



"Cuando me matriculé en el Curso de Aníbal Bascuñán, amigos míos, de cursos superiores, me habían hablado maravillas de su erudición, de su estupenda capacidad expresiva y de la seriedad y novedad con que desempeñaba su cátedra" (*Alamiro De Avila Martel*).

"Las clases de Bascuñán constituían una novedad para nosotros. Su forma de hablar, su entusiasmo por incitarnos a investigar, los libros que traía en los que leía o traducía pasajes apropiados: todo contribuía a que nos sintiéramos verdaderamente universitarios" (*Manuel Salvat Monguillot*).

"Aníbal Bascuñán investía un aire doctoral indisimulado. En él resaltaban su pulcritud en el estar y en el vestir, su cuidado en el decir, su prudencia en el pensar, su decisión en el actuar. Hacía las cosas con convicción profunda y entusiasmada. Comunicaba su modo de ser, francamente, contagiándolo" (*Juan Enrique Serra*).

"Vocación docente, predilección por las tareas de investigación y esa íntima, fuerte, inconfundible y a la vez rara persuasión de que la Universidad constituye para sí un medio casi natural y por tanto irremplazable de trabajo: he ahí, pienso, tres constantes de la vida académica de Aníbal Bascuñán" (*Agustín Squella*).

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1989

### ESTUDIOS EN MEMORIA DE ANIBAL BASCUÑAN



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

1989

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL. Nº 7  
1989

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Facultad de Derecho de la Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual  
bajo el número 75.076.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en  
EDEVAL.

Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1989

ESTUDIOS  
EN MEMORIA DE  
ANIBAL BASCUÑAN

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1989 - 1991)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Hugo Tagle Martínez, Nelson Reyes Soto y Agustín Squella Narducci.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social fue fundada en Valparaíso, en 1981, como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), que data, por su parte, de 1909. Hoy son ya cerca de 40 las secciones nacionales, correspondientes a un número similar de países, que se encuentran afiliadas a esa Asociación Internacional.

Una de las principales actividades que viene cumpliendo desde su fundación la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, está constituida por la edición y publicación del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cuyo primer número, correspondiente a 1983, apareció precisamente ese año. A continuación, y en los años inmediatos posteriores, han sido publicados otros seis números del Anuario, el último de los cuales, correspondiente a 1989, tenemos el agrado de presentar hoy a nuestros socios y lectores en general.

El Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 7, de 1989, está dedicado a la memoria del profesor Aníbal Bascuñán Valdés, muerto en 1988 después de una larga, fecunda e influyente labor de docencia e investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En atención, precisamente, a sus méritos académicos, nuestra Sociedad, en 1982, designó a Aníbal Bascuñán Socio Honorario de la corporación, distinción que compartieron más tarde los profesores Norberto Bobbio, de la Universidad de Torino, y Genaro R. Carrió, de la Universidad de Buenos Aires.

Por el motivo antes indicado, las secciones iniciales del presente volumen están destinadas a la persona y obra del profesor Bascuñán. En la primera de ellas se incluyen cinco trabajos sobre el particular, que firman Alamiro de Avila, Juan Enrique Serra, Manuel Salvat, Alvaro Drapkin y Agustín Squella, en tanto que en una segunda sección de este mismo volumen se reproduce un capítulo de los apuntes de Teoría General del Derecho dejados por Aníbal Bascuñán, dedicado al tema de los principios generales del derecho. Por su parte, los trabajos antes mencionados de los profesores Alamiro de Avila y Juan Enrique Serra, corresponden a la versión escrita de las intervenciones que ellos tuvieron en el acto

de homenaje a la memoria de Aníbal Bascuñán que nuestra Sociedad llevó a cabo, en el mes de diciembre de 1988, en la Sala de Consejo de la Facultad de Derecho de la U. de Chile.

La tercera sección del presente volumen, llamada Bibliografía, reproduce el listado de las obras publicadas por el profesor homenajeado. Sigue luego una sección de Estudios, en la que se contienen diversos artículos sobre temas históricos, políticos, jurídicos y filosóficos: un espectro amplio, sin duda, pero que habría gustado al profesor Bascuñán, cuyos intereses intelectuales y científicos nunca se circunscribieron únicamente al derecho. La obra cierra, por último, con algunas secciones adicionales, de Recensiones, Documentos y Noticias, completándose de este modo un volumen de más de 200 páginas.

Como es de conocimiento de nuestros lectores, el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 6, de 1988, contuvo, en su parte principal, una primera selección de lecturas de filosofía jurídica chilena de la primera mitad del siglo XX, preparada por Manuel Manson Terrazas. En esa misma obra se anunció que una segunda parte de dicha selección sería publicada en el Anuario correspondiente a 1989. Sin embargo, y por razones de espacio, ello no resultó posible, dejándose entonces la publicación de esa segunda parte de lecturas de filosofía jurídica chilena correspondientes a la primera mitad del siglo XX para el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 8, de 1990.

Podemos informar, por otra parte, que el autor de dicha selección de lecturas prepara actualmente una antología de textos de filosofía jurídica chilena en el período colonial, que será publicada en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 9, completándose así un valioso trabajo iniciado por Manuel Manson en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 4, de 1986, en el que se reprodujo una antología de filosofía jurídica y social chilena del siglo XIX.

Por último, nuestra Sociedad agradece a las Facultades de Derecho del país que han colaborado a la impresión de esta obra, como asimismo a los autores de los trabajos que se publican en ésta.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
Valparaíso, diciembre de 1989.

EN MEMORIA DE ANIBAL BASCUÑAN

70. *Defensa del Patrimonio Cultural*. B.S.D.P., Vol. XI, N.os 17-18, enero-junio, 1942, Santiago Chile, pp. 68-75 (d).

71. *Nota Bibliográfica a la obra "Regímenes Políticos"*, de Gabriel Amunátegui. B.S.D.P., Año XX, 1951, Santiago Chile, pp. 150-151 (d).

Lucas Sierra \*

ESTUDIOS

---

\* Ayudante de Introducción al derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

razón que, en último y definitivo término, la justicia son los jueces<sup>(12)</sup>. De modo que —como también se ha dicho— es preferible que haya malas leyes pero buenos jueces, que no malos jueces con buenas leyes<sup>(13)</sup>.

d) IMPORTANCIA. Se comprende, pues, la importancia que se le reconoce, tanto en la teoría como en la práctica, a la Justicia constitucional. Los derechos que no van acompañados de una efectiva garantía judicial —se ha podido decir— es como si no existieran<sup>(14)</sup>; y, también, que la Constitución vive en tanto que los jueces la aplican, si no, muere<sup>(15)</sup>. Todo lo cual, naturalmente, cobra una fuerza extraordinaria si se lo plantea en su contexto genuino o auténtico, cual es el del constitucionalismo democrático<sup>(16)</sup>. Y, a propósito de democracia —y para terminar—, concluyamos estas líneas con unas palabras de Chesterton, que parecen haber sido escritas especialmente para este fin: "We do not get good laws to restrain bad people. We get good people to restrain bad laws".

12. Relacionado con este tópico se halla el del rol de las reglas no jurídicas en el derecho y, dentro de éste, el referente a las tendencias antifomales frente a esas reglas no jurídicas. Véase, a este respecto, el interesante estudio del Prof. Atilio Guarnieri (de la Universidad de Parma) en *Rapports nationaux italiens au XI Congrès International de Droit Comparé* (Giuffrè Editore, Milano, 1982). "On souhaite l'avenement d'un nouveau modele de juriste, —dice el Prof. Giuliani— personnage responsable, capable d'elaborer les jugement de valeur politiques et moraux"... (págs. 89 y sig.).

13. L. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable* (F. de C.E., México, 1971), pág. 488, citando a Carnelutti.

14. Calamandrei, *Los estudios de Derecho procesal en Italia* (Europa-América, Buenos Aires, 1959), pág. 139.

15. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil* (Ediar, Buenos Aires, 1948), tomo I, pág. 95.

16. "Un état ne peut-etre qualifié de libre que dans la mesure ou il est effectivement assujetti a un systeme de valeurs constitutionnelles faisant des droits le pivot essentiel de l'ordre démocratique" (Georges Vlachos, *Quelques remarques sur le probleme des libertés publiques*. Revue Internationale de Droit Comparé, Janvier-Mars, 1973, (pág. 85).

## DEBATE PUBLICO RESTRINGIDO EN CHILE (1980 - 1988)

PABLO RUIZ-TAGLE \*

### Introducción.

- 1) Restricciones constitucionales y legales al debate público
  - 1.a) El pluralismo restringido del artículo octavo.
  - 1.b) Ley 6.026 de 1937 sobre Seguridad del Estado.
  - 1.c) Ley 8.987 de 1948 sobre Defensa de la Democracia.
  - 1.d) Ley 12.927 de 1958 sobre Seguridad del Estado.
- 2) Intentos de legitimación del pluralismo restringido.
  - 2.a) La conexión forzada con la Constitución Alemana.
  - 2.b) Decisiones forzadas del Tribunal Constitucional.
    - 2.b.1) Solicitud y decisión contra el MDP.
    - 2.b.2) Requerimiento y decisión contra C. Almeyda.
- 3) Estrategias para mitigar las restricciones al debate público.
  - 3.a) Lograr la derogación tácita del artículo 8 por la vía jurisprudencial.
  - 3.b) Superar el prejuicio y la neutralidad con un debate público democrático.
- 4) Conclusión.

\* Profesor de la Universidad de Chile.

## INTRODUCCION

Quizás los comentarios críticos que ahora siguen son contrarios al artículo 8 de la Constitución de 1980. Quizás estas líneas suponen la comisión de un crimen político. Sin embargo, a pesar que no comparto la doctrina y práctica política sustentada por el MDP y el Sr. Clodomiro Almeyda, pienso que con ellos se ha cometido una grave injusticia al aplicarles el artículo 8 recién citado. Por eso, para prevenir que se cometan nuevas injusticias, es que he escrito estas líneas. En efecto, el artículo 8 tiene una redacción tan amplia y vaga que es muy difícil saber cuándo se ha infringido. Este solo hecho, desde una perspectiva legal, nos da suficientes razones para comprometernos en una campaña que cada día cobra más fuerza, la campaña para derogar el artículo 8. La protección de la libertad para expresarse y pensar no es una tradición legal que recibimos como un regalo del cielo, sino que tal como lo prueba la historia de Chile, es una construcción humana, en la que cada día puede avanzarse o retroceder. Con las líneas siguientes espero cooperar en la recuperación de la tradición libertaria, una tradición legal que en nuestro país ha sido siempre honrosa y robusta.

1) *Restricciones constitucionales y legales al debate público.*

El texto constitucional introducido por la junta militar chilena en 1980 contiene varias "innovaciones" políticas. La más interesante de estas innovaciones, es el artículo 8, que señala en su parte medular, lo que sigue:

"Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atentan contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República" (1).

1. El artículo 8 también establece que las organizaciones que por sus fines o actividades o por la actividad de sus miembros estén dirigidos contra los bienes jurídicos que éste protege, son inconstitucionales. Asimismo, establece que el Tribunal Constitucional decidirá estos casos sancionando a los infractores, con incapacidad inmediata para ejercer cargos públicos, enseñar, o traba-

Desgraciadamente, la restricción al debate público que está implícita en la norma citada, se ha hecho realidad en dos decisiones recientes del Tribunal Constitucional. Estas decisiones afectaron una organización política de izquierda llamada MDP y la persona del Sr. Clodomiro Almeyda, ex ministro de R.R.E.E. y actual secretario general del Partido Socialista Chileno. Esas amenazantes decisiones me llevaron a iniciar la exploración de los antecedentes legales, históricos y políticos del artículo octavo, para mostrar cómo esta disposición constitucional está basada en conceptos que largo tiempo atrás fueron considerados erróneos en la tradición democrática chilena. Pero antes que nada, analizaré el significado de las diferentes prohibiciones contenidas en el artículo 8 de manera que podamos entender sus posibles consecuencias.

1.a) *El pluralismo restringido del artículo octavo.*

La palabra clave del artículo octavo es el verbo *propagar*, que de acuerdo al Diccionario de la Academia de la Lengua quiere decir "extender el conocimiento de una cosa o la afición a ella" (2). Todo aquel que *propague doctrinas* que atenten contra la familia, promuevan la violencia, promuevan una concepción totalitaria de la sociedad, del Estado, del sistema legal o que esté fundada en la lucha de clases, comete un acto que es contrario al ordenamiento constitucional chileno. La persona envuelta en dicha actividad ilegal podrá sufrir sanciones particulares de incapacidad y la pérdida de ciertos derechos constitucionales. La organización de cualquier tipo que esté involucrada en esta clase de hechos será declarada inconstitucional y su existencia legal cesará.

La histórica discusión que tuvo lugar entre los abogados comisionados por la junta militar para escribir el texto constitucional de 1980 revela un cierto refinamiento semántico y gramatical, pero

jar en medios de comunicación o ser elegido representante dentro de 10 años. También hay sanciones especiales que pueden implicar pérdida del derecho a sufragio y/o ciudadanía. Cualquier persona puede hacer valer el artículo 8. Para reformar esta disposición se requiere quórum calificado.

2. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 19ª edición, 1970.



en partes muy importantes de ese mismo texto se usaron expresiones en una forma amplia que puede prestarse a equívocos. Por ejemplo, en la discusión se dijo que en el artículo octavo la familia se protegería como "célula básica de la sociedad" (3). Esta disposición es una de las más importantes novedades del texto de 1980 y refleja la importancia que algunas ideas fundamentalistas tuvieron en la redacción de la constitución militar. Resulta obvio que la aplicación concreta de esta disposición será muy difícil por su carácter controvertido y extremadamente amplio.

La promoción de la violencia también es punible de acuerdo al artículo 8. La aplicación de esta norma prohibitiva también fue concebida ampliamente por la Comisión constitucional y no debe interpretarse restrictivamente como referida a un tipo particular de violencia, por ejemplo, violencia física o violencia política. Es por ello, que al igual que en la parte referida a la familia, el artículo octavo se define respecto de la violencia en términos tan amplios, que resultará difícil su aplicación en forma equitativa.

Con respecto a la prohibición de propagar concepciones totalitarias de la sociedad, el Estado o el sistema legal, la comisión explicó que este lenguaje iba destinado a autorizar el procesamiento de doctrinas que propaguen concepciones totalitarias, tanto de derecha como de izquierda (4). Este punto es particularmente interesante, porque puede ser usado en el futuro en contra de personas o grupos que hubiesen apoyado o participado en gobiernos dictatoriales.

Finalmente, la Comisión constitucional expresó claramente que la prohibición dirigida contra la propagación de doctrinas fundadas en la lucha de clases fue específicamente incluida para castigar la propagación de la así llamada doctrina del marxismo leninismo (5). La razón verdadera por la que el artículo 8 fue dictado probablemente es ésta.

3. El artículo 1, párrafo 1 de la Constitución, señala: "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad". Ver también sesión 365 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

4. Ver sesión 365 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

5. Ver sesión 243 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

En resumen, del análisis anterior se concluye que el artículo octavo da status constitucional al concepto de pluralismo ideológico restringido. De acuerdo con esta disposición constitucional no todas las doctrinas pueden admitirse en el debate público en Chile. En respaldo de esta restricción la Comisión Constituyente, el Gobierno militar, el Tribunal Constitucional y algunos avezados comentaristas, han tratado de justificar la introducción de estas prohibiciones especiales argumentando, en primer término, que el ordenamiento constitucional anterior de 1925 no contenía suficientes medidas protectivas para preservar sus instituciones democráticas. Este tipo de argumentación es falaz porque ignora la robusta legislación que Chile tuvo en sus diferentes leyes anti subversivas y que rigieron durante el período de la Constitución de 1925, entre ellas las leyes de Seguridad del Estado y Defensa de la Democracia de 1937, 1948 y 1958. Aún más, la historia de Chile muestra que de acuerdo con las tradiciones democráticas que han prevalecido en Chile, las leyes anti subversivas que rigieron en nuestro país cuando fueron aceptadas, fueron ideológicamente neutras. La única excepción a esta neutralidad ideológica de las leyes anti subversivas chilenas, fue la "Ley de Defensa de la Democracia", que con justicia fue denominada por la izquierda "Ley Maldita", por su característico prejuicio anti-comunista. Haciendo caso omiso de la superación del período de prejuicios ideológicos que caracterizó la política chilena posterior a 1958, la dictadura militar de derecha ha llevado a nivel constitucional el mismo tipo de prejuicios que contenía la así llamada "Ley Maldita".

En segundo término, los defensores del artículo 8 han insistido en conectar el artículo 8 con el tipo de restricciones políticas que la República Federal Alemana estableció en 1949 después de la experiencia nazi. Este segundo tipo de argumentación, intenta darle al artículo 8 algo que necesita desesperadamente, esto es, una aparente genealogía constitucional que lo legitime y le dé respetabilidad ante los conceptos legales que predominan en el mundo civilizado. Pero también esta segunda argumentación es equivocada y falaz, como se mostrará en los párrafos que siguen.

Ahora analizaré las leyes anti subversivas para mostrar cuán equivocados fueron los supuestos legales que se tuvo en cuenta

cuando se le dio nivel constitucional al prejuicio ideológico contra el marxismo consagrado en el artículo 8 de la Constitución de 1980.

*1.b) Ley N° 6.026 de 1937, sobre seguridad interior del Estado.*

La Ley 6.026<sup>(6)</sup> representó el primer esfuerzo de complementar la Constitución de 1925 con regulaciones anti subversivas comprehensivas. Estas regulaciones fueron diseñadas para proteger la política democrática que emergía después de un período de inestabilidad para impedir nuevos alzamientos militares. Esta ley fue dictada por Arturo Alessandri, el famoso político populista chileno que inauguró la era democrática de la Constitución de 1925. La ley contenía disposiciones muy interesantes que más tarde, como veremos, sirvieron como marco para futuras regulaciones en estas mismas materias.

El artículo 1 de la ley 6.026 describía ciertas conductas, como crímenes subversivos, pero sin mostrar un prejuicio ideológico particular sino simplemente considerándolas como contrarias a la organización democrática del país<sup>(7)</sup>. El artículo 2 de esta ley san-

6. Ley N° 6.026, publicada en el Diario Oficial el día 12 de febrero de 1937.

7. El artículo 1, N° 1 de la Ley 6.026 prohibía inducir a las Fuerzas Armadas a actos de indisciplina, el N° 2 a incitar a la subversión del orden público y cometer crímenes con este propósito. El N° 3 prohibía incitar, provocar o promover la rebelión en contra de las instituciones nacionales, la forma de gobierno o sobrepasar con violencia los derechos garantizados en la Constitución. El N° 4 prohibía la propagación o promoción de doctrinas que por medios violentos estén dirigidas a destruir el orden social o político a la organización legal de la nación; los N.ºs 5 y 8 prohibían las asociaciones que preparen o ejecuten actos en contra de la seguridad interior, sin perjuicio de la edad de sus asociados o la naturaleza de sus miembros. Los N.ºs 6 y 7 prohibían relaciones con poderes extranjeros como asimismo organizaciones de cualquier clase para cometer crímenes descritos en esta ley. El N° 9 prohíbe la propagación o envío al exterior de noticias falsas destinadas a alterar el orden, la tranquilidad, la seguridad o el régimen de cambio internacional o la estabilidad de los valores públicos. El N° 10 está dirigido contra empleados públicos que actúen con negligencia en circunstancias difíciles; y, finalmente, los N.ºs 11 y 12 fueron diseñados para castigar a aquellos que se reúnan, faciliten o arrienden casas para reuniones que tengan como propósito derrocar el gobierno.

cionaba conductas, dirigidas contra la organización institucional de la nación, tales como el distribuir armas o el insultar las autoridades nacionales<sup>(8)</sup>. Directamente dirigidos a proteger la estructura institucional democrática, los artículos 3 y 4 prohibían movimientos paramilitares o partidos que pretendan imponer un régimen no democrático. Esta ley también prohibió el uso de signos ligados a estos movimientos y en los artículos 5 a 8 establecía normas generales sobre los posibles afectados por estas normas. Los artículos 15, 16, 17, 18 y 19 establecían restricciones especiales relativas a los extranjeros. Finalmente, la ley creó un procedimiento especial para procesar estos crímenes, siendo éste un procedimiento sumario entregado al conocimiento de un Ministro de Corte con el derecho de apelar de su decisión ante la misma Corte, contemplando para ese caso el reemplazo del Ministro de primera instancia.

La ley anti subversiva de 1937 fue diseñada bajo un marco de principios políticos neutrales. Sin embargo, a pesar de este enfoque neutral, la Ley 6.026 tenía una posición contraria a la intervención política de organizaciones militares. Desafortunadamente, después de algunos años, este estatuto legal fue quedando en el olvido hasta que fue complementado con un cuerpo legal que contenía disposiciones legales cargadas con un fuerte prejuicio ideológico contra el comunismo. Ahora explicaremos los problemas que esto acarreo y después cómo estos prejuicios fueron superados.

*1.c) Ley 8.987 de 1948 sobre Defensa de la Democracia.*

La Ley 8.987<sup>(9)</sup> fue dictada por Gabriel González Videla, una figura política ambigua que fue representante del Partido Radical. González fue elegido Presidente de Chile con una coalición

8. La Ley 6.026, en su artículo 2, N° 1, castiga el insulto a los símbolos nacionales (bandera y escudo) y a las autoridades; el N° 2 prohíbe incitar a la destrucción de bienes públicos o privados que se relacionen con servicios públicos, transportes o comunicación; y el N° 3 penaliza la importación, producción o distribución de armas. Finalmente, el N° 4 prohíbe las huelgas ilegales y hace ilegales las huelgas en puestos de responsabilidad pública.

9. La Ley 8.987 fue publicada en el Diario Oficial el día 18 de octubre de 1948. Por decreto N° 5.839 las disposiciones de esta ley se fusionaron con las de la Ley 6.026.

de izquierda que incluía al Partido Comunista. Pero luego de un corto período en el gobierno, a raíz de una ola amenazante de huelgas, exoneró a todos los comunistas que ocupaban puestos públicos en su gobierno y dictó la Ley de Defensa de la Democracia para procesar miembros de ese partido. Incluso llegó a establecer un campo de prisioneros en Pisagua, donde encarceló comunistas<sup>(10)</sup>. Por ejemplo, es digno de notar cómo el poeta y futuro premio nobel chileno Pablo Neruda tuvo que esconderse y escapar debido a los peligros de ser procesado por esta ley. La Ley 8.987 fue llamada por la izquierda "Ley Maldita" y tanto su dictación como posterior aplicación produjeron hondos desencuentros en la sociedad chilena porque el Partido Comunista, al menos en algunas de sus manifestaciones, aparecía como un partido respetuoso de la legalidad democrática y participaba en el sistema.

La Ley de Defensa de la Democracia, en su prejuicio anti comunista, contenía las siguientes disposiciones: El artículo 1 prohibía la existencia, organización, acción y publicidad, por medios orales o escritos, del Partido Comunista y de cualquier otra asociación, entidad, partido, facción o movimiento, que tenga como propósito implantar en la República regímenes opuestos a la democracia o que atenten crímenes contra la soberanía del país. Por la expresión "regímenes opuestos a la democracia" la ley quería decir aquellos grupos que por doctrina o acción aspiren a implantar un gobierno totalitario o una tiranía que suprima las libertades o los derechos inalienables de las minorías o del pueblo en general. El artículo comentado, castigaba tanto asociaciones como personas naturales. Los artículos 2 a 16 reproducían casi textualmente lo dispuesto en la ley anterior 6.026 de 1937. Lo mismo podría decirse de los artículos 17 a 28, que regulaban materias de procedimiento, establecían restricciones a los impresos y regulaban la situación de los extranjeros. Los artículos 29 a 37 reconocían el derecho a formar sindicatos en organizaciones privadas y establecían que las personas encargadas reo o condenadas de acuerdo con esta ley no podían ser

10. Resulta curioso e interesante constatar que Augusto Pinochet, en ese entonces un joven oficial de Ejército, estuvo a cargo durante un tiempo del campo de Prisioneros en Pisagua.

miembros de esas organizaciones. El cuerpo legal también regulaba el registro electoral, excluyendo del proceso electoral las fuerzas armadas, los clérigos regulares y las personas sentenciadas a más de tres años entre otros. También excluía del derecho de sufragio y ser elegido a todos los encargados reo o condenados de acuerdo con esta ley y los miembros de organizaciones prohibidas. Finalmente, disposiciones transitorias ordenaban cancelar las inscripciones en los registros electorales del Partido Comunista y obligaban a empleados públicos comunistas a cesar en sus cargos.

El único cambio sustancial introducido en 1948 por la Ley de Defensa de la Democracia y que impregnaba todo este cuerpo legal era la prohibición directa que se contemplaba respecto del comunismo. Esta amplísima prohibición fue superpuesta a la estructura legal establecida originalmente en la Ley de seguridad del Estado de 1937. Al distorsionar la neutralidad institucional que caracterizaba el estatuto anti subversivo de 1937 introduciendo el prejuicio ideológico en contra del comunismo, se llegó al resultado inevitable de aumentar la intolerancia y el resentimiento en la vida política chilena. Esta situación continuó hasta que en 1958 una nueva ley anti subversiva reemplazó ambas leyes, la ley maldita de 1948 y las regulaciones incorporadas en ésta de la Ley 6.026.

#### 1.d) Ley 12.927 de 1958 sobre Seguridad del Estado.

Carlos Ibáñez, dictador militar durante un corto período de tiempo que después fue elegido democráticamente presidente, fue quien derogó la ley maldita. Al final de su gobierno dictó la Ley 12.927<sup>(11)</sup> que era una ley impregnada de conceptos más modernos, de carácter preventivo. Se eliminó el prejuicio ideológico de la ley de 1948 y se volvió en gran medida, al modelo que caracterizaban las regulaciones neutrales dictadas en 1937.

La Ley 12.927 estableció en su artículo 1 a 3 crímenes en contra de la seguridad exterior del Estado y la soberanía del país. Los artículos 4 a 25 detallaron procedimientos y prohibiciones res-

11. La Ley 12.927 fue publicada en el Diario Oficial con fecha 6 de agosto de 1958.

pecto de crímenes dirigidos en contra de la seguridad interior del Estado, el orden público y la normalidad de las actividades nacionales. La gran novedad de esta ley estaba contenida en los artículos 31 a 38, donde se disponían detalladas medidas para prevenir crímenes subversivos. Estos artículos le dieron al ejecutivo poderes especiales para restringir los derechos constitucionales, pudiendo declarar en todo o parte del territorio del país el estado de emergencia o de sitio. En algunos casos esta declaración necesitaba el consentimiento del Congreso. Los conceptos que caracterizaron esta ley han sido usados por el gobierno militar para, por ejemplo, mantener más allá de lo necesario, el estado de emergencia, declarado continuamente por 16 años, como también para declarar ocasionalmente el estado de sitio.

Pero el gobierno militar desde su inicio enfrentó un problema político constitucional mucho más grave. La legislación neutral anti subversiva sin prejuicio ideológico vigente en el marco legal de la Constitución de 1925 no contenía disposiciones específicas en contra del comunismo. La dictadura necesitaba urgentemente una herramienta legal que le diera legitimidad a la cruzada dirigida en contra del "comunismo internacional". Para ello se crearon desde los inicios del gobierno militar una serie de disposiciones transitorias. Pero fue finalmente cuando se ideó la inclusión del artículo 8 en la carta de 1980 el momento en que la cruzada anticomunista adquirió status constitucional. Sin embargo, a pesar de haber adquirido este status, el problema de legitimidad de esta disposición no pudo ser resuelto, porque la tradición democrática chilena era inconsistente con las restricciones ideológicas al debate público que se contenían en el artículo 8. Esta inconsistencia fue la que llevó a esforzarse en legitimar el artículo 8 y sus prejuicios, mediante la ideación de un supuesto lazo o conexión que tendría esta disposición con las disposiciones que caracterizan la Constitución de la República Federal Alemana de 1949.

## 2) Intentos de legitimación del pluralismo restringido.

Ahora analizaré una serie de intentos efectuados para legitimar el concepto de debate público restringido, característico del artículo 8 que está contenido en la Constitución de 1980. Entre es-

tos intentos de legitimación se destacan dos sentencias del Tribunal Constitucional mediante las cuales se intentó aplicar esta disposición legal a casos concretos, como también el esfuerzo doctrinario efectuado por algunos partidarios del régimen para conectar forzosamente el artículo 8 con algunas normas de la Constitución Alemana de 1949.

### 2.a) La conexión forzada con la Constitución Alemana.

Ya en la primera reunión de la Comisión Constituyente nombrada por el gobierno militar se discutió la necesidad de contar en el ordenamiento constitucional con disposiciones similares a aquellas de la Carta Fundamental Alemana de 1949<sup>(12)</sup>. Sin embargo, a medida que las reuniones de esta Comisión fueron progresando, el más influyente miembro en estas sesiones expresó su escepticismo respecto de las disposiciones de la Constitución Alemana. Este miembro de la Comisión declaró que las normas alemanas no eran completamente adecuadas a la situación chilena, porque el propósito de las mismas es impedir la difusión de doctrinas totalitarias y se refiere particularmente, pero no en forma exclusiva al marxismo-leninismo, que por la importancia de esta última doctrina en el mundo y especialmente en la experiencia chilena debían adoptarse disposiciones que directamente actuaran en contra de esta doctrina<sup>(13)</sup>.

La Comisión tenía sentimientos encontrados. Ellos querían por una parte dictar disposiciones directas y exclusivas en contra del marxismo y por la otra querían seguir el ejemplo de la Constitución Alemana. Este dilema fue aparentemente resuelto cuando la Constitución de 1980 fue finalmente redactada, conteniendo el artículo 8 que directamente prohíbe el marxismo.

Después que la nueva Constitución fue aprobada se hicieron nuevos esfuerzos para conectarla con la Carta Fundamental Alema-

12. Ver primera sesión de la Comisión Constituyente, celebrada el 24 de septiembre de 1973. Existe además una referencia a esta idea en la página 27 del requerimiento gubernamental presentado el 22 de junio de 1987 en contra del ex-ministro Clodomiro Almeyda.

13. Guzmán, Jaime, sesión N° 365 de mayo 3 de 1978.

na de 1949. Profesores alemanes fueron invitados para ilustrar esta supuesta conexión, pero los resultados fueron menos que satisfactorios<sup>(14)</sup>. Estos esfuerzos continuaron sin gran éxito por varios años. Por ejemplo, en 1984, en una prestigiosa revista académica un joven abogado con estudios recientes en Alemania escribió acerca del artículo 8 intentando mostrar las supuestas similitudes existentes entre este artículo y los artículos 9 (Nº 2), 18 y 21 (Nº 2) de la Constitución Alemana<sup>(15)</sup>. Esta comparación es equivocada porque si uno analiza las disposiciones constitucionales alemanas se da cuenta que éstas son muy diferentes al artículo 8 de la Constitución Chilena. En las primeras prima el concepto de "orden básico democrático libre" u "orden constitucional" que no está claramente expresado en la norma chilena de 1980.

Incluso más, toda esta supuesta "renovación" constitucional se ha efectuado en Chile sobre la base de ignorar la existencia de la legislación anti subversiva que caracterizó el sistema de la Cons-

14. El profesor alemán Dieter Blumenwitz fue invitado a dar conferencias en Chile. Se trata de un conocido constitucionalista y miembro del Tribunal Constitucional de su país. Las conferencias del profesor Blumenwitz fueron en alemán y la traducción que se hizo de las mismas, muestra que en varias ocasiones este jurista evadió pronunciarse sobre supuestas similitudes que existirían entre la Constitución Chilena de 1980 y la Alemana. Ver Blumenwitz, Dieter y Gaete Rojas Sergio, *La Constitución de 1980 su legitimidad*, (1981).

15. Ribera Neumann, Teodoro, *Alcances y Finalidad del artículo 8 de la Constitución Política del 80*, Revista Estudios Públicos, agosto, (1984). Ribera fue citado por el gobierno en el requerimiento contra el Sr. Clodomiro Almeyda en apoyo de la aplicación del artículo 8 en ese caso. Los artículos que cita Ribera de la Constitución Alemana en apoyo de su tesis de la semejanza con el artículo 8, tienen notorias diferencias con éste. Las disposiciones de la Constitución Alemana fueron diseñadas específicamente para proteger el proceso democrático y el orden constitucional. Además contienen un concepto de abuso del derecho por el cual el afectado sólo pierde el derecho en el cual se ha excedido que se diferencia de los criterios usados en el artículo 8. El artículo 9 Nº 2, que cita Ribera, dice: "las asociaciones, objetivos o actividades que entren en conflicto con las leyes criminales o que estén dirigidas contra el *orden constitucional* o el concepto de entendimiento internacional se prohíben". El artículo 18 dice: "Cualquiera que abuse de la libertad de expresar opiniones, en particular de la libertad de prensa (Artículo 6. párrafo 1), li-

titución de este país en el marco del ordenamiento de 1925<sup>(16)</sup>. Se repite en forma continua que el sistema constitucional anterior a 1980 no podía protegerse adecuadamente en contra de grupos o políticas violentas que atentaran contra el sistema y que sus bases estaban expuestas a constantes peligros, porque podían ser reformadas por simple mayoría. Estas afirmaciones son también equivocadas, porque como se mostró en la primera parte de este trabajo, en Chile desde 1937 existió una legislación anti subversiva robusta. Asimismo, lejos de ser un inconveniente institucional, la posibilidad de reformar estas leyes anti subversivas por mayoría era una gran virtud del sistema. Por ejemplo, esta posibilidad de reforma previno adecuadamente que el gobierno o un grupo político particular impusiera sus visiones políticas y perjudicara en forma total y permanente la libertad de expresión distorsionando injustamente el debate público democrático. Entre otras cosas, gracias a esta posibilidad de reforma el país se libró de la Ley de Defensa de la Democracia y soportó sus prejuicios por un tiempo limitado.

La falta de referencias que intencionalmente se ha hecho respecto de las leyes anti subversivas de la Constitución de 1925 invita a sospechar sobre las bases conceptuales y políticas del artículo 8. Particularmente, el olvido en que se pretende hacer caer el

bertad de enseñanza (Artículo 5. párrafo 3), libertad de asamblea (Artículo 8), el secreto de la correspondencia, correo o telecomunicaciones (Artículo 10), el derecho de propiedad (Artículo 14) o el derecho de asilo, (Artículo 16, párrafo 2) *en orden a atacar el orden democrático libre, perderá estos derechos*. La pérdida de estos derechos y su extensión será pronunciada por el Tribunal Constitucional". Finalmente, el artículo 21, Nº 2 de la Carta Alemana, dice así: "Los partidos que por razón de sus propósitos o el comportamiento de sus adherentes, buscan menoscabar o destruir el *orden básico democrático libre* o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania serán inconstitucionales. El Tribunal Constitucional decidirá sobre la cuestión de esta inconstitucionalidad". Se usó traducción inglesa de *Basic Law for the Federal Republic of Germany*, by Roy Bernard Co. Inc., New York, 1955.

16. *Ibid.*, nota 15, p. 259. Ribera reconoce que el artículo 8 guarda relación con la Ley 8.987 de Defensa de la Democracia, pero intenta restarle importancia a esta relación diciendo: "la ley de 1948, respondió a una actitud general de algunos países que enfrentaban el comunismo y la guerra fría". Fue de ésta no he encontrado otra mención oficial a la Ley maldita de 1948.

período de vigencia y posterior derogación de la Ley de Defensa de la Democracia, muestran el verdadero contexto del cual se deriva el artículo 8 de la Constitución de 1980. Este contexto es el fracaso de la Ley Maldita de 1948 en su intento fallido de torcer la tradición democrática chilena introduciendo legislación que contenía un claro prejuicio ideológico contra el comunismo. Es obvio que el artículo 8 perderá toda legitimidad si respecto de esta norma, en lugar de consolidarse la forzada conexión alemana, se hace ver el indudable parentesco que esa disposición tiene con la ley de 1948. Por ello, el intento forzado de establecer la conexión alemana con esta disposición constitucional, no es sólo una cuestión académica de genealogía estatutaria, ni menos una coincidencia intelectual o política. Se trata en verdad de un esfuerzo consciente por dar legitimidad a una disposición constitucional prejuiciada e injusta, con la que se pretende reeditar el esquema de restricción ideológica que caracterizó el período de la Ley de Defensa de la Democracia.

Es cierto que en 1973 se produjo una crisis institucional grave, pero en esa crisis no fueron el marxismo leninismo ni las organizaciones que lo profesan los únicos responsables. Asimismo, no puede pretenderse superar esta crisis proscribiendo la propagación de esa doctrina. Tampoco se superará la crisis institucional dictando leyes llenas de prejuicios que representan a una parte muy limitada del espectro político, aunque esta pequeña porción cuente en períodos críticos con la confianza de las Instituciones Armadas.

Si se persiste en este fundamentalismo errado se producirá en nuestro país una gran controversia y en esta controversia, la discusión será tal como en los primeros días de la ilustración donde las disputas parecían producirse en blanco y negro. En un lado, estarán los partidarios de la superstición y la intolerancia, y en el otro, los partidarios de la razón y la libertad. Ojalá pudiese superarse sin mayor esfuerzo esta posible disputa.

Siguiendo con el análisis, en los próximos párrafos exploraré dos decisiones recientes del Tribunal Constitucional referentes al artículo 8. Estas decisiones revelan cuán arbitraria e ilógica es esta disposición y sobre todo, las dificultades que se encuentran al intentar aplicarlas a un caso concreto.

## 2.b) Decisiones del Tribunal Constitucional relativas al artículo 8.

Como se explicó antes, dos decisiones muy importantes del Tribunal Constitucional dictadas durante el gobierno militar han estado basadas en el artículo 8 y es muy significativo para entender por qué se dictó esta disposición que ellas hayan sido dirigidas exclusivamente contra grupos o personas de izquierda marxista. La primera decisión estuvo dirigida contra el MDP (Movimiento Democrático Popular), una organización política de izquierda formada por los Partidos Comunista, Socialista, MIR y otros. La segunda decisión afectó la persona del Sr. Clodomiro Almeyda. Ahora analizaremos algunos aspectos de cada una de estas decisiones.

### 2.b.1) Solicitud y decisión contra el MDP.

El proceso en contra del MDP fue iniciado por un grupo de personas asociadas al gobierno. El fundamento de la solicitud presentada intentó mostrar primero, que la existencia y las actividades del MDP implicaban la promoción o propagación de la doctrina marxista-leninista; segundo, que a consecuencia de ello, el MDP promovía la violencia; y tercero, que la doctrina marxista-leninista propagada por el MDP y sus integrantes era una concepción totalitaria de la sociedad, del Estado y del orden legal y que el MDP y sus miembros actuaban sistemáticamente en la propagación de esta doctrina<sup>(17)</sup>. La solicitud también contenía una versión sumaria de la versión oficial acerca de cómo debía interpretarse el artículo 8 llamando a poner en vigor esa disposición en este caso.

El Tribunal Constitucional al resolver esta petición declaró al

17. Ver *Solicitud de Inconstitucionalidad del MDP*, (1984), publicado por Editorial Opinión, Santiago, Chile. La prueba y evidencia que se acompañó para fundamentar esta solicitud es ridícula. Por ejemplo, consiste en segmentos de entrevistas sacados fuera de contexto de representantes del MDP, como asimismo documentación "marxista-leninista", la mayoría consistente en obras marxistas clásicas editadas mucho tiempo antes que el artículo 8 hubiese entrado en vigor. La solicitud cita el Manifiesto Comunista y otros documentos clásicos en apoyo de su argumentación.

MDP inconstitucional de acuerdo al artículo 8<sup>(18)</sup>. El MDP no se defendió ante la Corte y la sentencia se dictó en rebeldía acogiendo prácticamente en todas sus partes la solicitud de inconstitucionalidad presentada. Sin embargo, al resolver el caso, surgió una seria inconsistencia puesto que de acuerdo al decreto ley N° 77 de 1973, el MDP y los grupos y partidos que lo formaban habían sido disueltos y no tenían existencia legal. Este cuerpo legal regía desde los comienzos del gobierno militar. El Tribunal Constitucional emitió una opinión crucial respecto de este punto. La opinión de los cuatro miembros que estuvieron por la tesis de la mayoría hicieron suya una posición formalista señalando que la aplicación del artículo 8 en este caso se justificaba porque era una declaración "constitucional", en circunstancias que la prohibición anterior del decreto ley que provocaba el conflicto, tenía una "jerarquía legal". Los tres miembros que estuvieron por el voto disidente, argumentaron con más racionalidad diciendo que la declaración de inconstitucionalidad era en el hecho innecesaria en este caso, pero instaron a aplicar el decreto ley prohibitivo e imponer sanciones a los grupos de izquierda que motivaban este caso.

Ahí se vio por primera vez la inconsistencia que llevaba implícita el artículo 8. En una opinión claramente dividida pudo apreciarse cómo los miembros del Tribunal Constitucional, a pesar de contar con la más absoluta confianza y de haber sido nombrados por el propio gobierno militar eran incapaces de ponerse de acuerdo sobre la aplicación de este controvertido artículo. Pero las dificultades para aplicar este artículo no terminaron ahí, como veremos en los párrafos que siguen.

#### *2.b.2) Requerimiento y decisión contra el Sr. Clodomiro Almeyda.*

El gobierno militar directamente inició el proceso contra el Sr. Clodomiro Almeyda en junio 22 de 1987. En su presentación

18. Una versión sumaria de esta resolución fue publicada en el Diario Oficial de fecha 16 de febrero de 1985. Para comprender las dificultades que la aplicación del artículo 8 ha representado para el Tribunal Constitucional, ver la Ley sobre efectos de las sentencias de este Tribunal, N° 18.662, publicada en el Diario Oficial el 29 de octubre de 1987.

contra el Sr. Almeyda, el gobierno argumentó lo siguiente: primero, que el Sr. Almeyda era Secretario General del Partido Socialista Chileno, partido que ya había sido declarado inconstitucional en 1985 por la decisión comentada en el párrafo anterior; segundo, que el Sr. Almeyda, en su calidad de Secretario General y también individualmente, había cometido actos de propagación de una doctrina violentista; tercero, que el Sr. Almeyda ha admitido su adhesión a la doctrina marxista-leninista; cuarto, que como resultado de todo esto, él ha propagado doctrinas fundadas en la lucha de clases; quinto, que el Sr. Almeyda tiene un concepto totalitario de la sociedad; y finalmente que las actividades del Sr. Almeyda demuestran que él posee un conjunto racional de ideas cuyo propósito es propagar doctrinas contrarias al artículo 8 y que en su caso no puede hablarse de meras opiniones aisladas sobre estas materias<sup>(19)</sup>.

El Sr. Almeyda se defendió argumentando que el artículo 8 no podía aplicarse porque era contradictorio con lo dispuesto en el artículo 5 párrafo 2 de la misma Constitución de 1980, que dice textualmente:

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales de las personas que emanan de la naturaleza humana".

El Sr. Almeyda argumentó que la aplicación del artículo 8 a su caso implicaría privarlo de derechos constitucionales esenciales y que los actos por los que se lo acusaba no eran de aquellos prohibidos en el artículo 8. También argumentó que el artículo 8 contradecía la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambas convenciones internacionales ratificadas por Chile y que conservaban su plena vigencia. La defensa también presentó en apoyo de su inocencia varios documentos y testigos para mostrar que su larga carrera política había sido siempre pacífica y democrática.

El Tribunal Constitucional falló ese caso en diciembre 21 del

19. Ver escrito original del requerimiento presentado por el gobierno contra el Sr. Almeyda de fecha 22 de junio de 1987, página 21. El requerimiento contra el Sr. Almeyda fue elaborado con las mismas fallas que caracterizaron la solicitud de inconstitucionalidad del MDP.

mismo año, nuevamente por sentencia dividida<sup>(20)</sup>. Esta resolución mostró una vez más que aplicar el artículo 8 es problemático, incluso para aquellos que comparten los postulados del régimen militar.

La opinión de la mayoría aceptó el requerimiento del gobierno desechando cada una de las defensas del Sr. Almeyda, entre ellas, la alegación acerca de la supremacía de las convenciones internacionales. En este punto el Tribunal citó una opinión de Kelsen acerca de la supremacía del derecho nacional sobre las convenciones internacionales. Asimismo, la opinión de la mayoría declaró que no veía contradicción alguna entre los artículos 8 y 5 de la Constitución, diciendo que el artículo 8 sancionaba específica y particularmente aquellas acciones contra derechos esenciales de la persona humana.

La parte más contradictoria de la opinión mayoritaria es aquella en que se deniega la alegación de Almeyda en el sentido que él habría tenido una carrera política pacífica y democrática. La opinión estableció que: "este hecho no podía impedir la aplicación en este caso del artículo 8 porque el Sr. Almeyda siendo un marxista y consecuentemente con ello adopta una actitud pacífica que no es real sino una mera táctica". Para apoyar este increíble razonamiento la corte citó las Obras Escogidas de Lenin en las cuales se afirma que: "la ética marxista está enteramente subordinada a la lucha de clases del proletariado"<sup>(21)</sup>.

La opinión disidente simplemente no pudo hacer suya esta increíble argumentación y razonó en cambio, en contra de la aplicación

20. Una versión sumaria de esta resolución fue publicada en el Diario Oficial de fecha 11 de enero de 1938. Es bueno hacer presente que en este caso, incluso la opinión de la mayoría declaró que el artículo 8 no tiene efecto retroactivo, de manera que sólo puede ser usado para castigar actos cometidos después de marzo 11 de 1931.

21. La opinión decía textualmente: "Agrega el tribunal que tal ilícito no puede desaparecer por el hecho que en distintas oportunidades pueda el Sr. Almeyda haberse manifestado un defensor de la Democracia y de los derechos inherentes a ella, pues tales actitudes están abiertamente reñidas no sólo con su carácter de marxista leninista, sino que corresponden a la esencia de la moral marxista que, como es sabido, "está enteramente subordinada a los intereses de la lucha de clases del proletariado". (Lenin, Obras Escogidas, Moscú, 1944, Tomo IV, p. 462).

del artículo 8 al Sr. Almeyda, enfatizando su carrera política pacífica y democrática. La opinión disidente consideró equivocado desestimar la prueba y evidencia ofrecida por el Sr. Almeyda simplemente porque él sería un marxista. Esa presunción, según la opinión minoritaria, implicaba un prejujuicio de las intenciones del demandado y una condena por su supuesta ideología, además de imponer al Sr. Almeyda la tarea imposible de demostrar evidencia en contrario<sup>(22)</sup>.

Esta sentencia en contra del Sr. Almeyda también implicó una votación dividida de 4 votos contra 3. Los problemas manifiestos en estas dos sentencias constitucionales son muy difíciles de resolver y auguran felizmente una vida corta y frágil para el artículo 8. Esto significa que debemos ser optimistas porque en la medida que la racionalidad recobre cierta preeminencia en la vida política chilena el artículo 8 tendrá que desaparecer. Con el objeto de prepararnos para ese gran momento, en los párrafos que siguen, esbozaré algunas estrategias legales y argumentativas que pueden usarse para mitigar las restricciones que el artículo 8 impone en el debate público. En los comentarios que siguen, usaré a modo de ilustración algunos conceptos que han sido desarrollados por la jurisprudencia relativa a la libertad de expresión en los Estados Unidos de Norteamérica, una tradición jurídica libertaria tan noble y meritoria como la Chilena.

### 3) Estrategias para mitigar las restricciones al debate público en Chile.

En esta parte del trabajo desarrollo dos tipos de argumentación, la primera destinada a ilustrar un grupo de ideas que pueden servir para promover la derogación judicial tácita del artículo 8. La

22. La opinión disidente dice: "Agregan los disidentes que restar fuerza de convicción a las confesiones del requerido, especialmente las contenidas en su libro "Reencuentro con mi vida", so pretexto de que ellas constituyen una táctica marxista, es simplemente inaceptable porque ello conduce directamente a admitir que el artículo 8 condena ideologías y no actos como en realidad ocurre, pues importa un prejujuicio sobre la intencionalidad del autor que lo deja en la imposibilidad de demostrar su verdadera conducta en el quehacer político nacional".



segunda argumentación, está destinada a proponer una alternativa conceptual frente a la neutralidad que caracterizó las leyes anti subversivas de 1937 y 1958 y el prejuicio ideológico contenido en la Ley de Defensa de la Democracia de 1948 y en el artículo 8 de la Constitución de 1980. Esta segunda argumentación sólo puede funcionar una vez que el artículo 8 sea finalmente enmendado.

*3.a) Lograr la derogación tácita del artículo 8 por la vía jurisprudencial.*

No pretendo, de ningún modo, caer en el absurdo de forzar una conexión entre la tradición legal Chilena y la jurisprudencia relativa a la libertad de expresión en los Estados Unidos de Norteamérica. Reemplazar la fracasada conexión alemana a que antes me he referido por una basada en jurisprudencia Norteamericana, sería ignorar una vez más nuestra valerosa tradición legal democrática propia. Mi intención es simplemente usar algunas doctrinas y conceptos desarrollados en los E.E.U.U. para ilustrar cómo el artículo 8 aunque mantenga su vigor, pueda ser "técnicamente" derogado mediante el desarrollo de algunas doctrinas judiciales razonables<sup>(23)</sup>.

La expresión derogación "técnica" que uso aquí se deriva de la descripción que hace Harry Kalven de un grupo de doctrinas que las Cortes en los Estados Unidos de Norteamérica desarrollaron para proteger la libertad de expresión evitando una confrontación constitucional directa en estas materias. Estas doctrinas judiciales, según Kalven, siempre se caracterizaron porque la Corte en casos de conflicto entre la libertad de expresión y regulaciones restrictivas de esta libertad emanadas del poder ejecutivo o legislativo exigía que éstas debían contener límites muy claros sobre lo lícito y lo ilícito. No debían existir dudas en las regulaciones restrictivas acerca de lo que está prohibido y lo que, en cambio, debía considerarse como expresiones legítimas de la libertad de opinión. Asimismo, la Corte exigía que la regulación contuviese sólo restricciones directas y no debía imponer cargas innecesarias a la libertad de expresión. Los

23. Kalven, Harry, *A worthy tradition, Freedom of Speech in America*, 1988, XXVII.

jueces adoptaron una actitud judicial de intervención preventiva cuyo propósito era evitar perjuicios preliminares a la libertad de expresión y también frenar la maduración de secuelas posteriores en estas materias. Por ello, las Cortes quitaron validez en forma "técnica" a muchas regulaciones restrictivas en nombre del derecho a la libertad de expresión consagrado en la primera enmienda a la Constitución Norteamericana.

Como decía antes, la idea de derogación "técnica" implica que un Tribunal busca evitar el conflicto constitucional de tener que declarar una regulación restrictiva a la libertad de expresión, como por ejemplo el artículo 8, inaplicable, inconstitucional o injusta. Esta actitud es la que está más cerca de la mentalidad de los tribunales actuales en Chile. No creo que el Tribunal Constitucional o las Cortes chilenas declaren que las regulaciones restrictivas contenidas en el artículo 8 son inaplicables, inconstitucionales o injustas, a menos que esté derogado o enmendado expresamente por el poder Constituyente<sup>(24)</sup>.

Se agrega a esta idea de proponer la derogación "técnica" del artículo 8, el hecho que particularmente en la opinión disidente del caso Almeyda, se ve cómo el Tribunal Constitucional ha intentado desarrollar una línea argumentativa de jurisprudencia, similar a las doctrinas de E.E.U.U., que mediante una adecuada argumentación judicial protegen la libertad de expresión y que como ya se explicó, Kalven denomina doctrinas "técnicas" (Technical preferred position)<sup>(25)</sup>.

Por ejemplo, la opinión disidente argumenta en el caso Almeyda que el artículo 8 debe ser restringido en su aplicación porque

24. La tradición judicial chilena es burocrática y mecánica. Tiene fuerte influencia francesa y sigue al pie de la letra a Montesquieu en considerar la función del juez, una función restringida a pronunciar la ley, como si fuera sólo su boca. Debido a esta tradicional mentalidad judicial, pienso que ni el Tribunal Constitucional ni ningún otro tribunal desafiará directamente la constitucionalidad o justicia del artículo 8.

25. Ver *ibíd.*, nota 23.

es un precepto de excepción<sup>(26)</sup>. Esta afirmación del voto disidente recuerda la caracterización que Kalven hace de la jurisprudencia de la Corte Suprema de E.E.U.U., recién citada, sobre el propósito judicial de limitar las restricciones o regulaciones a la libertad de expresión.

Asimismo, la opinión disidente agrega que "la situación del señor Almeyda demuestra con singular claridad el de una persona que a pesar de sus ideas marxistas, adopta en el quehacer político nacional una posición que no corresponde a dicha ideología en los términos que ha sido conceptualizada por este tribunal"<sup>(27)</sup>. Esta afirmación nos recuerda la doctrina judicial conocida como la prueba de la incitación (Incitement Test) que fue desarrollada por el famoso juez norteamericano Learned Hand en casos judiciales norteamericanos de apología a la subversión<sup>(28)</sup>. De acuerdo con esta doctrina, Learned Hand argumentaba en favor de un test o prueba para restringir la aplicación de castigo sólo a aquellos casos de apología de la violencia donde hubiese una "incitación directa" a la violencia. El juez Hand abogó porque se hiciera una clara distinción entre la incitación directa a la violencia y lo que debía considerarse sólo, como vigorosa crítica política, que según él era siempre legítima.

Aún más, la opinión disidente del Tribunal Constitucional Chileno al darle más importancia al comportamiento político real

26. La opinión disidente dice: "En concepto de los disidentes, el artículo 8, es un precepto de excepción porque limita el ejercicio de determinados derechos individuales en casos muy calificados que el propio constituyente ha descrito, debiendo aplicarse restrictivamente".

27. La opinión disidente concluye diciendo: "En consecuencia, en concepto de los disidentes, no procede declarar responsable al requerido de haber infringido el artículo 8 de la Constitución porque su conducta no cabe —strictu sensu— en el ilícito constitucional que dicha norma describe. Resolver de otra manera importaría en definitiva sancionar la ideología del autor o actos ajenos al ámbito constitucional, lo que se contraponen manifiestamente con la Carta de 1980".

28. El Incitement Test fue desarrollado a partir de la opinión del juez Learned Hand en el caso *The Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F 535, (1917).

del Sr. Almeyda, más que a su afiliación política o filosófica general, está agregando una línea argumentativa adicional para derogar judicialmente en forma tácita toda futura aplicación del artículo 8. Este tipo de argumento considera el comportamiento real del acusado más que su afiliación a una organización o doctrina determinada y nos recuerda otra doctrina jurisprudencial norteamericana que fue desarrollada por el juez Harlan. La doctrina del juez Harlan consistía en contrastar en cada caso de subversión, el hecho de si la persona involucrada era miembro de una organización o sustentaba una doctrina que podía considerarse subversiva o violenta, y distinguir esa circunstancia, de la evidencia sobre la conducta real del acusado<sup>(29)</sup>.

Finalmente, la opinión disidente también desarrolla una línea argumental similar a la doctrina jurisprudencial norteamericana de aplicación restrictiva de leyes que limiten la libertad de expresión (Overbreadth doctrine). La doctrina norteamericana (Overbreadth doctrine) consiste en otorgar al demandado o acusado la posibilidad de desafiar la aplicación a su caso de una restricción que es demasiado amplia y que atenta contra su libertad de expresión, incluso cuando el acusado, en este caso Almeyda, pueda estar sujeto a restricciones o sanciones que se deriven de regulaciones legales más específicas, por ejemplo de carácter penal. El tribunal chileno parece recoger esta doctrina al decir que "el artículo 8 no sanciona, en cambio, ni las ideas ni tampoco actos aislados o reiterados en contra de un gobierno determinado, actos estos últimos que caen bajo la competencia de la legislación penal"<sup>(30)</sup>. La doctrina de la no

29. El juez Harlan dijo en el caso *Noto v. United States*, 367 U.S. 299, (1961): "the kind of evidence which we found in Scales (otro caso) sufficient to support the jury's verdict of present illegal party advocacy is lacking here in any adequately substantial degree. It need hardly be said that it is upon the particular evidence in a particular record that a particular defendant must be judged, and not upon the evidence in some other record or upon may be suppose to be the tenets of the Communist Party". Kalven cita en su obra este párrafo en la página 225.

30. Ver también supra notas 21 y 22 y especialmente nota 26. También ver opinión disidente del Tribunal Constitucional en el caso contra el MDP, supra nota 18 y punto 2.b.1 de este trabajo. La doctrina jurisprudencial norteamericana llamada Overbreadth doctrine fue desarrollada por el juez norteamericano Brennan en el caso *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518, (1972).

extensión de restricciones a la libertad para expresarse, está también presente en la crítica disidente a la opinión de la mayoría cuando esta última rechazó la evidencia que en el caso *Almeyda* se acompañó para acreditar la carrera política pacífica y democrática de este último, llamando a ésta una mera táctica marxista. La opinión disidente llama a esta argumentación "inaceptable" porque impone sobre el acusado una carga de la prueba imposible de cumplir.

En consecuencia, de todo lo anterior se desprende que la opinión disidente en el caso *Almeyda* desarrolla un conjunto de argumentos que pueden derivar en una doctrina jurisprudencial "técnica", de técnica judicial que si bien no derogan por completo el artículo 8, al menos pueden servir para mitigar sus consecuencias en forma significativa. Todo este esfuerzo "técnico", por supuesto, estará dirigido a preparar las condiciones que llevarán en definitiva a reunir la voluntad política suficiente, que permita reformar la Constitución de 1980 y particularmente, el perjudicial artículo 8.

### *3.b) Superar el prejuicio y la neutralidad con un debate público democrático.*

Para superar el prejuicio ideológico que caracterizó la Ley Maldita de 1948 y el artículo 8 de 1980, como asimismo, para superar la neutralidad característica de la Constitución de 1925 y las leyes de 1937 y 1958, debe desarrollarse una doctrina que asegure la libertad de expresión dentro del marco de un debate público democrático<sup>(31)</sup>.

31. Ver Fiss, Owen, *Free Speech and Social Structure*, 71 *Iowa Law Review* 1405, (1986). Fiss argumenta en contra del concepto de libertad de expresión que cree ver en ésta sólo la posibilidad de que todos puedan manifestar sus ideas con una autonomía absoluta. Su idea es favorecer la intervención estatal cuando es necesario atacar una situación de dominación del debate público o cuando es necesario robustecer el debate público porque éste se ha debilitado y hecho banal, vulgar o insignificante. Para una exposición judicial de esta doctrina puede verse por ejemplo el caso *Pacific Gas & Elec. v. P.U.C. of California*, 106 S. Ct. 907, (1986). La Corte dice en el punto II, (1.2) de esta resolución: "The constitutional guarantee of free speech (serves significant societal interests) wholly apart from the speaker's interest in self expression... the First Amendment protects the public's interest in receiving information..."

Esta doctrina debe implicar que el Estado no puede asumir ningún prejuicio ideológico, ni tampoco una posición neutral. El Estado sólo debe actuar en algunos casos e intervenir coartando para algunos y promoviendo para otros la libertad de expresión. Estos casos de intervención justificada se producirán cada vez que se requiera enriquecer o robustecer el debate público democrático porque el poder de algunas organizaciones o personas les permita dominar el foro público de una manera poco equitativa o injusta o cuando el debate público se deteriora gravemente. El Estado, entendido no sólo como el gobierno de turno, en estos casos debe actuar buscando "equalizar" las distintas posiciones de manera que el proceso de búsqueda de la verdad pueda progresar adecuadamente. El proceso de búsqueda de la verdad es fundamental en una sociedad democrática, porque sin él no puede existir un público informado y no puede lograrse la indispensable y progresiva auto determinación de las personas y ciudadanos.

Una doctrina que promueva el debate público democrático implica que el Estado debe discriminar entre el tipo de discurso que favorece la auto determinación y la clase de discurso que no la favorece. El Estado debe cooperar en la construcción y preservación de un foro donde todos los puntos de vista públicos y privados tienen cabida y son debatidos con equidad, de manera que pueda ser preservada una auténtica auto determinación ciudadana. Además, todos aquellos que participan en este debate público democrático deben mostrar respeto por las reglas y valores que regulan la discusión pública. Esta es una pre-condición para ser aceptado como persona o como grupo en el foro público.

The identity of the speaker is not decisive in determining whether speech is protected". La doctrina del debate público democrático favorece la intervención estatal en pos de la protección de la verdadera libertad de expresión. Por ejemplo, el apoyo estatal y particular al sistema de televisión pública en E.E.U.U. (PBS system), creado como alternativa a la banalidad de la TV comercial es una muestra de las consecuencias prácticas a que se puede llegar con la doctrina del debate público democrático. Asimismo, la creciente importancia que en la prensa escrita ha adquirido el derecho a réplica (Fairness doctrine), es otro ejemplo de cómo el Estado puede cooperar con sus regulaciones e instituciones ejecutivas y judiciales a "equalizar" diversas posturas divergentes en el debate público democrático.

Tal como se dijo antes, la función del Estado es controlar el respeto de las reglas y valores que sirven como estructura en el debate público. Sin embargo, la función del Estado no puede agotarse aquí, sino que esta institución también debe intervenir con su poder de manera que todas las posiciones y puntos de vista sean "equalizadas" al participar en el debate. La "equalización" de puntos de vista consistirá principalmente en promover aquellas opiniones que contribuyan en mayor medida con su aporte a la renovación continua del proceso de discusión pública. Es cierto que esta intervención estatal será peligrosa y difícil de definir en todos sus contornos, pero en materias de libertad de expresión no hay ideas o doctrinas que no tengan costos que sea necesario asumir. Para salir de una situación en la que el debate público está dominado por un grupo en forma injusta y para terminar con la vulgaridad, ramplonería y comercialismo que agobia la opinión pública en nuestros días, debemos estar dispuestos a admitir los riesgos para la libertad de expresión que supone una mayor intervención estatal, en pos de conseguir un debate público que verdaderamente coopere con una creciente y progresiva auto determinación democrática.

Por ello creo que es aceptable en principio, la propuesta contenida en el Acuerdo Nacional que se firmó en agosto de 1985 por diversos grupos políticos que tenía por objeto reemplazar el artículo 8. El texto decía lo siguiente:

"La Constitución garantizará la libre expresión de las ideas y la organización de los partidos políticos. Los partidos, movimientos o agrupaciones cuyos objetivos, actos o conductas no respeten la renovación periódica de los gobernantes por voluntad popular, la alternancia en el poder, los derechos humanos, la vigencia de los derechos de las minorías y los demás principios democráticos definidos en la Constitución, serán declarados inconstitucionales"<sup>(32)</sup>.

En esta disposición propuesta, ciertas reglas y valores, son reconocidos como la estructura básica donde se ejercitará la partici-

32. Es interesante notar aquí que, según esta disposición, las personas naturales no pueden ser procesadas. Estas conductas están referidas sólo a organizaciones. También es importante destacar que hubo grandes desacuerdos con respecto al significado del término "objetivos", incluido en esta propuesta.

pación política y sólo su violación directa podrá justificar la aplicación de sanciones. Consecuentemente con el espíritu de esta disposición, las sanciones deberán ser proporcionales a los perjuicios producidos y su aplicación debe basarse en un criterio estricto. Sin embargo, reemplazar el artículo 8 por esta disposición propuesta en el Acuerdo Nacional no implicará recuperar así simplemente la tradición chilena de debate público democrático. Para que esto pueda lograrse, el Estado debe intervenir asegurando un acceso justo al foro público a todos aquellos que deseen participar en la vida ciudadana mediante leyes complementarias dictadas por el poder legislativo, resoluciones del poder judicial y directivas del poder ejecutivo. Por ejemplo, deben levantarse las restricciones contempladas a personas de izquierda y debe repararse y compensarse el daño que las restricciones ideológicas han producido en aquellos que se les ha negado su derecho a expresarse en libertad. Junto con esto hay que abrir a la participación ciudadana los medios de comunicación masiva, haciendo, por ejemplo, que la administración de los canales de TV y los principales medios de comunicación tengan representación de aquellos que más cooperan a enriquecer el debate público democrático. También hay que facilitar y reforzar el ejercicio equitativo del derecho a réplica, particularmente en la prensa escrita. Así y sólo así, se reducirá el miedo, la intolerancia y el resentimiento que inhiben la consolidación de un debate público democrático en Chile. La protección de la libertad de expresión es una noble y meritoria tradición legal, pero esta libertad nunca ha funcionado sin implicar riesgos y costos altos. Sólo asumiendo estos riesgos y costos responsablemente, podremos gozar de esta honorable tradición.

#### 4) Conclusión.

El artículo 8 de la Constitución de 1980 contiene un prejuicio ideológico contra el marxismo que es incompatible con la tradición libertaria chilena. Este prejuicio del artículo 8 es muy similar a las disposiciones contenidas en la Ley 8.987 sobre Defensa de la Democracia dictada en 1948. Esta ley fue llamada "Ley Maldita" porque cuando fue aplicada produjo un clima grave de intolerancia y resentimiento a través del país. La Ley 8.987 fue derogada en 1958 y Chile recobró su tradición de neutralidad del Estado en es-

tas materias. La posterior introducción del artículo 8 representa el esfuerzo del gobierno militar de revivir los principios de la "Ley Maldita". Consecuentemente, el artículo 8 tiene muy poca legitimidad. Es por ello que algunos partidarios de la dictadura han tratado de distorsionar la tradición democrática chilena, diciendo que ésta no tenía mecanismos adecuados para defenderse y otros han insistido en una supuesta conexión entre el artículo 8 y la Carta Fundamental de la República Federal Alemana. Sin embargo, estas afirmaciones son equivocadas y no han podido proporcionar ninguna legitimidad al artículo 8.

Incluso más, la debilidad del artículo 8 se manifiesta en dos decisiones recientes del Tribunal Constitucional. Especialmente la opinión disidente que los miembros del Tribunal Constitucional dieron en el caso Almeyda desarrolla varios argumentos que debilitan la aplicación del artículo 8 en el futuro y prácticamente derogan en forma tácita esa disposición. Para ilustrar esta opinión con mayor perspectiva, se analizó el voto disidente a la luz de ciertas doctrinas jurisprudenciales desarrolladas en la tradición legal de protección de la libertad de expresión en los Estados Unidos de Norteamérica. De ese análisis se concluye que el artículo 8 puede ser "técnicamente" derogado por la vía judicial sin que sea necesario desafiar derechamente su constitucionalidad o justicia. Esta derogación judicial puede ser muy importante mientras llega el momento político cuando la Constitución del gobierno militar sea reformada.

Finalmente, propongo tener en cuenta en el orden constitucional futuro, una vez que el actual sea reformado, que se considere una doctrina sobre el debate público democrático cuyo propósito será preservar una verdadera libertad de expresión. Esta doctrina no sugiere una aspiración a la "neutralidad" o pasividad estatal en estas materias, ni tampoco supone un prejuicio ideológico. En cambio, supone una forma de intervención estatal cuyo propósito será preservar la auto determinación democrática de los ciudadanos. Por ello la propuesta del Acuerdo Nacional, sumada a una adecuada intervención "equalizadora" de los poderes del Estado, parece estar a tono con esta doctrina y con la posibilidad consiguiente de recuperar la honorable y robusta tradición de debate público en Chile.

## EN TORNO A "LAS DOS CULTURAS", DE C. P. SNOW (1)

FERNANDO QUINTANA BRAVO \*

### I

Comienza el autor relatando su experiencia personal en los medios universitarios en que se formó, en las primeras décadas de este siglo. En sus años de estudiante en Cambridge pudo asomarse y contemplar en primera fila uno de los períodos creativos más notables de la física teórica. Pero, a su vez, por vocación, dedicado a la literatura y en el afán de convertirse en escritor, comenzó a sentir sobre sí la dicotomía de dos grupos, el de los científicos y el de los que se dedican al cultivo de la literatura y se esfuerzan por ser

\* Profesor del Centro de Estudios Humanísticos de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.

1. La obra de C. P. Snow lleva por título *The Two Cultures and A Second Look (An expanded Version of The Two Cultures and The Scientific Revolution)*, 1959, 1964, Cambridge University Press. En nuestro idioma lo ha publicado Alianza Editorial, 1977, con el título *Las Dos Culturas y un Segundo Enfoque*.

El profesor José Ricardo Morales, del Centro de Estudios Humanísticos, ha llamado la atención sobre el tema de esta obra y, por lo mismo, sobre la necesidad de abordar el problema subyacente de los métodos y concepciones válidas en ciencia y humanidades.

Recogiendo esta valiosa indicación, el presente trabajo quiere tomar los planteamientos de Snow como un excelente motivo para incursionar en temas y problemas de las ciencias, la técnica y las humanidades, consignando algunas observaciones críticas.

Concluido este trabajo, hemos tomado conocimiento de un estudio del profesor Morales sobre técnicas y humanismo, en donde desarrolla valiosas observaciones sobre el sentido del *lógos* en la técnica y el problema de la verdad. No podemos hacernos cargo, desgraciadamente, de ellas.