para luego volver a recalcar la necesidad de la validación de los principios por sí mismos. “Gimnasia argumental”, en síntesis:

“La simetría entre las decisiones y comportamientos cualesquiera fueran sus autores, de una parte, con el telos del Código Fundamental, de otra, permitía calificar de legales de aquellos y, en principio, reputarlos asimismo legítimos.

Entiéndase, sin embargo, que éste no era un asunto de meros cotejos formales entre la legalidad y las actuaciones de gobernantes o gobernados. Por el contrario, debía partirse del supuesto de que la letra fría de la ley no era una directriz segura ni completa, lo que sí ocurría cuando ella era concebida como parte de un sistema regido por valores explícitamente anunciados como fines supremos en el encabezamiento de la Carta” (1988, 6).

Y ya abordando el sustrato jurídico propiamente tal, expresa respecto del Decreto Ley N°788:

“En él se contienen normas relativas al ejercicio del Poder Constituyente. Se buscó a través de este texto resolver, definitivamente, la compleja situación creada con las **modificaciones tácitas** a la Carta Fundamental de 1925. Para ello, se declaró que esos decretos, dictados por centenares a partir del 4 de diciembre de 1974 -es decir, desde la publicación del mismo decreto ley en estudio- y que fueran contrarios o distintos al Código Político citado, iban a modificarlo sólo si de manera explícita se señalaba que la Junta de Gobierno los había dictado en el ejercicio de la potestad constituyente. Subsistió, entonces, la incertidumbre frente a los decretos leyes dictados con anterioridad a la fecha mencionada” (2008, 65)<sup>13</sup>.

E inmediatamente después, en relación a las Actas Constitucionales:

“La Junta de Gobierno creyó necesario, siguiendo lo planteado en varios discursos por el presidente Pinochet, avanzar paulatinamente o por capítulos, en la derogación expresa de la Constitución de 1925 y en la aplicación de la nueva Carta Fundamental. A tal propósito obedeció la dictación de cuatro Actas Constitucionales, criterio que aplicó el generalísimo Franco en España y el gobierno militar de Brasil a partir de 1964... Se quiso con tales cuerpos normativos, dotados de supremacía constitucional, avanzar, como se ha dicho, en la normalización de la convivencia jurídica chilena, restringiendo los poderes fácticos de la Junta de Gobierno y del Jefe de Estado, y a la vez dotar de mayor eficacia a las acciones cautelares de los derechos humanos” (2008, 65-66).

Los referentes citados por Cea Egaña (otros regímenes cívico-militares como las tres décadas y media de Francisco Franco en España y los veinte años de Castelo Branco - Costa e Silva - Garrastazu Médiçi - Geisel - Figueredo en Brasil: el eterno afán de la perpetuidad en el poder) no hacen sino confirmar el hecho que los regímenes autoritarios se miran entre sí para obtener una justificación a su proceder *de facto*, manifiestamente irregular a los ojos de lo que se ha concebido y desarrollado como un estado constitucional democrático. La última frase, que aborda a las “acciones cautelares de los derechos humanos”, a las que se habría dotado supuestamente de “mayor eficacia”, es de una ceguera injustificable, en vista de lo que nos recuerda Robert Barros:

---

13 El destacado es nuestro: queda acá claro que, incluso para Cea Egaña, la irregularidad jurídico-normativa del *régimen de facto* es imposible de eludir, por mucho que intente remitir su ocurrencia a un determinado período.

“A la luz del alcance, ferocidad y carácter a menudo extralegal de la represión de los primeros años del golpe, la renuncia de la Corte Suprema a sus facultades correccionales respecto de los Consejos de Guerra fue quizá menos perniciosa que su incapacidad para proteger la libertad y la seguridad personales. Durante ese período, decenas de miles de militantes y simpatizantes de los partidos políticos de izquierda y de los sindicatos sufrieron detenciones ilegales, encarcelamiento y tortura y, en miles de casos, recibieron la muerte a manos de agentes del Estado sin enfrentar previamente juicio alguno en los tribunales ordinarios y militares. Pocos de estos individuos, si es que alguno, gozaron de la efectiva protección de sus derechos constitucionales a la vida y a la libertad, a pesar del mandato constitucional que obligaba al Poder Judicial a proteger los derechos individuales” (2005, 173).

Ello nos recuerda otro caso emblemático en este sentido: en 1962, cuando se emitió por la Comisión Internacional de Juristas el informe “El Imperio de la Ley en España”, que denunció la inexistencia del Estado de Derecho y de libertades en el régimen franquista del siguiente modo:

“Después de la segunda guerra mundial, el general Franco consideró oportuno disimular el carácter dictatorial y autoritario de su régimen mediante la promulgación de leyes de apariencia democrática y liberal. Éste fue el principal objetivo perseguido con la promulgación del Fuero de los Españoles, de 13 de julio de 1945, y la Ley de Referéndum, de 22 de octubre de 1945...

En el texto del Fuero se consigna por lo demás una reserva que brinda la posibilidad de “legalizar” las injerencias en los derechos fundamentales. El ejercicio de éstos no puede atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España. Esta condición tiene un alcance mucho mayor que las reservas por razón de orden público, salubridad, buenas costumbres, etc. Otra disposición del Fuero autoriza al gobierno a suspender temporalmente derechos fundamentales tan importantes como las libertades de palabra, asociación, asamblea y residencia y la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio, sin que sea necesaria para ello la vigencia del estado de excepción o de guerra...

El ejercicio de algunas libertades enunciadas en el Fuero se ha revelado imposible con el transcurso de los años debido a lo dispuesto en las leyes reguladoras. Esto es particularmente cierto en relación con la legislación de prensa que amordaza totalmente a los periódicos. La libertad de asociación es objeto de trabas análogas. No se concede tal libertad precisamente en la esfera en que más apremiante es crear entidades organizadas y autónomas, es decir, partidos políticos y sindicatos obreros cuya creación se prohíbe y por la que se incurre en delito. Ni siquiera el único partido autorizado, la Falange o Movimiento Nacional, tiene libertad de asociación” (1962, 86-97).

Esto conllevó que un grupo de juristas adictos al régimen franquista, agrupados en el ya mencionado “riñón” que era el Instituto de Estudios Políticos y bajo el amparo del Servicio Informativo Español, decidiese salir, de una manera que solo podríamos denominar como espuria, en defensa del sistema jurídico construido sin más respaldo que la voluntad del autoproclamado caudillo, calificando al Informe como “panfleto de propaganda contra el orden político en España”. En síntesis, nos lo describe Nicolás Sesma Landrín:

“En opinión de sus redactores, el informe de la CIJ ignoraba palmariamente los fundamentos del ordenamiento español, entre los que se hacía mención al Derecho Natural, el Derecho público cristiano y, ante todo, al enlace con la “tradición de la Jurisprudencia española”, cuyas creaciones doctrinales formaban “parte esencial de la civilización del mundo libre” y que habían sido convenientemente actualizadas para responder “a las nuevas realidades del presente”...

Respecto al reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, cuyo establecimiento jurídico-constitucional constituye uno de los ejes indispensables para todo Estado de Derecho, se remitía a la carta de derechos y deberes que servía de preámbulo al Fuero de los Españoles, que en opinión de los redactores de la réplica, era “una tabla de derechos fundamentales similar a la que puede exhibir cualquier otra constitución moderna”. La argumentación no podía ir más allá, puesto que el resto de referencias tenían como base únicamente distintos proyectos legislativos...

Con todo, el aspecto central de la réplica al Informe de la CIJ era la valoración de una de las construcciones jurídicas más completas del régimen franquista en toda su historia, el Estado de Derecho Administrativo implementado desde mediados de los años cincuenta, “aspecto en el que el panorama de nuestro país es notablemente superior al de la mayoría de los demás países” ...

Sin embargo, pese al carácter efectivamente avanzado de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo del Estado, esta parcela no cubría más que una de las tres dimensiones clásicas establecidas por la moderna teoría constitucional sobre el Estado de Derecho. En concreto, quedaba referido al control jurídico de la Administración, precepto indispensable para asegurar la protección de los ciudadanos frente a la actividad administrativa, que perdía su inmunidad judicial. Pero un Estado de Derecho meramente administrativo no era suficiente, pues el ordenamiento franquista eludía al menos las otras dos características necesarias al Estado de Derecho, esto es, el concepto de “reserva de ley”, y sobre todo, la ya clara identificación entre Estado de Derecho y legitimación democrática del poder del Estado” (2006, 53-56).

Hay una fábula (la XXVII) del también español Tomás de Iriarte, nacido varios siglos antes de Franco por lo demás, que habla de un adagio cuyo origen se pierde en tiempo: “Aunque la mona se vista de seda, mona se queda”. Pero para estos efectos, los versos finales de la fábula son mucho más apropiados: “Monos que, aunque se vistan de estudiantes, se han de quedar lo mismo que eran antes.” Así funciona, en palabras llanas y sencillas, la “perversión de la Constitución”, de manera común a todos los regímenes *de facto*. Y por mucho que se intente vestir a estas autocracias de ropajes democráticos constitucionales, en los hechos seguirán siendo, nada más y nada menos, que la suma misma de la ausencia del Estado de Derecho y, ciertamente, de democracia política. Pero quedan en el aire las preguntas que Loewenstein se hace sabiendo que quizá no tendrán respuesta:

“¿Por qué se esfuerzan estos regímenes en demostrar su legitimidad democrática? ¿Para qué necesitan constituciones, elecciones y todo el montaje de la democracia constitucional? ¿Es porque quieren engañar al mundo, a su propio pueblo, a sí mismos? O, ¿con el tiempo, se ha convertido en la víctima de su propio juego, de tal manera que creará en él? (1983, 216).

Como bien puede observarse, no se usa por los autores chilenos estudiados en este apartado una expresión semejante a la propuesta por Hirschmann: “poder constituyente autocrático” (2011, 345). Es más, la dogmática constitucional chilena posterior a 1980 asume como un hecho de la causa, *sine qua non*, la concurrencia de la fuente formal decreto ley en estos años, ni tampoco propone en nota a pie de página revisar la obra de algún constitucionalista chileno o extranjero al respecto. La omisión indica que los autores, aun no teniendo visiones coincidentes necesariamente, comparten una cultura constitucional y política que no estimó necesario generar nuevos argumentos para explicar por qué la fuente formal “decreto” podía seguir llamándose “decreto ley”, a pesar que regulaba materias constitucionales y afectaba la titularidad del poder constituyente, cuando en realidad “se plantea la incidencia que el pro-

cedimiento generativo de la Constitución tiene en la legitimidad sustantiva de sus principios y normas, ya que en el Derecho no todo proceso nomogenético produce resultados legítimos” (Cea, 2008, 82). En síntesis, no se hicieron responsables de abordar esta paradoja.

A nuestro juicio, la dogmática constitucional de hoy, comprometida con el constitucionalismo democrático y social, debe hacer dos ajustes de cuentas. El primero es resignificar la Constitución de 1980 como un decreto ley iusfundamental de la dictadura cívico-militar, fruto de un poder constituyente autocrático y revolucionario, que refuerza exorbitantemente el capitalismo en Chile con su *sustratum* ideológico neoliberal y autoritario. El segundo ajuste de cuentas, aún pendiente, es con la dogmática y práctica constitucional de la dictadura (1973-1990) y de la transición (1990-2010), un constitucionalismo ubicuo y complaciente con la democracia semisoberana que se instala a partir de 1990.

## 4.2. Doctrina del derecho Privado

En Chile ha sido la dogmática civil la que se ha encargado tradicionalmente de analizar las fuentes formales del Derecho. Ello porque es una materia que el Código Civil chileno regula en sus primeros artículos (Alessandri, 1957)<sup>14</sup>.

También han reflexionado sobre el tema los profesores que desarrollan la materia “teoría general del Derecho” (Bascañán Valdés, 1985)<sup>15</sup>.

El profesor Gonzalo Figueroa, civilista, sostuvo que el decreto ley es una norma que emana del Poder Ejecutivo, que regula materias que “son propias y exclusivas de la ley. En verdad, son decretos en su forma, pero leyes en su contenido” (2011, 25)

Dice el profesor Figueroa, reiterando la doctrina establecida en la década de 1930:

“Los decretos leyes son el medio de gobernar de los gobiernos de facto. Se trata de los cuerpos legales que estos gobiernos dictan para regular la vida de la nación, a falta de Constitución y de las normas establecidas en ella para regular procedimientos tales como aquellos que establecen la formación de una ley y las autoridades competentes para dictarla. Estos decretos leyes no son cuestionables mientras dure el gobierno de facto que los dictó, puesto que se aplican por la fuerza” (2011, 25).

Respecto de su proyección, luego del término de la dictadura sostuvo:

“Sin embargo, una vez que el gobierno de facto termina de regir, y el Estado vuelve a establecer un sistema constitucional, surge el problema de determinar la validez de estos textos. En estricto derecho, los decretos leyes son inconstitucionales y debería simplemente desconocérselos. Pero en los hechos, ellos echaron a andar instituciones básicas de la vida nacional mientras duró la dictadura, y esas instituciones no pueden simplemente desconocerse ni paralizarse. Al restablecerse el régimen democrático, la supervivencia de la legislación dictada en los tiempos de la dictadura hace posible sostener una especie de ratificación tácita de normas que en estricto derecho eran nulas” (2011, 25).

<sup>14</sup> Véase por todos.

<sup>15</sup> Véase por todos. En fecha más reciente Squella (2014) realizó un análisis muy deficitario de la figura, limitándose a una comparación con el decreto con fuerza de ley.

Pone por encima de la soberanía nacional, de la división de poderes, de la eficacia del derecho penal y administrativo, así como por encima de la democracia la pervivencia y funcionamiento de lo que denomina instituciones básicas de la vida social instauradas por la dictadura.

Agrega que en relación con los decretos leyes del periodo 1973-1981:

“la disposición sexta transitoria de la Constitución Política ha tomado las providencias necesarias para mantener la validez de los decretos leyes dictados desde septiembre de 1973. Esa disposición señala que <<No obstante lo dispuesto en el número 8 del artículo 32 (que señala como atribución del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria autónoma en todas aquellas materias que no sean propias de ley) mantendrán vigencia los preceptos legales que la fecha de promulgación de esta Constitución hubieren reglado materias comprendidas en el artículo 60 mientras ellas no sean expresamente derogadas por ley” (2011, 25).

Los tres textos doctrinarios, representativos de la dogmática civil y pública, ocultan u omiten la relación entre decreto ley y Constitución. Reconocen a los decretos leyes una función social: echaron a andar instituciones básicas de la vida nacional – luego- esas instituciones no pueden simplemente desconocerse ni paralizarse. La supervivencia de la legislación dictada en los tiempos de la dictadura al restablecerse el régimen democrático, hace posible sostener una especie de ratificación tácita de normas que en estricto derecho eran nulas.

Ello quiere decir que la dogmática chilena está abierta al uso de normas nulas mientras se sustenten en una fuerza capaz de imponerlas, dotándolas incluso de un efecto jurídico que se proyecta a regímenes democráticos si no son derogadas expresamente. Los constitucionalistas como el civilista en comento omiten que la fuente formal decreto ley reguló materias iusfundamentales e incluso estableció un código político como es la “Constitución de 1980”, evitando de este modo la formulación de un juicio de legitimidad democrática de las Actas Constitucionales y de la misma “Constitución”. Ambas normativas son válidas con prescindencia de la democracia, de la soberanía popular, del poder constituyente y de la eficacia del derecho público (penal, administrativo y constitucional).

Queda claro que en estos juristas la declaración del Congreso Internacional de Juristas sobre la acción del Poder Ejecutivo y el imperio de la Ley, Conferencia de Río de diciembre de 1962 (Brasil) causó poco impacto. La Declaración de Río dispuso, entre otras materias, promover la independencia del Poder Judicial, la sujeción del Poder Ejecutivo a la ley, la vigencia del imperio de la ley:

“Incumbe a los abogados de todos los países, tanto en el ejercicio de su profesión como en la vida pública, favorecer la existencia de un poder legislativo representativo que sea elegido según procedimientos democráticos y de un poder judicial independiente y adecuadamente remunerado, y velar siempre por la protección de las libertades civiles y los derechos humanos... Los abogados deben negarse a colaborar con cualquier autoridad en cualquier medida que viole el imperio de la ley” (Piaggio & Kiefer-Marchand, 1962, 170).

La aceptación de la doctrina de decretos leyes de carácter iusfundamental garantiza la proyección de los intereses que protege un régimen dictatorial al futuro contexto democrático. Siguiendo los planteamientos de Quiroga y Morresi (2010) podemos afirmar que estos autores contribuyen a generar legitimidad de ejercicio y de fines para favorecer la acción jurídica de la dictadura, omitiendo referirse al uso de decretos leyes para generar normas iusfundamentales.

La doctrina analizada remite a la juiciosa reflexión de Groisman (1989, 45): “Una cosa, en fin, es acatar la situación impuesta por una fuerza insuperable; otra diferente es aceptar la validez de las normas de facto fundadas en la necesidad y urgencia, y otra distinta es borrar toda distinción entre gobiernos legítimos y poderes de hecho”.

### 4.3. El decreto ley iusfundamental como mecanismo de control

Las Actas Constitucionales pueden operar como mecanismos de control porque se dictan por un gobierno de facto que cuenta con la fuerza para imponerlas. Dado que es la fuerza del mismo gobierno que las dicta lo que garantiza su eficacia, estaríamos en presencia de un caso de relativo autocontrol. No obstante estar contenida en una fuente formal del tipo decreto ley es posible exigir su cumplimiento. La doctrina considera que esta normativa es aplicable, aunque ella se refiera a materias que normalmente deben ser reguladas por decisiones de órganos dotados de soberanía y en ejercicio del poder constituyente y no por dictaduras.

¿Qué característica tiene el “autocontrol” generado por una dictadura que recurre a la fuente formal decreto ley para ello? Es un caso de relativa limitación no democrática, fruto de la usurpación por parte de la dictadura de la soberanía y el poder constituyente. Es un instrumento del proyecto neoconservador que, como señalaba Lechner (1982, 1) reacciona contra la soberanía popular, la representación parlamentaria y la voluntad de emancipación popular. Puede entenderse como parte del continuo a que se refería Flisfich (1983, 4) desde la represión autoritaria al orden autoritario.

## Conclusiones

La doctrina sobre la vigencia de los decretos leyes es un factor que debe tenerse presente al explicar la generación de normas iusfundamentales por dictaduras. Los creadores de estas normas tienen a su disposición una fuente formal que es acatada por juristas y jueces, que está aceptada por la cultura jurídica interna, de manera tal que se da certeza al dictador que podrá dejar instalada normativa jurídica que no cumple con los baremos de una legislación auténticamente democrática y soberana en un sistema democrático.

Tanto los autores como la jurisprudencia chilena recurrieron a la argumentación al uso, que arrancaba de la década de 1930, para validar y amparar la aplicación de los decretos leyes de la dictadura del general Augusto Pinochet. No hay una reflexión desde el punto de vista de las fuentes formales sobre el nuevo rol que pasó a jugar el decreto ley a partir de la decisión de la dictadura de usarlo para dar forma jurídica al ejercicio del poder constituyente.

El discurso legitimador del decreto ley a nombre de la eficacia y la seguridad jurídica contribuye a debilitar la cultura jurídica en el plano de la promoción y defensa de la soberanía popular y la democracia. Se ha recurrido a la noción derechos adquiridos y a los valores de la seguridad jurídica y la paz social. Cabe hacer notar que los autores han desplazado la vigencia de la Constitución, la soberanía nacional o popular, el régimen democrático, la sujeción de las Fuerzas Armadas al poder civil y el Estado de Derecho para imponer los valores e intereses de quienes impulsan y sostienen a los gobiernos de facto. Dado que no se realiza una confrontación entre estos bienes y valores jurídicos al reflexionar sobre la validez del decreto ley, y menos al procurar su legitimación, la dogmática contribuye a darle eficacia al derecho de la dictadura.



La doctrina chilena estudiada no generó nuevos argumentos ante el fenómeno del uso de decretos leyes por parte de la dictadura para imponer normas iusfundamentales, por lo que recurrió a la tesis del gobierno de facto a pesar de que ella solo daba cobertura a la imposición de normas de rango legal. Incluso se detecta el intento de denominar leyes a las normas del gobierno de facto como consecuencia de validar a partir del derecho natural católico el golpe de estado y la producción normativa del régimen de facto por ser manifestación del derecho a rebelión y el compromiso de las Fuerzas Armadas con el derecho natural.

La reiteración de la doctrina del gobierno de facto no tuvo una ampliación en relación con lo sostenido en la década de 1930 por lo que no se percibe en estos autores un intento de caracterizar al decreto ley en tanto que norma de rango iusfundamental.

Constituye una novedad el que la Corte Suprema aceptara la modificación tácita de la Constitución de 1925 por los decretos leyes que dictaba la dictadura, cuestión que se reguló por el propio régimen a partir del decreto ley N°778, de diciembre de 1974.

Se constató que también la propia dictadura cívico-militar reflexionó cambiar la denominación de decreto ley por la de ley, idea que en definitiva no prosperó antes de 1980. Después del 11 de marzo de 1980 en que entró en vigencia parcial la “Constitución de 1980”, los decretos leyes de la Junta de Gobierno pasaron a denominarse “leyes”, retomando su numeración histórica a 1973; en suma, puro *nomen iuris*.

Los autores estudiados permiten concluir que parte de la doctrina chilena contribuyó a proporcionar argumentos para avalar en relación con la dictadura (1973-1990) la triple legitimidad a que se refiere la literatura argentina; de origen, ejercicio y fines.

Lo anterior, de todos modos, no puede caracterizarse como un fenómeno exclusivo de la dictadura chilena: todo lo contrario, siguiendo a Loewenstein, nos encontramos ante uno de tantos casos en los cuales la “perversión de la Constitución” se hace presente por medio de la actuación de un gobierno autoritario deseoso de reconocimiento y autorreconocimiento desde la esfera de lo jurídico.

## Bibliografía y fuentes

- Alessandri, A. (1957). Curso de Derecho Civil: basado en las explicaciones de Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga; redactado por Antonio Vodanovic H., Tomo I. 2ª edición. Editorial Nascimento.
- Barros, R. (2005). La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980. Editorial Sudamericana.
- Bascuñán, A. (1985). Teoría General de las Fuentes del Derecho, Primera parte: La Legislación. Apuntes de clases.
- Belaúnde López de Romaña, J. de. (1974). Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales. Derecho PUCP, (32), 93-124. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197401.008>
- Berardo, R. (1954). Gobiernos de facto. Revista de Economía y Estadística. Segunda Época, 7(1-2), 165-191.

- Castagnola, A. (2020). La trampa de la manipulación judicial: un análisis histórico del control político de la Suprema Corte argentina. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 29 (1), 49-80. Recuperado a partir de <http://rucp.cienciassociales.edu.uy/index.php/rucp/article/view/454>.
- Cea, J. L. (1988). *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile.
- Cea, J. L. (2008). *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Comisión Internacional de Juristas (1962). *El Imperio de la Ley en España*. Comisión Internacional de Juristas. Recuperado a partir de <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1962/01/Spain-rule-of-law-publications-1962-spa.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1930). *Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación*. Sentencia de 10 de septiembre de 1930. Id SAIJ: FA3099687. Recuperado a partir de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-acordada-sobre-reconocimiento-gobierno-provincial-nacion-fa30996876-1930-09-10-123456789-678-6990-3ots-eupmocsollaf>.
- Cuevas, G. (1979). *Perspectiva del proceso constitucional en Chile*. *Revista de Ciencia Política (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, 1(2), 3-21. Recuperado a partir de <http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/6262>.
- Duverger, M. (1948). *Manuel de droit constitutionnel et science politique*. Presses Universitaires de France (PUF).
- Groisman, E. (1989). "Los gobiernos de facto en el derecho argentino", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (4), 35-46.
- Fayt, C. S. (1988). *Derecho Político – Tomo II – Teoría de la Constitución. Organización del poder. Gobierno y administración. Estado de necesidad. Revolución. Gobiernos de facto. Sufragio. Sistemas Electorales. Partidos políticos. Opinión pública. Factores de poder y grupos de presión*. Editorial Depalma.
- Fiamma, G. (1976). *Los Decretos Leyes ¿son leyes?* *Revista de Derecho Público*, 19/20, 145-164.
- Figueroa, G. (2011). *Curso de Derecho Civil. El Derecho y sus fuentes. Tomo I – 5º Edición*. Editorial Jurídica de Chile.
- Flores, Á. (2005). *La reforma a la justicia del trabajo*. *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), 149-159. Recuperado a partir de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15071/15489>.
- Flisfisch, Á. (1983). *El surgimiento de una nueva ideología democrática en América Latina. Crítica y Utopía*, (9), 1-9, Recuperado a partir de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/critica/criticayutopia.htm>
- Furnish, D. (1972). *La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano*. *Revista Derecho PUCP*, (30), 61-80. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.197201.004>.

- Huneus, C (2014), Editorial Taurus, La Democracia Semisoberana. Chile Después De Pinochet.
- Hirschmann, P. G. (2011). La Desconstitucionalización en la Argentina (1928-2011). Recuperado a partir de <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/03-Hirschman.pdf>
- Jèze, G. (1948). Principios generales del Derecho Administrativo. Tomo I – La técnica jurídica del Derecho Público francés. Editorial Depalma.
- Kelsen, H. (1991). Teoría Pura del Derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo. Editorial Porrúa S.A. – Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lechner, N. (1982). El proyecto neoconservador y la democracia. *Crítica y Utopía*, 6, 1-19, Recuperado a partir de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/critica/criticayutopia.htm>.
- Linz, J. J. (2009). Obras Escogidas – Tomo III – Sistemas totalitarios y regímenes autoritarios. Edición de José Ramón Montero y Thomas Jeffrey Miley. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Loewenstein, K. (1983). Teoría de la Constitución. Traducción y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel.
- López, M. J. (1996). Introducción a los estudios políticos – Volumen II – Formas y fuerzas políticas. Editorial Depalma.
- Morresi, S. (2010). El liberalismo conservador y la ideología del Proceso de Reorganización Nacional. *Sociohistórica - Cuadernos del CISH* (27), 103-135.
- Novoa, E. (1985). Elementos para una crítica y desmistificación del derecho. EDIAR.
- Opazo Quintana, M. A. (2014). El Decreto Ley en el ordenamiento jurídico chileno. Memoria de Prueba. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Recuperado a partir de <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130284/El-Decreto-Ley-en-el-ordenamiento-jur%C3%ADdico-chileno.pdf?sequence=1>
- Palma, E. (2017), El Estado socialista según la legislación irregular de Carlos Dávila (junio-septiembre de 1932). *Estudios constitucionales*, 15(1), 373-404. Recuperado a partir de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100012>
- Palma, E (1998), Sobre la intervención del poder judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973. *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, N° 32, 1998, págs. 89-92, recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174744>.
- Palma, E. (1994). El Estado de Derecho en la doctrina y la práctica político-institucional chilena. Editorial Universidad Nacional Andrés Bello.
- Pinochet Ugarte, A. (1979). Reflexiones en torno a una visión política de Chile. Clase magistral de S.E. el Presidente de la República, general de ejército don Augusto Pinochet Ugarte, con motivo de la inauguración del año académico de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria.

- Ramella, P. (1966). Los Decretos Leyes y la situación constitucional de la Argentina. *Revista de Estudios Políticos*, (147-148), 203-240, Recuperado a partir de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=537&IDA=8739>
- Piaggio, H. & Kiefer-Marchand, J. (1963). Congreso Internacional de Juristas de Río de Janeiro. *Resolución de Río. Derecho PUCP*, (22), 165-175. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/12926>.
- Rouquié, A. (1981). Dictadores, militares y legitimidad en América Latina, *Crítica & Utopía. Latinoamericana de Ciencias Sociales*, (5). Recuperado a partir de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20130610074923/ROUQUIE.pdf>.
- Sabsay, D. A. (2004). El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (8), 493-519.
- Sánchez, C. (1957). *El Constitucionalismo. Sus problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Sesma, N. (2006). El franquismo, ¿Estado de Derecho? Notas sobre la renovación del lenguaje político de la dictadura durante los años 60. *Pasado y Memoria, Revista de Historia Contemporánea*, (5), 45-58.
- Squella, A. (2014). *Introducción al Derecho*. Thomson Reuters.
- Sotelo, I. (1977). Modelos de explicación del militarismo latinoamericano: una interpretación histórica. *Papers: Revista de Sociología*, (7), 65-89.
- Verdugo, M., Pfeffer, E. & Nogueira, H (1994). *Derecho Constitucional. Tomo I. 1º Edición*. Editorial Jurídica de Chile
- Valenzuela, J. S. (1997). "La Constitución de 1980 y el Inicio de la Redemocratización en Chile", *Working Paper - The Helen Kellogg Institute For International Studies*, 242. Recuperado a partir de <https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/242.pdf>.
- Varela, Á. (1984). Los Decretos con fuerza de ley y decretos leyes. En *Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales Universidad de Valparaíso (Ed.)*, Estudios en Homenaje de Álex Varela Caballero (pp. 23-49). Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales Universidad de Valparaíso.
- Zúñiga, F. (2018). El «blanqueo constitucional» y el Tribunal Constitucional. *Comentario a la sentencia rol N°2975-2016 y la vigencia de la Constitución. Estudios Constitucionales*, 16 (1), 427-436.
- Zúñiga, F. (2019). 100 años de Constitucionalismo. Discursos de Apertura del Poder Judicial 1918-2018. En Eduardo Aldunate (Ed.), *100 años – Cuentas Públicas* (pp. 308-509). Poder Judicial – República de Chile.
- Zúñiga, F. y Alvarado, E. (2021). *Nueva Constitución y Política Constitucional*. Thomson Reuters.

Data de Recebimento: 28/10/2021

Data de Aprovação: 02/12/2021