

# *Corpus Iuris Regionis*

Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT  
IQUIQUE - CHILE



Nº 7 - Año 7







# UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

CHILE

*Corpus Iuris Regionis*  
*Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*

ESCUELA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT  
IQUIQUE - CHILE

REPRESENTANTE LEGAL  
Gustavo Soto Bringas  
Rector Universidad Arturo Prat

## CONSEJO CIENTÍFICO

Sergio CARRASCO DELGADO (U. de Concepción); Carlos DEL RÍO FERRETTI (U. Católica del Norte, Coquimbo); Jorge TAPIA VALDÉS (U. Arturo Prat); Eric Eduardo PALMA GONZÁLEZ (U. de Chile); José Luis DIEZ SCHWERTER (U. de Concepción); Ximena FUENTES TORRIJO (U. Adolfo Ibáñez); Francisco CABELLERO HARRIET (U. del País Vasco); Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA (U. Arturo Prat); Francisco ZÚÑIGA URBINA (U. Diego Portales y Central de Chile); Juan Carlos MANRÍQUEZ ROSALES (U. Andrés Bello); Jorge BERMÚDEZ SOTO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso); Ricardo SANDOVAL LÓPEZ (U. de Concepción); Eduardo ALDUNATE LIZANA (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

## CONSEJO EDITOR

Hugo Vilches Fuentes  
Director  
Universidad Arturo Prat

Hans Mundaca Assmussen  
Subdirector  
Universidad Arturo Prat

## VOCALES

Gigliola Carlevarino Weitzel  
Universidad Arturo Prat

Ariel Smith Marín  
Universidad Arturo Prat

Damián Todorovich Cartes  
Universidad Arturo Prat

Raúl Soto Villafior  
Universidad Arturo Prat

Daniel Flores Azargado  
Secretario de Redacción  
Universidad Arturo Prat





*Corpus Iuris Regionis*  
*Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*

1.- LÍNEA EDITORIAL Y OBJETIVOS: Atendido el contexto físico, sociocultural, político y económico en que territorialmente está inserta, los objetivos fundamentales de *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, son: primero: contribuir a la discusión y análisis de problemas y cuestiones de interés actual del Derecho vigente chileno y extranjero, en sus diversas fuentes formales de expresión, desde la óptica regional, provincial y local; segundo: sin desconocer la pertenencia de este Derecho, de contenido y territorio específicos, al Derecho de general vigencia y aplicación, también se plantea examinar y debatir los aspectos de mayor relevancia de este último; y tercero: contribuir al conocimiento del Derecho desde la perspectiva filosófica, histórica, sociológica, antropológica, y demás ciencias humanas.

2.- ADMINISTRACIÓN: La Revista está al cuidado científico de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique (Chile).

3.- COLABORACIONES: Los colaboradores y autores deben ceñirse en lo posible a las “Normas de Redacción e Instrucciones Generales para los Autores” que se incluyen en cada volumen. Los trabajos serán revisados y aprobados a través de un Sistema de Arbitraje de pares, de doble anonimato, nacionales o extranjeros, que al efecto recurra el Consejo Editor de la Revista. Los resultados del arbitraje serán comunicados anónimamente a los autores. Luego de esta evaluación y subsanadas por el autor las observaciones del arbitraje, dicho Consejo decidirá su publicación.

4.- CORRESPONDENCIA: La correspondencia académica (no comercial) para envío de trabajos, comentarios de jurisprudencia y fallos, reseñas o reseñas, libros, canje y otros semejantes debe ser remitida al Consejo Editor de la Revista, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Av. A. Prat 2120, Iquique, Chile. Fono-Fax: (57) 394254, Correo electrónico [hvilches@unap.cl](mailto:hvilches@unap.cl), [hugo.vilches.fuentes@gmail.com](mailto:hugo.vilches.fuentes@gmail.com)

5.- PERIODICIDAD: La Revista se publica anualmente en forma regular, sin perjuicio de la edición de números especiales adicionales.

ISSN: 0717-9529 (Versión impresa)

<http://www.escueladerechounap.cl> (Versión electrónica)

Datos Básicos

UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

ESCUELA DE DERECHO

IQUIQUE, CHILE

Ediciones Campvs

*Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*

7 (2007), 158 pp., 17,5 x 24 cm.

1. Derecho Regional y Local; Ciencias del Derecho, la Integración y Derecho comparado.- 2. Ciencias humanas.- 3. Historia del derecho y del pensamiento jurídico.- 4. Ciencias jurídico-políticas.-

## NORMAS DE REDACCIÓN E INSTRUCCIONES GENERALES PARA LOS AUTORES

Los colaboradores y autores deben ceñirse a las normas de redacción e instrucciones generales que se describen a continuación. En caso contrario, el Consejo Editor dispondrá que el trabajo, que se admita a trámite de publicación, sea reconducido a tales normas, lo que implica riesgos de errores, que los autores pueden evitar si previamente se adaptan a ellas.

1. Los trabajos se entregarán en disquete o en impreso y por correo electrónico en formato Word para Windows, sin espacios entre párrafo y párrafo (o sea, después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía Garamond, tamaño 10 para el texto, y 8 para la citas, notas o apostillas, las que van a pie de página. Cada trabajo deberá ir acompañado de un resumen (antepuesto al texto del trabajo o artículo), uno en castellano y, en lo posible, de un *abstract* en inglés, de no más de 15 líneas cada uno, y agregar ocho palabras clave.
2. Las colaboraciones deben contener en su texto el título completo del artículo, el nombre del autor, sus grados académicos, su filiación institucional, en su caso, y cualquier otro dato relevante identificatorio, y su correo electrónico.
3. El envío de un trabajo original supone un compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Los trabajos cuyos contenidos ya han sido publicados, o que están siendo sometidos a otros árbitros editoriales, deben adjuntar una carta en que se informa al Consejo Editor al respecto.
4. Se tenderá a dividir los artículos en secciones numeradas con números romanos con rúbrica centrada y separada del cuerpo del discurso. Este podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de punto [1.], en lo posible no rubricados. Se recomienda no subdividir excesivamente. Los títulos y subtítulos deben ser claros y concisos, ni contener negritas.

### EN RELACIÓN CON LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

5. La indicación de los lugares citados, sea de autores, sea de fuentes, se hará siempre en nota a pie de página, numeradas consecutivamente.
6. La cita de tratados, manuales, ensayos, monografías se hará de conforme al siguiente esquema que a modo ejemplar se indica:
  - i) Libros: FALCÓN Y TELLA, María José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas (Madrid, 1994), p. 62 (o pp. 66 ss.) El o los apellidos del autor irá en VERSALES<sup>1</sup>, mayúsculas y minúsculas. Su o sus nombres de pila con letra normal. El título de la obra en *cursivas* o *itálicas*.
  - ii) Traducciones: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1960, trad. cast. Barcelona, 2001), p. 214.
  - iii) Artículos de Revistas: CEA EGAÑA, José Luis, *Lecciones y desafíos de la democracia constitucional chilena*, en *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina I* (Iquique, 1999), pp. 35-47 (o bien pp. 40 ss.) Tanto el nombre del artículo como el nombre de la Revista irá en *cursivas*.

<sup>1</sup> Las letras VERSALITAS se obtienen: insertar cursor en la palabra o selección del conjunto de palabras de que se trate: "formato/fuente/activación de "versales" en "efectos"/aceptar. Si se desea disponer del "ABC Versales" en la barra de herramientas se puede arrastrar a ella, que se encuentra en "herramientas/personalizar/comandos/formato en categorías".

- iv) Capítulos en libros editados y artículos en obras colectivas: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX*, en VV. AA., KREBS, Ricardo (coord.), *La Revolución francesa y Chile*, Editorial Universitaria, (Santiago, 1990), pp. 225-245. “VV. AA.”, o “AA. VV.”, significa que se trata de una obra colectiva.
- v) Cuando se trate de citar obras precedentemente citadas, se deberá proceder conforme con el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 3), p. 44. Esta forma de citar significa que ahora se invoca la página 44 de una obra de CLAVERO cuyo título el lector puede encontrar en la nota 3 del trabajo. Pero si en la nota 3 se hubiera citado más de una obra de CLAVERO, entonces se seguirá el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution...*, cit. (n. 3), p. 44. De este modo se evita el sistema de colocar simplemente “*op. cit.*” u “*ob. cit.*”, sin más, que no suele orientar al lector en la búsqueda de la obra que se está citando.
- vi) Documentos en formato electrónico, un ejemplo:
  - SALINAS ARANEDA, Carlos, Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile, *Rev. estud. hist.- juríd.* [on line], no. 26 [citado 20 de junio 2005], pp. 491-528. Disponible en World Wide Web: <<http://www.scielo.cl.php?>
  - Pueden existir otras modalidades de citar en formato electrónico, sin dejar de señalar los datos fundamentales que orienten la búsqueda del lector, como son la fecha de la consulta y la dirección electrónica completa.



7-2007

# Corpus Iuris Regionis

REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA

---

ISSN 0717-9529

## ÍNDICE

### I. ESTUDIOS

#### HISTORIA CONSTITUCIONAL

- Reconocimiento Mapu-Che de Chile: Tratado ante Constitución* ..... 17  
Bartolomé CLAVERO SALVADOR

#### DERECHO INTERCULTURAL

- Acercamiento al pluralismo jurídico: relaciones entre el derecho estatal y el derecho propio (indígena)* ..... 47  
Hernán VALDEBENITO CASTILLO

#### DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

- El Estado en los procesos de integración y descentralización política, una reflexión sobre su naturaleza jurídica y política* ..... 59  
María Begoña LÓPEZ PORTAS

#### DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

- Algunas reflexiones sobre el moderno derecho penal y sus consecuencias* ..... 89  
Roberto A. DUFRAIX TAPIA

- El delito de giro fraudulento de cheques y la reforma procesal penal chilena* ..... 97  
Juan Carlos MANRÍQUEZ R.

- Los varones frente a la Ley de Violencia Intrafamiliar: una perspectiva de género* ..... 103  
Francisco ÁLVAREZ BELLO

#### DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

- Convención de Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales* ..... 113  
Ricardo SANDOVAL LÓPEZ

HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

*Los mitos del derecho “moderno-contemporáneo” en Grossi* ..... 127  
Hugo VILCHES FUENTES

TEORÍA DEL DERECHO

*Un intento de caracterización no ingenuo de la dogmática jurídica* ..... 137  
Hans MUNDACA ASSMUSSEN

II. CRÓNICA JURÍDICA

*Rectificaciones a un artículo sobre reproducción asistida* ..... 151  
Hernán CORRAL TALCIANI

Aclaraciones sobre el artículo que titulé “*De los efectos jurídicos que produce la técnica de reproducción asistida heteróloga*” y que se publicó en *Corpus Iuris Regionis*.

*Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* 5 (Iquique, 2005), pp. 13-36 ..... 155  
Hugo CÁRDENAS VILLARREAL

I.  
ESTUDIOS



# HISTORIA CONSTITUCIONAL



## RECONOCIMIENTO MAPU-CHE DE CHILE: TRATADO ANTE CONSTITUCIÓN

BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR\*  
Universidad de Sevilla

### RESUMEN

Tras la consumación de la independencia a efectos prácticos, la República de Chile fue reconocida por el Pueblo Mapu-Che mediante el Tratado de Tapihue de 1825 cuyo primer incumplimiento fue el registro en la Constitución chilena de una definición del territorio que ignoraba los términos de dicho acuerdo. Sustancialmente, el Tratado establecía una relación internacional confederativa entre Mapu y Chile. La ruptura definitiva por parte de Chile vino décadas después con la conquista de Mapu. En la actualidad, el derecho internacional de derechos humanos está planteándose el valor jurídico renovado de los Tratados pretéritos entre Estados y Pueblos Indígenas. La existencia del Tratado de Mapu con Chile de 1825 era bien conocida desde entonces, aun sin manejarse el texto. Solo muy recientemente se ha vuelto a publicar íntegro. Aun estando en castellano y no en mapudungun, aun siendo así unilateral, resulta de lo más elocuente para la imperiosa necesidad de revisión de toda una problemática.

Palabras Clave: Reformas Constitucionales – Territorio Chileno – Tratados con Pueblos Indígenas – Pueblo Mapuche – Comisiones de Verdad – Constitucionalismo Multicultural.

### SUMARIO

1. Una reforma constitucional. 2. Una constante constituyente. 3. Los Parlamentos de Mapu y sus Tratados hispanos. 4. Comisiones de estudios, informes oficiales e invocaciones de verdad para un nuevo trato: 4.1. Naciones Unidas; 4.2. República de Chile. 5. Reconocimiento de Mapu y desconocimiento de Chile. 6. Una declaración de derechos y un coro de voces.

### ABSTRACT

*Shortly after Chile achieved independence from Spain, the brand new Republic was recognized by the Mapu-Che Nation through the 1825 Treaty of Tapihue whose very first breach was committed by the Chilean constitutional description of the State territory. This description blatantly ignored the terms of reference established by the Treaty which essentially were both international and confederative. The final breach was perpetrated nearly six decades later via the military conquest of the Mapu-Che territory by Chile. Currently, human rights international law is tackling with the renewed binding value of past Treaties between States and Indigenous Peoples. The existence of the 1825 Treaty between Chile and the Mapu-Che Nation has been well known ever since, yet the telling document has been disregarded and was only recently reprinted in full. The text is truly helpful for the badly needed reassessment of the whole issue even if it is one-sided as written exclusively in Spanish, not in Mapudungun.*

*Key Words: Constitutional Reforms – Chile Territory – Treaties with Indigenous Peoples – Mapuche People – Truth Commissions – Multicultural Constitutionalism.*

\* Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, Universidad de Sevilla, clavero@us.es. Proyecto de investigación español SEJ2004-06696-C02-01.

*Kimnieel fij mapu mew tañi kimgen kvme felen kisugvnew felen xvr kvme mulen.  
Tufaci zugu ñi muleken mvleyem jamvwn ka xvr kvme nor felen kom pu  
reñmawke ce mew (...).*

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...).

Kom Mapu Fijke Az Tañi Az Mogealam  
*(Declaración Universal de Derechos Humanos)*<sup>1</sup>

## 1. UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

En octubre de 1991 la Presidencia de la República de Chile, conforme a un compromiso adquirido solemnemente por escrito durante la campaña electoral cerca de un par de años antes, presenta ante la Cámara de Diputados una propuesta de reforma constitucional con vistas al reconocimiento de la presencia indígena a dicho nivel fundamental del ordenamiento del Estado<sup>2</sup>. Comienza proponiéndose este añadido concesivo al mismísimo artículo primero de la Constitución: “El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena”. No es estrictamente un reconocimiento de derecho a un tal nivel normativo, pero representa una importante novedad para una República que guarda de tiempo el silencio constitucional más impasible sobre dicha presencia humana<sup>3</sup>.

A mediados de 1992, de este año emblemático para el asunto, la Cámara de Diputados aprueba por amplísima mayoría, casi unánimemente, la referida propuesta con un cambio en el orden de enunciación entre los factores cuya motivación no resulta solo de esmero gramatical, pues antepone la integridad de Nación: “El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la Nación chilena y velará por su desarrollo y su adecuada protección jurídica”. Ahí muere esta iniciativa de reforma constitucional. No tiene en cuanto tal curso ulterior. Se cruza una propuesta de ley para “protección, fomento y desarrollo de los indígenas” que se aprobaría al cabo de menos de un año<sup>4</sup>, como si entonces ya fuera superfluo algún reconocimiento constitucional o de un modo más propio, por menos concesivo, de derechos. Tras algún que otro intento fallido, se producirá finalmente en el Senado una iniciativa que

<sup>1</sup> La versión en mapudungun, como en muchas otras lenguas de la humanidad sin necesidad de que sean oficiales de los Estados (en Chile tan solo lo es el castellano o español), se ofrece en sitio de Naciones Unidas: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/aru.htm> Por cuanto vamos a ver, reténganse nos solo las expresiones de *libertad, justicia, paz, dignidad y derechos*, sino también la de *familia humana*. Debo consejo y asistencia para el abordaje de derecho indígena por esta área a José Aylwin en Temuco y a Víctor Toledo en Santiago. Historiador del derecho excepcional en Chile por interesarse como tal en la presencia indígena, Eric Eduardo Palma me ha ayudado con sus comentarios desde Santiago a perfilar posiciones. La responsabilidad por las mismas es desde luego en exclusiva mía. Cuido el registro de direcciones en Internet pues hay mucho material en línea y puesto que es buena vía de información, también de estudio o hasta, como constataremos, de ejercicio de democracia. Todas las direcciones han sido visitadas para última comprobación cuando concluyo el trabajo, a finales de octubre de 2006.

<sup>2</sup> TOLEDO LLANCAQUEO, VÍCTOR, *Trayectorias de una negación. La transición chilena y el compromiso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, 1989-2006*, Santiago, Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas, 2006, en línea: <http://www.politicaspUBLICAS.cl>, ofreciendo en anexo una colección de textos más nutrida de lo que aquí reflejo: “Jugando a las escondidas. Proyectos de reforma constitucional relativos a pueblos indígenas presentados por el ejecutivo y parlamentarios, 1991-2006”. Pues no soy ciudadano de Chile, no me permito más humor que el que transmite Víctor Toledo.

<sup>3</sup> Para información sobre la humanidad involucrada distinguiéndose entre pueblos, AYLWIN, JOSÉ (coordinador), *Los derechos de los pueblos indígenas*, Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, 2003.

<sup>4</sup> Puede encontrarse en el banco de la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://www.bcn.cl/portada.html>, al que cabe perfectamente acceder por el portal del Congreso mismo: <http://www.congreso.cl>.

en parte y tras algunas vicisitudes llegará al puerto de una aprobación parlamentaria. Estamos a mediados de 2000.

Se sigue siempre interesando al artículo primero constitucional tratándose ahora de agregarle el siguiente pronunciamiento: “El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena participación social en iguales términos que a los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena”. A principios de 2002 se aprueba por el pleno del Senado con cambios de redacción, tampoco inocentes, y la anteposición de una frase: “La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad”. Paralizado su curso parlamentario, al cabo de unos meses el gobierno propondrá otra fórmula que será rechazada por el Senado: “La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la existencia de etnias indígenas originarias, entre estas, la Mapuche, la Aimara, la Rapa Nui o Pascuense; las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán. Ellas constituyen parte esencial de las raíces de la Nación chilena. Es deber del Estado respetar su identidad y promover su cultura y tradiciones”.

La premisa ya parece invariable: “La Nación chilena es indivisible”, a lo cual enseguida se añadirá, con toda lógica, que además y ante todo “una”. El gobierno insiste con una nueva iniciativa a finales de marzo de 2005 separando oraciones y ampliando referencias. La premisa de unidad se destaca elevándose a un momento anterior del artículo primero mientras que el registro indígena permanece al final del mismo como agregado que no forma párrafo propio: “Intercálanse en el artículo 1º el siguiente inciso tercero nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto y quinto, a ser incisos cuarto, quinto y sexto, respectivamente: La Nación chilena es una e indivisible. Reemplázase el inciso final del artículo 1º por el siguiente: Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional”<sup>5</sup>. El Senado rechaza la propuesta a finales de mayo, pero con esto no se pone término a su trayectoria.

A principios de 2006 la misma propuesta se sustancia ante la Cámara de Diputados con un ligero retoque en la composición de párrafos. El pronunciamiento referente a indígenas no figura como parte del último inciso del artículo primero, el que comienza por la seguridad nacional y prosigue con la protección de la población y la familia, sino como apartado

---

<sup>5</sup> Para la debida ubicación, añadiendo la numeración de incisos o párrafos, he aquí el primer artículo de la Constitución a dichas alturas: “(1.) Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. (2.) La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (3.) El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. (4.) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. (5.) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. La Constitución al día puede encontrarse por supuesto en sitio oficial: <https://www.presidencia.cl/view/pop-up-nueva-constitucion-texto.asp>

distinto, formando él solo el último párrafo. De esta forma se someten a votación separada el pronunciamiento sobre la unidad indivisible de la Nación y ese otro referente a identidad indígena que estaba en el origen de todo este proceso. El 10 de enero de este año, 2006, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados aprueba por unanimidad un inciso: “La Nación chilena es una e indivisible”, y rechaza rotundamente, sin ningún voto a favor, el otro: “Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional”. A partir de este momento la reforma constitucional para el reconocimiento de la presencia indígena se contrae al pronunciamiento sobrevenido: “Intercálase en el artículo 1° de la Constitución Política de la República el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto y quinto a ser cuarto, quinto y sexto, respectivamente: La Nación chilena es una e indivisible”. Por el trámite de urgencia se remite al Senado el mismo día 10 de enero.

El Senado recibe la propuesta de la Cámara de Diputados, bajo el título ahora definitivamente extraño de “reforma constitucional sobre pueblos indígenas”, pasándola por trámite ordinario, “sin urgencia”, a la propia Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, donde el asunto permanece cuando escribo, en octubre de 2006. La única discusión habida por ahora en el Senado es la referente al trámite de urgencia que se retira. Quien me lea tiene forma fácil de ponerse al día sobre tan llamativo registro de la presencia indígena: “La Nación chilena es una e indivisible”<sup>6</sup>. El primer paso parlamentario ya había sido el de anteponer la integridad nacional al reconocimiento indígena. Con todos sus altibajos, el proceso guarda una lógica.

Es esto, registro indígena, dicha proclamación de unidad e indivisibilidad de Nación no solo porque así se siga llamando el trámite parlamentario. Tal es la forma de proceder a un reconocimiento a la que se muestra dispuesta Chile, la de no reconocer. Lo explica la información sobre el estado del procedimiento de esta reforma constitucional que ofrece la propia legislatura chilena: “El proyecto considera que la consagración constitucional de los Pueblos Indígenas, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales, implica no solo una consecuencia natural de integración de todos los sectores de la sociedad chilena, sino, sobre todo, un deber primordial con miles de chilenos que desean resguardar las raíces de nuestro pueblo”, nuestro por supuesto como lo no indígena de hoy junto a lo indígena de ayer.

## 2. UNA CONSTANTE CONSTITUYENTE

Puede entenderse que entre la Cámara de Diputados y el Senado se haya perdido la urgencia si se tiene en cuenta que no es otra la posición constitucional de Chile desde sus mismos orígenes como Estado independiente de la Monarquía española. Y lo es que se encuentra además a estas alturas bien asegurada por la Constitución tal y como está sin cambiarle ni una coma. Chile constitucionalmente no solo es que sea uno, sino que es encima unitario, tan indivisible que no admite ni tan siquiera posibilidad de autonomías territoriales, permitiendo descentralización tan solo y si acaso por delegación. Así categóricamente se

<sup>6</sup> El sitio del Senado mantiene buena información sobre trámites de proyectos. Conviene entrar en los links de la página relativa a esta reforma: <http://sil.senado.cl/pags/index.html> El detalle que sigue en el próximo párrafo figura en [http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/site/pry/fset1\\_4069-07.html](http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/site/pry/fset1_4069-07.html)

establece por los primeros párrafos del artículo tercero de la Constitución actual: “El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley”. Veamos en unos orígenes<sup>7</sup>.

En 1822 ya se procede al trazado de la geografía de Chile por Constitución, marcándose sustancialmente aquella a la que, tras algunos desplazamientos frente a Bolivia y Perú y con la salvedad de una agregación extracontinental como la de Rapa Nui o Pascua, se refiere tal principio de unidad indivisible: “El territorio de Chile conoce por límites naturales: al sur, el Cabo de Hornos; al norte, el despoblado de Atacama; al oriente, los Andes; al occidente, el mar Pacífico. Le pertenecen las islas del Archipiélago de Chiloé, las de la Mocha, las de Juan Fernández, la de Santa María y demás adyacentes” (art. 3). Y se identifica además una presencia: “Corresponde al Congreso: 6. Cuidar de la civilización de los indios del territorio” (art. 47). Se reconoce constitucionalmente que por dicha geografía, entre Atacama y Hornos, hay *indios* a fin de situárseles bajo el poder del Estado en dichos términos que resultan suspensivos de cualquier derecho. Han de someterse a *civilización*, a la pérdida de sus propias culturas y al abandono del control de sus territorios y recursos, antes de incorporarse al ejercicio de una *ciudadanía* en la que en principio se encuentran incluidos o de la que al menos no están explícitamente excluidos (tít. III, cap. II, “De los Ciudadanos”).

Es la primera y la última mención expresa de la presencia indígena en la historia de las Constituciones de Chile. Aparte la cancelación de este registro, que ya se produce en 1823 resultando así definitiva, la Constitución de 1828 trae la novedad de una especificación en la identificación de la geografía de la República: “Su territorio comprende de Norte a Sur, desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y de Oriente a Occidente, desde las Cordilleras de los Andes hasta el mar Pacífico, con las islas de Juan Fernández y demás adyacentes. Se divide en ocho Provincias, que son: Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé”. Es también la primera y la última vez que se procede a la enumeración constitucional de las provincias que conforman un mapa político. Puede entenderse. Si se compara la definición del territorio con la composición de sus piezas salta a la vista una falta de correspondencia. Las provincias conforman un territorio discontinuo, con amplios espacios no solo en los extremos, sino también por medio, sobre una geografía constitucional entonces tan fantasiosa entre Atacama y Hornos, el Pacífico y los Andes.

Una evidencia tan palmaria se evitará por una vía de lo más expeditiva a partir de la Constitución de 1833, la que ya regirá, con todas sus reformas, durante cerca de un siglo. La misma eleva a artículo primero, único del capítulo primero, “Del Territorio”, el trazado del mapa guardando silencio sobre la identificación de sus componentes: “El territorio de Chile se extiende desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y desde las cordilleras de los Andes hasta el mar Pacífico, comprendiendo el Archipiélago de Chiloé, todas las islas adyacentes, y las de Juan Fernández”. Sin nombres o apellidos de unas piezas ya no

---

<sup>7</sup> Utilizo una edición de Constituciones prácticamente oficial, como “obra publicada por acuerdo de las Honorables Comisiones de Policía Interior del Senado y de la Cámara de Diputados”: VALENCIA AVARIA, LUIS. *Anales de la República. Textos Constitucionales de Chile y Registro de los Ciudadanos que han integrado los Poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810* (1951), Santiago, Andrés Bello, 1986, ampliada hasta la Constitución de 1980 y la nómina de gobernantes y legisladores en la dictadura. Es la edición que utiliza la Biblioteca Nacional del Congreso para reproducciones de los textos históricos en internet. Para las citas de Constituciones históricas me atengo a la ortografía evidentemente actualizada de esta edición.

cabe apreciar la discordancia en la Constitución: “El territorio de la República se divide en provincias, las provincias en departamentos, los departamentos en subdelegaciones y las subdelegaciones en distritos” (art. 115).

De hecho Chile comenzaba definiendo su territorio constitucional porque no lo era efectivo y con el designio de que lo fuera. Por su misma denominación no se entendía coloquialmente por entonces la totalidad de aquella geografía. Al hablarse de Chile solía hacerse referencia poco más que a un territorio contiguo al alcance de Santiago junto, si acaso, a algunos enclaves por otras zonas a los que también llegaban una población y unas instituciones que comenzaban a identificarse de tal modo, como chilenas. “Supuesto que ya no dependemos de España, no debemos llamarnos españoles, sino chilenos”, establecía un decreto de mediados de 1818 que, como la misma prensa oficial en castellano donde se hacía público, no alcanzaba más allá de dichas latitudes discontinuas (*Gaceta Ministerial de Chile* de 2 de junio)<sup>8</sup>. Solo se dirigía a quienes manejaban esa lengua castellana de España, los *españoles*, no a los *indios* de los que viniera a acordarse luego una Constitución para suspenderles derechos por entenderles privados de *civilización*.

Abundan testimonios por entonces de una idea de Chile contraída a territorio entre santiaguino y discontinuo. Los hay oficiales sobre existencia de un Estado indígena independiente entre la zona nuclear y los enclaves sureños: “La plaza marítima de Valdivia está situada a ciento cuarenta leguas al sur del Bío-Bío, que forma los límites australes de Chile. El país intermedio comprende los cuatro Butalmapus, o provincias del Estado antiguo e inconquistado de Arauco” (*Gaceta Ministerial de Chile* de 23 de diciembre de 1820). Arauco procede de *Ragco*, con raíz de agua en mapudungun, la lengua de *Mapu*, “la Tierra”. Mapu-Che es su gente, pues esto es, gente o pueblo, lo que significa *Che*. He ahí, entre el Bío-Bío y Valdivia, un Estado independiente al que me voy a referir como Mapu, y a su población como Mapu-Che, aunque esto resulte bastante o incluso muy reduccionista. Para la cuestión constituyente que aquí afrontamos, no hay necesidad de que nos adentremos en la composición de sus mal llamadas “provincias”, los referidos, con transcripción castellanizada, Butalmapus, ni tampoco en la pluralidad misma de los pueblos Che. Ahí tenemos entonces un Estado de Nación como entidad bien distinta y además anterior a la que estaba de momento improvisándose como independiente bajo el nombre de Chile.

Si se sigue la prensa oficial de Chile verá esfumarse dicha constancia conforme la República se afirma. En 1823 tanto hay ley, el 10 de junio, disponiéndose por Chile de dominio indígena para su reducción a propiedad particular como también se tiene, el 27 de octubre, ley que, para la “redención de familias chilenas que estuvieran prisioneras” de indígenas, se sitúa en cambio en el escenario de existencia de frontera y de relaciones de carácter internacional con Mapu, sin dicha disposición por lo tanto de dominio indígena por parte de Chile. En los años consecutivos irá imponiéndose la primera sobre la segunda hasta llegar a hacerse exclusiva. A mediados de siglo una ley ofrece testimonio a un tiempo tanto

<sup>8</sup> Para las referencias normativas de estos primeros tiempos me ha ofrecido citas y pistas GAVILÁN, Víctor, *La República de Chile y los Mapuche 1810-1881*, en: *Actas del Primer Congreso Internacional de Historia Mapuche*, Siegen, Eigenverlag (autoedición en Conmemoración del Parlamento de Negrete de 1803), 2003, pp. 119-137; para las disposiciones se tienen las compilaciones de VARAS, José Antonio, *Colonización de Llanquihue, Valdivia i Arauco, o sea Colección de las Leyes i Decretos Supremos concernientes a esta materia, desde 1823 a 1871 inclusive*, Santiago, Imprenta de la República, 1872, y de ANGUITA, Ricardo, *Leyes Promulgadas en Chile desde 1810 hasta el 1.º de Junio de 1912*, vol. I, 1810-1854, Santiago, Imprenta Barcelona, 1912.

de la persistencia de la frontera con Mapu como de la determinación de Chile por cancelarla completamente.

Es de 2 de julio de 1852. Baste con recordar su artículo primero: “Establécese una nueva Provincia con el nombre de Arauco que comprenderá en su demarcación los territorios de indígenas situados al sur del río Bío-Bío i al norte de la provincia de Valdivia, i los departamentos o subdelegaciones de las provincias limítrofes que, a juicio del Presidente de la República, conviene al servicio publico agregar por ahora. Los departamentos o subdelegaciones completamente sujetos a las autoridades constitucionales, que por ahora formaren parte de esta nueva provincia, serán regidos por los mismos funcionarios i de la misma manera que las demás provincias del Estado. Los territorios habitados por indígenas i los fronterizos se sujetarán a las autoridades i al régimen que, atendidas sus circunstancias especiales, determine el Presidente de la República”. Ahí se define un designio entonces incierto<sup>9</sup>.

El 14 de marzo de 1853 un decreto lo que contempla es un escenario poco integrado constitucionalmente. Dispone que “toda compra de terrenos hecha a indígenas o de terrenos situados en territorios de indígenas debe verificarse con intervención del Intendente de Arauco i del Gobernador de Indígenas del territorio respectivo que el Intendente comisione especialmente para cada caso. La intervención del Intendente o del funcionario comisionado por él tendrá por objeto asegurarse de que el indígena que vende presta libremente su consentimiento, de que el terreno que vende le pertenece realmente i de que sea pagado i asegurado debidamente el pago del precio convenido”. Entre la intendencia regular y el comisionado especial, entre ley y decreto, no hay perspectivas incompatibles. La habilitación por ley a la Presidencia de la República para decidir el régimen de “los territorios habitados por indígenas... atendidas sus circunstancias especiales” permite el mantenimiento de un escenario institucional no caracterizado tanto por el concurso de las autoridades comunes o especiales del Estado que se reglamentaban como por la resistencia o el no acomodamiento de parte indígena que determinaban la especialidad misma. Mapu o Arauco, si era provincia, resultaba distinta, tanto que podía estar incluso al margen de las expectativas de transferencia de tierras<sup>10</sup>. Al margen de las instituciones constitucionales, la Presidencia de la República podía también legalmente recurrir a la práctica de Parlamentos que ahora veremos.

Lo decisivo es desde luego lo que sigue al cabo todavía de unas tres décadas, durante la primera mitad de los años ochenta, cuando Chile lleve a término la sangrienta conquista de Mapu y se empeñe en una política de reducción a concentraciones poblacionales y de expropiación masiva del territorio con concesiones limitadas de propiedad bajo título de merced como si no hubiera nunca habido derecho político ni dominical indígena<sup>11</sup>. La recuperación de las tierras o la reparación por el expolio es el asunto principal hoy incluso,

<sup>9</sup> AYLWIN, J., *Estudio sobre tierras indígenas en la Araucanía. Antecedentes históricos legislativos, 1850-1920*, Temuco, Universidad de La Frontera / Instituto de Estudios Indígenas, 1995 (se tiene en línea: [http://www.memoriachilena.cl/mchilena01/temas/documento\\_detalle.asp?id=MC0027515](http://www.memoriachilena.cl/mchilena01/temas/documento_detalle.asp?id=MC0027515)).

<sup>10</sup> ANKAÑ, José, *Historias de familias: Restitución de autoría, voces de independencia, memorial de una derrota, antecedentes para lo que vendrá*, en: GUEVARA, Tomás y (como recopilador efectivo) MAÑKELEF, Manuel (e informantes o más bien autores y autoras Mapu-Che). *Kiñe mufü trokiñche ñi piel. Historias de familias. Siglo XIX* (1912). Temuco, Liwen / Santiago, CoLibris, 2002, pp. 7-28.

<sup>11</sup> *Legislación indígena, tierras y pueblo mapuche*, volumen especial de CUHSO (*Cultura, Hombre y Sociedad*), Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco, 1999; VALENZUELA REYES, Mylène. *La política indígena del Estado chileno y la legislación mapuche*, Santiago, Universidad de Chile, 2002 (en línea: <http://www2.estudiosindigenas.cl/images/instituto.html>); TOLEDO LLANCAQUEO, V., *Pueblo Mapuche, Derechos Colectivos y Territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática*, Santiago, Chile Sustentable / Heinrich Böll Foundation, 2006 (también en línea entrándose por la dirección citada del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas).

como veremos, en relación a unos Tratados entre Chile y Mapu. Son estas piezas lo que ahora ante todo nos interesa, pues establecen los términos de partida no solo de una historia, sino también de un derecho, cuando la República de Chile se encontrara con la existencia para nada inesperada del Estado de Mapu o Arauco, *Ragco Mapu*.

He aquí algo que, encauzándose a través de Tratados, no podremos entender a cabalidad si no tomamos en consideración la perspectiva de la contraparte, la Mapu-Che. Difícilmente podré ni siquiera atisbarla cuando de su lengua, el mapudungun, apenas si conozco un par de vocablos, pero intentaré divisar alguna cosa a través de documentación en castellano y entre líneas<sup>12</sup>. Prosigamos.

### 3. LOS PARLAMENTOS DE MAPU Y SUS TRATADOS HISPANOS

Una pista nos ha ofrecido la segunda ley citada de 1823, la que, para redimir cautivos, contemplaba las relaciones entre Chile y Mapu en términos sustancialmente internacionales con la frontera reconocida del Bío-Bío por medio. Así era. Ahí estaba desde hacía un buen tiempo y aun seguirá por una buena temporada. Poco después, en 1825, se celebra un Parlamento General en Mapu con asistencia masiva de representantes indígenas y representación también de Chile en el que se llega al acuerdo de un Tratado. Es el Parlamento de Tapihue, el cual se desenvuelve en mapudungun, el que produjo un Tratado que se recoge por escrito en castellano<sup>13</sup>.

El Tratado entre Mapu y Chile resultante del Parlamento General de Tapihue de 1825 ofrece una imagen verdaderamente compleja, aparentemente doble, de las relaciones existentes y acordadas entre ambas entidades políticas. Se parte en todo caso de la constancia de una dualidad que ahora viene literalmente a hermanarse para formar entre “los nuevos hermanos”, mediante la “nueva hermandad”, una sola “gran familia chilena” (art. 1), con frontera que hacia el sur se declara que llega hasta “los últimos límites de la provincia de Chiloé” (art. 2), lo suficiente para comprender el mismo Mapu, aunque bien distante de hecho de la marca del Cabo de Hornos ya establecida por unas Constituciones de Chile que el Tratado justamente no toma en consideración. Lo de “últimos límites” venía a encubrir la fantasía de que la provincia sureña llegaba sin discontinuidades tan lejos. En virtud de Tratado y no de Constitución es como ahora se fijan unas fronteras, las meridionales, tanto de Chile como también, por lo que se ve, dentro de la República misma. Tratados fundan entonces. Comienzan por el trazado de la geografía política, algo nunca natural ni dado aun entre cordilleras, ríos y océanos.

La entidad en común resulta compuesta. Se acuerdan relaciones bajo supuestos que resultan internacionales. “Ultra Bío-Bío” es expresión de frontera (art. 8). El río la marca interior. Para su tránsito se necesita “pasaporte”, expedido por Mapu o por Chile según la procedencia (arts. 22 y 30). “Embajadores” o “correos” forman parte del personal que puede transitar con un régimen especial de protección por ambas partes (arts. 25 y 27). A otros

<sup>12</sup> HUIRIMILLA OYARZO, Juan Paulo, *Palimpsesto*, Temuco, Ñuke Mapuförlaget, 2001, por la idea que expresa el título de este libro de poemas Mapu-Che: la playa de Mapudungun está debajo del pavimento del castellano, nunca éste tan acabado ni tan firme como para no tener siempre calvas y fisuras.

<sup>13</sup> MARIMÁN QUEMENADO, Pablo (compilador), *Parlamento y Territorio Mapuche*, Concepción, Escaparate / Instituto de Estudios Indígenas, 2002, pp. 103-109 para el texto del Tratado de Tapihue de 1825 (el libro está en línea: [http://www2.estudiosindigenas.cl/images\\_public/territ.pdf](http://www2.estudiosindigenas.cl/images_public/territ.pdf)). A estas alturas, si no me equivoco, es la primera vez que vuelve a imprimirse, tomándose el texto del anexo segundo del volumen 439 de la Biblioteca Americana José Toribio Medina ([http://www.dibam.cl/biblioteca\\_nacional](http://www.dibam.cl/biblioteca_nacional)).

efectos, para presencias indeseadas, se prevé la práctica de la extradición en unos términos de reciprocidad que implica el reconocimiento de la jurisdicción penal de cada parte (arts. 9 y 18). Quienes, con la “línea divisoria” del Bío-Bío (arts. 20 y 22), pertenecen a una u otra entidad política, las que así no se funden en absoluto por estar hermanándose, resultan identificados por el Tratado del modo más neto. Aunque entre todos se forme “la gran familia chilena” y aun debiendo así todos los hermanos, “todos los que ecsisten entre ambas líneas” y especialmente ultra Bío Bío, recibir un trato “como a ciudadanos chilenos” (art. 2), *naturales* son unos y *chilenos* son los otros (arts. 17-19).

Chilenos, como Chile, es apelativo que corresponde a gente al norte del Bío-Bío o en la ciudad de Valdivia, no en rigor a la de Mapu o “la Tierra”. Entre sí son “hermanos”, formando “nueva familia”, se dice y repite. El mismo Tratado registra que van a tener un régimen en común, el de un “Supremo Gobierno” conforme al derecho que siente el “Soberano Constituyente” al que todos habrán de quedar “sugetos”, en una nueva Constitución por lo tanto (art. 5). He ahí la única soberanía expresa que comparece en el Tratado, ni de Chile en rigor ni de Mapu tampoco, sino común, aunque la supremacía de un gobierno que se entiende del primero comience por no responder a ello. Común es ante todo el acuerdo sustancialmente confederativo que se acepta con toda formalidad por parte indígena conforme a su propio derecho y procedimiento: “El Diputado de los naturales bajo la ceremonia más religiosa según sus ritos y costumbres jura unión y hermandad perpetua” (art. 4), una “amistad eterna” entre sí y con Chile que pasan a jurar a su vez “todos los Caciques” (art. 12), los lonkos en mapudungun. Un oficio de “Lengua General” mediará entre “los nuevos hermanos” para que puedan “entenderse y comunicarse” (arts. 13, 15 y 31). “¡Viva la Unión!”, no ¡Viva Chile! como tampoco ¡Viva la Tierra! o ¡Viva Mapu!, es el grito en común con el que se sella el Tratado (art. 33).

“Queda al arbitrio del Supremo Gobierno designar los tiempos en que a estos nuevos hermanos se haga un Parlamento general, mas ellos deberán concurrir en junta cuando el Gobierno para tratar de grandes negocios tenga a bien citarlos a dietas particulares”, es la previsión del artículo 29, la cual en todo caso no conduce al impulso de algún procedimiento de determinación constituyente con concurrencia de todas las partes mediante los oportunos Parlamentos y Tratados conforme a soberanía en común. Dicho de otro modo, a la luz de ese mismo artículo, nunca se produce dicho concreto “Parlamento General” tan singularizado que pudiera haberse entendido como Congreso Constituyente de una Confederación y que, según el Tratado, debiera haber sido convocado por la parte no indígena. Luego vamos a ver la base efectiva para el entendimiento confederativo por parte Mapu-Che. Por lo que a continuación ocurre, o más bien por lo que no ocurre, recordemos que no será por Constitución, sino mediante ley ordinaria, como se habilite a la Presidencia de la República de Chile con poderes discrecionales, con dicho “arbitrio”, para atender ese artículo 29 del Tratado con Mapu conforme al propio criterio de parte, no en conformidad con lo acordado según corresponde en la práctica internacional o también en la confederativa de Tratados.

La Constitución de Chile subsiguiente al Tratado con Mapu, la de 1828, no le hará honor ninguno, como tampoco la más decisiva, por duradera, de 1833. Por lo que hemos visto, ya sabemos que lo ignoran olímpicamente. Lo cual merece subrayarse. El Tratado del Parlamento de Tapihue representa un reconocimiento mutuo entre Mapu y Chile que el segundo, pues no el primero, desprecia y dilapida. Y no cabe decir que fuera por ignorancia de lo que pudiera implicar un recurso que se hubiera improvisado. Los Parlamentos en

mapudungun y sus Tratados en castellano venían presidiendo notoriamente las relaciones entre parte indígena de Mapu y parte hispana de Chile desde tiempos coloniales, concretamente desde mediados del siglo XVII. Y la práctica de Parlamentos o, con sentido más amplio y formal de reconocimiento mutuo, de *Koyagtun* era anterior en Mapu a la presencia hispana. Constituía una pieza clave de su sistema político. La visión española, al producirse la incorporación, había comenzado por singularizar la institución de los Parlamentos al escindirlos de su contexto comprensivo de unas prácticas sociales de tal alcance político<sup>14</sup>.

La sociedad de Mapu se organizaba mediante relaciones familiares latas y expansivas a partir de comunidades de carácter no local, sino de ese otro carácter, pues su mismo hábitat era disperso, no concentrado en localidades. No conocía jerarquías políticas ni poderes centrales. La práctica de lo que los españoles llamarían Parlamentos Generales, con asistencia multitudinaria de autoridades comunitarias, era una de las principales formas de reproducción de unos vínculos confederativos que, frente a la misma presencia hispana, se demostraron sólidos y eficaces. Ante la evidencia de que no contaban con gobierno común de las comunidades ni siquiera a escala local, la parte de procedencia europea nunca entendió su habilidad de organización política ni su capacidad de resistencia militar. A lo más que llegaron unos cronistas hispanos, intentando comprender, es a parangonar Mapu americano con el Flandes europeo, no menos resistente frente a la Monarquía española sobre bases también de orden confederativo, aunque no tan radical<sup>15</sup>. El caso es que, no consiguiendo conquistar Mapu y optando entonces por la capitulación, la parte hispana se aviene a incorporarse a la práctica de lo que llamaron Parlamentos. Desde la perspectiva indígena venía a integrarse en el orden confederativo como una parte más en aquel orden de relaciones multilaterales ahora de indígenas y no indígenas, no solo bilaterales entre unos y otros<sup>16</sup>.

En su incomprensión de una práctica, por parte de la Monarquía española se formó la idea de una relación bilateral mediante Tratados que, si no resultaban en todo equivalentes a los que se contraían entre entidades políticas de Europa, era por plantearse y desenvolverse, según su visión, en un pie de desigualdad. Pertenecen en todo caso a la misma categoría de un instrumento jurídico para la que no se dejaba de distinguir entre clases<sup>17</sup>. Las actas en castellano de la celebración de los Parlamentos a los que concurren representantes de la

<sup>14</sup> BENGOA, José, *Historia de los Antiguos Mapuches del Sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín. Siglos XVI y XVII* (1985), Santiago, Catalonia, 2003, permitiendo esta conclusión aunque no llegue a ella.

<sup>15</sup> ROSALES, Diego de, *Historia General de Chile. Flandes Indiano* (1674), cuya primera edición impresa es la de Benjamín Vicuña Mackenna, Santiago, Imprenta del Mercurio, 1877-1878, la cual se encuentra ahora disponible en la red: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0005271.pdf>. De ahí toma el concepto LÁZARO ÁVILA, Carlos, *Las fronteras de América y los Flandes Indianos*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1997, buen recordatorio de paso de lo discontinuo y desigual que fue en general el dominio español frente a ilusiones de entonces y también de ahora, tanto hispanas como criollas: RESTALL, Matthew, *Los siete mitos de la conquista española*, Barcelona, Paidós, 2004.

<sup>16</sup> BENGOA, J., *Historia de los Antiguos Mapuches del Sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín. Siglos XVI y XVII*, pp. 159-170. Aun sin llegar tampoco a la idea de confederación mediante Parlamentos o ni siquiera a la consideración como tales de los Tratados, ha venido José Bengoa evolucionando hacia una apreciación de la consistencia y capacidad de la organización política Mapu-Che bastante superior a lo habitual tanto en la historiografía como en la antropología.

<sup>17</sup> Es sabido que el Tratado de 1641 o más bien el texto resumido que transmite un cronista se recoge por ABREU y BERTODANO, Joseph Antotio de, *Colección de los Tratados de Paz, Alianza, Neutralidad, Garantía, Protección, Tregua, Mediación, Acesión, Reglamento de Límites, Comercio, Navegación. Hechos por los Pueblos, Reyes y Príncipes de España, con los Pueblos, Reyes, Príncipes, Repúblicas, y Demás Potencias de Europa y Otras Partes del Mundo*, etc., cuyos volúmenes se publican entre 1740 y 1752 y de los que hay ahora edición en CD-Rom: ANDRÉS GALLEGO, José (cuidador), *Tratados Internacionales de España*, CD II, 1700-1902, Madrid, Fundación Tavera, 2000.

Monarquía, que fueron al menos una treintena entre mediados del XVII y principios del XIX, reflejan dicha posición singular con todas las dificultades de la afluencia multilateral<sup>18</sup>.

Unas actas las encabeza el texto en castellano presentado por parte de la Monarquía como si el mismo ya fuese el Tratado y ningún otro asunto hubiera de ventilarse por una asamblea. Según las mismas, preside y, en último término, resuelve la representación de la Monarquía, como si la práctica ya fuera criatura suya<sup>19</sup>. Suelen las actas proseguir con registro de las intervenciones de los centenares de autoridades comunitarias durante varios días como si tan solo se refirieran al texto español en términos además cansinamente aprobatorios, cuando no laudatorios y agradecidos. No deja de constar que, como todo se desarrolla en mapudungun, media un “Comisario de Naciones y Lengua General” que presta fe de las traducciones simultáneas para la presentación del texto y para las intervenciones en la asamblea, no para el registro de las actas en castellano. De lo más expresivas son las del Parlamento de Negrete de 1803, el último colonial, importante de por sí pues representa el estado del derecho de las relaciones entre Mapu y Chile antes de la independencia, el vigente por tanto para la parte indígena hasta los acuerdos del Parlamento General de Tapihue en 1825<sup>20</sup>.

El texto de la propuesta que las actas españolas toman sin más como Tratado, el de Negrete de 1803, resulta en cuanto tal extraño por el lenguaje político que pone en juego. Resalta que por parte de “la Tierra” se reconoce “la soberanía” de la Monarquía española prestándosele “vasallaje” como si tal fuera la clave de las relaciones, además tan solo entre dos partes, “ambas naciones”, la americana y la europea, presidiendo siempre esta en la persona del representante del Monarca. La multilateralidad confederativa desaparece de las actas. A otros supuestos respondería la misma celebración de la asamblea. Habla la parte no indígena en 1803: “Que este Parlamento haga época en los tiempos más remotos a vuestra posteridad, como un fundamento invariable de todos sus tratados y de la protección de nuestro Soberano a que os haréis acreedores por vuestra subordinación y obediencia”. Existe ya también el lenguaje de distinción de “los naturales” como “hermanos” de los no indígenas, pero su valor palidece bajo el peso de la soberanía y el vasallaje, la subordinación y la obediencia.

Para la parte que no conocía ni autoridades superiores ni jerarquías políticas se trataba de pronunciamientos perfectamente sin sentido. No había palabras en mapudungun para traducir soberanía ni vasallaje, como tampoco subordinación ni obediencia en la significación política del caso, y esto desde luego no porque aquejase a esta lengua alguna limitación, sino porque no se tenía la necesidad. Lo extraño era al fin y al cabo un concepto como el de la soberanía con sus implicaciones y no que se careciera del mismo. El Comisario de Naciones y Lengua General podría ahorrarse hasta la perífrasis. No tenía sentido el intento.

<sup>18</sup> LEÓN, Leonardo, *El Parlamento de Tapihue, 1774*, cuaderno de *Nütram: conversación – palabra – historia*, 32, 1993 (en línea: [http://www2.estudiosindigenas.cl/images/\\_publ/MC0000975.pdf](http://www2.estudiosindigenas.cl/images/_publ/MC0000975.pdf)). Para un estudio de Parlamentos hasta 1825: [http://users.skynet.be/reino-del-mapu/tratados\\_en\\_chile.htm](http://users.skynet.be/reino-del-mapu/tratados_en_chile.htm).

<sup>19</sup> Perspectiva que aún se revitaliza en la academia cuando viene a considerarse seriamente el asunto: LEVAGGI, Abelardo, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>20</sup> MARIMÁN QUEMENADO, P. (compilador). *Parlamento y Territorio Mapuche*, pp. 87-101; LEVAGGI, A., *Tratado hispano-mapuche de Negrete de 1803*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2004), pp. 553-559; más completa, por incluir la integridad de las actas conservadas, resulta la edición del primero, que es la que además se ofrece en internet: <http://www.mapuche.info/mapuint/ParlaNeg020400.html>.

De hecho, aquel tipo de lenguaje, no digo todo el instrumento, no se dirigía a contraparte indígena, sino a congéneres coloniales. Aquella Monarquía lo que intentaba era preconstituir pruebas de imperio frente a las potencias coloniales europeas que no reconocían la investidura pontificia como título de dominio, lo que era particularmente entonces el caso de Gran Bretaña. A este público y no al Mapu miraba el lenguaje soberanista de aquel presunto Tratado, el del texto en castellano<sup>21</sup>.

Las actas por su parte prosiguen como si las intervenciones o “parlas” indígenas solo se produjeran para la aprobación del texto en castellano. Ya comenzaban por confundir la naturaleza de este mismo documento, el que constituía base y objetivo de la asamblea tan solo para la parte hispana. Hay intercambios de obsequios y otros actos ceremoniales a los que no se les confiere por las actas mayor significación frente a toda la evidencia de su valor político por entonces. No solo la lengua era lenguaje<sup>22</sup>.

El Tratado consiste por supuesto en lo que se acuerda oralmente en mapudungun y se traduce del mismo modo, de forma oral, por el Comisario de Naciones como Lengua General o por sus lenguas particulares, los intérpretes durante la asamblea. Esto constaba en Mapu como también a las autoridades coloniales. Se ignora por los archivos en castellano y por la historiografía que ni siquiera se plantea la conveniencia del manejo del mapudungun. Entre líneas se tiene algo en las mismas actas hispanas.

El texto del Tratado del Parlamento de Tapihue, el de 1825 con Chile, resulta todavía más elocuente por sí mismo y, sobre todo, por contraste con el precedente de 1803. Su lenguaje político es otro. Refleja un fondo de pie formal de igualdad ausente u opaca en unas actas coloniales. Parece encontrarse mucho más cercano a lo que previsiblemente se expresara y acordase en mapudungun. El vínculo político básico, el constituyente, es de “perpetua hermandad” en el seno de una “gran familia chilena”, como ya sabemos, lo cual se haría bien en no entender como concesión a quienes carecerían de otras categorías o, menos aún, como huera licencia retórica. Era expresión de fondo de todo un orden confederativo que pudiera realmente compartirse entre indígenas y no indígenas. Tampoco parece que proceda entenderse la categoría de ciudadanía de la Constitución siguiente, la de 1828, o de la más definitiva de 1833 como algo superior en la que pudiera subrogarse la de hermandad del Tratado de 1825<sup>23</sup>. Como ahora, tras lo que acabamos de ver, podrá mejor apreciarse, resulta más bien lo inverso. La perspectiva confederativa de unos Tratados presentaba una capacidad desconocida para la posición estatal de las Constituciones. En Mapu se tenía la mejor constancia de la potencialidad, como se tendrá la peor de la cancelación. Se sufrió realmente en carne propia.

La práctica de los Parlamentos entre Mapu y Chile no se agota en Tapihue. Las Constituciones no bastan para cancelar unos Tratados. La habilitación vista de la ley de 2 de

<sup>21</sup> Ya se ha hecho ver respecto al famoso requerimiento de tiempo antes, que se dirigía a indígenas en lengua europea invocándose el título pontificio para brindarles religión y amenazarles con guerra, y otros actos en apariencia absurdos para una perspectiva actual: SEED, Patricia, *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

<sup>22</sup> Compárese, por su apreciación para otros casos, WILLIAMS, Robert JR., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Oxford University Press, 1997.

<sup>23</sup> Ninguna de dichas Constituciones tiene un capítulo “De los Ciudadanos” como el referido de 1822, pero no dejan de identificar la ciudadanía en el “De los Chilenos” (caps. II y IV respectivamente), sin expresión ninguna de exclusión ni inclusión indígenas. Una disposición de la de 1833 excluye implícitamente al Mapu, pero no en los términos que debiera, como ciudadanía distinta por confederada mediante Tratado (art. 9: “Nadie podrá gozar del derecho de sufragio sin estar inscrito en el registro de electores de la Municipalidad a que pertenezca...”, institución que ahí no existía).

julio de 1853 a la Presidencia de la República para que, “atendidas sus circunstancias especiales” (las de “los territorios habitados por indígenas”), actúe a su discreción ofrece también cobertura para la prosecución de la práctica de los Parlamentos ya prevista en el mismo Tratado de 1825. El hecho es que se mantiene<sup>24</sup>. A lo largo del XIX sus manifestaciones evolucionan en una línea de reposición de los términos coloniales con lenguaje ahora estatal. Hay intentos de celebrarlos incluso tras la derrota militar de Mapu, a mediados de los años ochenta, ahora para que los supervivientes aceptasen una política de reducción a poblaciones con abandono del hábitat disperso para el expolio del territorio y su entrega a colonos europeos<sup>25</sup>. Entre dichos amagos ya por supuesto no se encuentra término que pudiera proceder del mapudungun. Pese a quienes pese, perezcan cuantos y cuantas perezcan, la República de Chile definitivamente opta por ser un país europeo en geografía americana<sup>26</sup>.

Es la fase desde luego decisiva, pero de la que ya he dicho que aquí no nos interesa tanto en sí como en cuanto quiebra de relación de Tratado. Estamos contemplando un reconocimiento mutuo y más en particular el de Chile por parte de Mapu, el que acaba dilapidándose y no precisamente por responsabilidad Che<sup>27</sup>.

#### 4. COMISIONES DE ESTUDIOS, INFORMES OFICIALES E INVOCACIONES DE VERDAD PARA UN NUEVO TRATO

El reconocimiento mediante Tratado por Mapu, junto a la posterior ruptura unilateral del arreglo por parte de Chile, no es un asunto, porque se signifique, singular, sino más bien al contrario. Estamos ante la historia usual de la defraudación de acuerdos con Pueblos indígenas por Imperios coloniales y Estados constitucionales no solo en América, sino también a lo largo y ancho de otros continentes. Se trata de un asunto internacional por partida doble. En primer lugar, porque como tal se plantea entre las partes, según hemos visto entre Mapu y Chile. En segundo lugar, porque su expansión lo es, encontrándose el caso bastante generalizado en el seno de la humanidad desde tiempos coloniales. En los que ya vienen a ser de descolonización, Naciones Unidas afronta el asunto. Y habrá de hacerlo Chile. Veamos.

<sup>24</sup> Aun sin entenderla como confederativa, PINTO RODRÍGUEZ, Jorge, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión* (2000), Santiago, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos / Centro de Investigación Diego Barros Arana, 2003 (esta segunda edición ampliada se encuentra en línea: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0027516.pdf>), p. 80: “En realidad, los parlamentos nunca fueron abandonados;... a partir del de Tapihue de 1825, parecen haber recobrado la importancia que habían tenido en los años previos al conflicto” de la independencia.

<sup>25</sup> Evidencia también de todo ello ofrece BENGUA, J., *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX* (1985), Santiago, Lom, 2000. Para perspectivas distintas sobre la otra vertiente de los Andes, BRIONES, Claudia y CARRASCO, Morita, *Pacta sunt servanda. Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2000; LEVAGGI, A., *Paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina. Siglos XVI-XIX*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 2000, pp. 167-560.

<sup>26</sup> BLANCPAIN, Jean Pierre, *Immigration et nationalisme au Chili, 1810-1925. Un pays à l'écoute de l'Europe*, París, L'Harmattan, 2005.

<sup>27</sup> Mientras escribo, el 26 de octubre de 2006, me llega un mensaje electrónico de la abogada Ana María Olivera: “Por este tratado (el de Tantauco, de 1826, entre los ejércitos español y chileno), el Estado de Chile se comprometía a respetar los derechos sobre bienes legítimamente adquiridos por los habitantes del territorio de Chiloé durante la Corona, este tratado no fue respetado por el Estado de Chile, ya que en el año 1900 se inscribieron las tierras williche a nombre del Fisco dándoles el tradicional trato de tierras de nadie. El proceso posterior es predecible, ventas, adjudicaciones en favor de particulares, empresas forestales y arrinconamiento territorial para los poseedores williche, etc. El Tratado es también un fuerte respaldo que surge del derecho internacional para las demandas de restitución y reparación de la organización williche”. Sobre esto veremos ahora.

4.1. *Naciones Unidas*. Naciones Unidas es una organización de Estados, pero que a estas alturas contiene en su seno foros donde se hacen presentes otros colectivos humanos, por ejemplo los indígenas. Su presencia hoy es notable, aunque muy desigual, en el ámbito de los organismos internacionales y del propio derecho internacional<sup>28</sup>. He ahí ante todo, en el ámbito de Naciones Unidas, un específico Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas que estuvo encargándose desde hace un cuarto de siglo, por mandato de la Comisión (hoy Consejo) de Derechos Humanos, de la preparación en particular de lo que finalmente se ha presentado como una Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y, más en general, de los debates y estudios pertinentes para la elucidación del asunto. Entre ellos no ha faltado uno dedicado a los Tratados, en el cual, aunque lo cierto es que se le presta una mínima, por no decir mísera, atención al área latinoamericana, no deja de registrarse el caso significado de Mapu<sup>29</sup>.

Se nos introduce asegurándose que los acuerdos resultantes de los Parlamentos de Mapu son Tratados a pesar de que un tratamiento académico de carácter “estado-céntrico” venga a negarle esa categoría por su “naturaleza colonial” en el contexto hispano de dominio impuesto y no de acuerdo concertado. Pues saldríamos entonces de lo que suele entenderse por colonialismo en América, que solo sería el europeo, no se toma cuenta de la existencia de Tratados de Mapu con Chile tras la independencia. Mediante los Parlamentos, como “conferencias de paz” entre “naciones”, es solo España la que habría reconocido “la soberanía y la independencia” de Mapu, pero nada se nos participa acerca de que Chile celebrase Tratados equivalentes, merezcan esa valoración o alguna más matizada. Si la situación se mantuvo durante parte del siglo XIX, se nos dice que fue por prolongarse el estado de cosas sentado por el último Parlamento colonial, el de 1803. Se relata también cómo se liquida dicha situación por parte de Chile a través de la guerra y el expolio, pero en esto ya no entra problema alguno de ruptura de Tratado que habría sido con la colonia y no con el Estado, no con Chile<sup>30</sup>.

“El origen, causas y desarrollo de estos instrumentos jurídicos (los de Parlamentos de Mapu) podría compararse *prima facie* y desde ciertos puntos de vista, a los de ciertos tratados indígenas en los territorios británicos y franceses de Norteamérica”, esto es, a otros casos “coloniales”, pues no se hace referencia al supuesto, en el que el propio estudio se extiende, de los *Indian Treaties* o Tratados Indios de los Estados Unidos<sup>31</sup>. La responsabilidad aplicable al caso de Chile recaería así solo en Europa: “Al establecer unas relaciones jurídicas formales con los pueblos de ultramar, las partes europeas se daban cuenta cabal de que estaban negociando y entablando relaciones contractuales con naciones soberanas, con todas las implicaciones legales que tenía ese término”, bien que “los nuevos arribantes trataron de despojar a los pueblos indígenas de sus atributos soberanos, en particular de la jurisdicción sobre sus tierras,

<sup>28</sup> Para ubicarse respecto a los mismos materiales que siguen, ANAYA, S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta (Madrid, 2005), que es traducción puesta al día.

<sup>29</sup> MARTÍNEZ, Miguel Alfonso, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (ahora, transitoriamente en tanto que se reorganiza toda el área del Consejo de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos). *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas*, 1992-1996, en línea: <http://www.unhcr.ch/indigenous/treaties.htm>, entrada del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ofreciendo links a sus cuatro larga entregas.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ, M.A., *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Tercer informe* (1996), parágrafos 25 y 145-170.

<sup>31</sup> Para registro cumplido de edición posterior o, para el informe final, simultánea, DELORIA, Vine Jr. y DEMALLIE, Raymond J. (editores), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions, 1775-1979*, Norman, (University of Oklahoma Press, 1999).

del reconocimiento de sus diversas formas de organización social y de sus estatutos como sujetos de derecho internacional”<sup>32</sup>. ¿Dónde queda entonces para Chile el compromiso contraído mediante Tratados y la responsabilidad subsiguiente por su ruptura? Queda incógnito, pues ni siquiera se ha registrado el supuesto<sup>33</sup>. Unas conclusiones apreciativas del valor jurídico actual de estos instrumentos, incluso de los procedentes de tiempos coloniales, difícilmente le serían aplicables<sup>34</sup>.

Existe otro informe sobre derechos indígenas procedente de instancias de Naciones Unidas referido específicamente a Chile. La Comisión de Derechos Humanos tiene hoy entre sus oficinas de relatores especiales una que se documenta e informa sobre “los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. En 2003 rinde visita a Chile y el informe subsiguiente. El asunto de los Tratados no escapa a su atención, aun no utilizándose el término en momento alguno. Figura en un apartado de “Antecedentes históricos y contexto: Hacia un nuevo trato para los pueblos originarios”. He aquí la entrada: “Varios intentos de los españoles por someter a los mapuches fracasaron, y a lo largo de diversos acuerdos –Parlamentos– la Corona reconoció la independencia de estos pueblos, respetando su soberanía territorial al sur del río Biobío que resultó ser una auténtica pero porosa frontera entre dos sociedades, dos culturas. Durante la primera mitad del siglo XIX la República Chilena mantuvo la misma relación con la nación mapuche, sin embargo, poco a poco las incursiones chilenas en la región fueron debilitando la soberanía indígena y generando diversos conflictos”. Eso es todo. Mirándose con sensibilidad hacia un futuro de necesario nuevo trato, pero sin consideración de título de derecho que pudiera venir del pasado por razón tan consistente como la de Tratados reiterados por las partes en presencia y quebrados por una de ellas, a la cuestión no se regresa ni para conclusiones ni para recomendaciones<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> MARTÍNEZ, M.A., *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Informe Final* (1999), párrafos 109-112; y véase también la nota 36 por la tendencia elusiva que acusa: “En febrero de 1998 las autoridades mapuches de la actual provincia chilena de Cautín presentaron solemnemente al Relator Especial importante documentación relativa a cierto número de esos parlamentos. Hasta junio de 1998 solo se ha podido realizar un examen inicial de esa documentación”, lo que se dice en el informe de cierre. Ha vuelto al asunto sin acordarse de ese pendiente, entre otras ocasiones en 2003: MARTÍNEZ, M.A., *Documento de Trabajo preparado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos encargado del Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas*, en línea: <http://www.unhchr.ch/indigenous/treaties/E2003-92S.pdf>. Tampoco se plantea la revisión más general de sus posiciones que suponen escasa la práctica de Tratados por el colonialismo hispano ante evidencias como las masivas aportadas, aparte lecturas, por Abelardo Levaggi.

<sup>33</sup> Ante la misma insatisfacción provocada por el *Estudio sobre los Tratados* y no solo por proseguirse el trabajo, están sucediéndose seminarios por iniciativa o con los auspicios del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; así, <http://www.unhchr.ch/indigenous/treaties.htm>, que es el sitio ya citado como vía de entrada al propio *Estudio*; KUPE, René y POTZ, Richard (editores), *Law and Anthropology. International Yearbook for Legal Anthropology*, 12, 2004, *Indigenous Peoples, Constitutional States and Treaties or other Constructive Arrangements between Indigenous Peoples and States*; en el primero, el más oficial, se le prestó atención al caso Mapu-Che: IBARRA, Mario, *Algunas reflexiones y notas a propósito de algunos tratados, en este momento no reconocidos, firmados entre potencias coloniales o Estados actuales y pueblos indígenas*, en línea por dicha misma entrada de la oficina del Alto Comisionado: <http://www.unhchr.ch/indigenous/ibarra-BP13.doc>.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ, M.A., *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Informe Final*, párrafo 271: “El Relator Especial considera que, en efecto, esos instrumentos (los tratados y otros instrumentos jurídicos concertados por colonizadores europeos y sus sucesores con naciones indígenas) mantienen su valor original y siguen siendo plenamente vigentes y, por consiguiente, son fuente de derechos y obligaciones para todas sus partes originales –o sus sucesores– que deberán respetar su disposición de buena fe”.

<sup>35</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo, *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. Misión a Chile*, 2003, apartado II, (en línea: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/170/94/PDF/G0317094.pdf?OpenElement>). Es relator directamente de la Comisión (hoy Consejo) de Derechos Humanos, a nivel superior por tanto. Luego me referiré al detalle, pues no media obligación, de la respuesta oficial del gobierno chileno.

4.2. *República de Chile*. A principios de 2001 se forma en Chile, por encargo presidencial, una Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato que rinde su informe poco tiempo después, a finales de 2003. Verdad de historia y novedad de relación se refiere a indígenas en exclusiva enfrentando el reto de superar mentira establecida y viejo trato<sup>36</sup>. Es informe respecto a indígenas y para con indígenas, de Comisión constituida para indagar en la historia de las relaciones de Chile con los Pueblos indígenas y para proponer los términos de una nueva política, para que así procediera, además de a indagaciones, a recomendaciones conforme a sus resultados. Ambos objetivos se consideran cubiertos al cabo de tres años. Entonces se hace entrega de un cumplido y dilatado Informe General y, por el funcionamiento de diversos grupos de estudios y la formulación de algunos votos particulares, de varios informes más. Veamos lo que refiera al Mapu y sus Tratados.

El abordaje de los Parlamentos por parte del Informe General comienza por perfilar un escenario que les resulta bastante halagüeño: “Toda la institucionalidad surgida en la frontera, desde el siglo XVI en adelante, es una institucionalidad gestada en ese espacio a partir del diálogo entre los actores; y en este sentido, entonces, el mapuche no habría sido nunca un objeto de conquista, sino al contrario, un sujeto que resiste la guerra, y que después de ganarla, muestra una inmensa capacidad de diálogo en la consecución de acuerdos que le permitan vivir pacíficamente”, concretándose enseguida al asunto: “Tradicionalmente se ha entendido el parlamento como una estructura sociopolítica implantada por la corona española, y que, por lo tanto, supone un mecanismo de aculturación y subordinación de los mapuches hacia los españoles. Sin embargo, un análisis diferente, podría liberar al parlamento de esta perspectiva unidireccional, considerando el carácter interactivo de todo contacto interétnico”, por lo cual puede comprenderse su relevancia actual: “Las organizaciones indígenas mapuches han asumido con mucha fuerza la importancia de los Parlamentos, como fuente de legitimación de sus demandas territoriales y culturales”<sup>37</sup>.

En ello se abunda añadiéndose precisiones. “Si bien es cierto que en estos tratados (entre los siglos XVI y XVII) los mapuches debieron asumir múltiples obligaciones, los parlamentos coincidieron en reconocer la frontera en el Bío-Bío, la que ninguno podía cruzar sin el permiso del otro, diferenciando así los territorios y jurisdicciones de ambos pueblos. Se trataría entonces de un tratado internacional entre naciones soberanas”, enfoque que “en los últimos años ha sido apoyado por distintas instancias nacionales como internacionales”. Ante esto, el Informe General se apresura a asegurar que en Chile tales Tratados no conservan valor jurídico alguno, concediéndose tan solo que “debieran ser tomados en cuenta como un antecedente de la mayor importancia frente a situaciones de controversia contemporánea”<sup>38</sup>. A

<sup>36</sup> En la práctica comparada de Comisiones de Verdad (véanse ROTBERG, Robert I. y THOMPSON, Dennis editors, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton, Princeton University Press, 2000; HAYNER, Priscilla B., *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, Nueva York, Routledge, 2002; y el sitio *Alertanet. Derecho y Sociedad*: <http://alertanet.org/verdad.html>), esta Comisión chilena, no mirando solo a regímenes o episodios racistas o dictatoriales próximos, realmente se singulariza hasta el punto de que no viene a recibir de momento la consideración debida: PHELPS, Teresa Godwin, *Shattered Voices: Language, Violence, and the Work of Truth Commissions*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2004. Ninguna de estas publicaciones deja naturalmente de considerar la otra Comisión de Verdad en Chile, la referida a la dictadura, la Comisión de Verdad y Reconciliación que rindió informe en 1991. Hay sitio oficial chileno de derechos humanos que incluye este informe y no aquel, no el referido a indígenas: <http://www.ddhh.gov.cl>.

<sup>37</sup> *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, 2003, que se tiene completo en internet: <http://www.serindigena.org/territorios/recursos/biblioteca/monografias/historia>, Informe General, vol. I, pp. 363-366, con notas de citas y hasta debates, a lo que iré luego con distintas referencias.

<sup>38</sup> *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, p. 366 dicha, con referencia, respecto al valor actual de los Tratados, “nacional” al Aukiñ Wallmapu Ngulam (Consejo de Todas las Tierras; para noticia:

efectos de unas evidentes reservas, lo más significativo parece ser que no se entre prácticamente para nada en Tratados del siglo XIX, ni en el último colonial, el de 1803, ni, menos aún, en el de 1825 y sucesivos ya celebrados entre Mapu y la República de Chile. Aún así, se señala, sin referencia a Tratados, una continuidad: “Se mantienen las mismas relaciones fronterizas del período colonial, el mismo sistema de administración y también un ejército de fronteras de características similares al colonial”<sup>39</sup>.

El Parlamento de 1825 aparece sorpresivamente, pues no lo hecho antes, en las Recomendaciones: “Entre el río Bío-Bío y el río Cruces se mantiene un reconocimiento genérico de la propiedad indígena sustentado en la ocupación ancestral y que, al igual que en el período colonial, quedó establecido en un parlamento adoptado en la localidad de Tapihue en 1825”, añadiéndose ahora en nota expresivas citas literales de su Tratado que van bastante más allá, por sus implicaciones constituyentes, del “reconocimiento genérico de la propiedad”. Pero, aún teniéndosele ante la vista, de tal vertiente principal del Tratado, la que importa, pues le retan, al constitucionalismo chileno, no se dice nada. En esto las Recomendaciones guardan coherencia con el Informe. Es la cuestión de la propiedad la que preocupa a las mismas. El derecho indígena se califica como consuetudinario aseverándose que la Ley Indígena, la de 1993 con sus reformas, solo lo subordina a “los derechos fundamentales”. La formulación adviene en un contexto que, con toda la contradicción, lo supedita a ley tanto en general como, respecto a propiedad, muy en particular: “La Comisión constata que el derecho consuetudinario se encuentra acogido de diversas formas en nuestro ordenamiento jurídico (*secundum, praeter y contra legem*) con el solo límite del respeto a los derechos fundamentales (vid. Ley Indígena). Esto –en particular– deja fuera del derecho consuetudinario indígena el derecho penal sustantivo y las regulaciones de la propiedad (ambos garantizados por el principio de legalidad)”. No deje de observarse que los Tratados ya no comparecen pese a haberseles referido a propiedad<sup>40</sup>.

En las Recomendaciones se le dedica un apartado especial al caso de las tierras de Mapu afrontando el asunto sensible del expolio: “Es opinión de la Comisión que deben generarse mecanismos de reparación y, en lo posible, de restitución de las tierras mapuches cuando, en conformidad a los antecedentes, hubiere mérito para ello”. Siguen no solo constancias, sino también cautelas: “La Comisión adquirió la convicción que esos mecanismos y circunstancias (de adjudicación de tierras indígenas a no indígenas) fueron en muchos casos ilegales, y no fueron detenidos en su momento por la falta de acceso a la justicia de los afectados y por las

<http://www.xs4all.nl/%7Erehue/art/jmar2.html> e “internacional” al *Estudio sobre los Tratados* de Naciones Unidas, bien que sin dejar de añadir que en este se matiza: “El estudio de Miguel Alfonso Martínez muestra sin embargo las diferencias importantes que hubo entre los tratados firmados por la Corona Británica y los acuerdos en Parlamentos y otras formas de reconocimiento que realizó la Corona Española y Portuguesa. Es por ello que muchos tratados en Canadá y Estados Unidos tienen vigencia legal y, en cambio, en América Latina la situación adquiere una mayor complejidad”, sin ofrecerse mayor aclaración.

<sup>39</sup> En el *Informe General*, en su parte sustantiva (ahora veremos *Recomendaciones*) al Parlamento de Negrete de 1803 solo se alude, sin otra consideración que la de dicha continuidad, por un par de notas (vol. I, p. 364, n. 41, y p. 381, n. 70). De los Tratados con Chile no hay trazas por dicha parte sustancial.

<sup>40</sup> *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, *Recomendaciones*, pp. 603 y 642. Y conviene o compulsar el par de pronunciamientos pertinentes de la Ley Indígena, ninguno de ellos en los referidos términos de limitación única por “derechos fundamentales”; sobre cultura, en art. 7: “El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público”; sobre costumbre, en art. 54: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”.

barreras culturales que les impedían tutelar debidamente sus derechos e incluso comprender las transgresiones de que eran víctimas. Las profundas diferencias culturales operaron en este caso como obstáculos para que los propósitos perseguidos por la titulación se cumplieran a cabalidad. Esas diferencias culturales y la privación de los integrantes de los Pueblos Indígenas, fueron usadas como ventajas ilegítimas –bajo la ley entonces vigente– por sujetos plenamente integrados. No se le escapa a la Comisión que esas situaciones –reprochables en su origen– han sido saneadas, desde el punto de vista del sistema legal, por la prescripción”. Así se absuelve quienes se aprovecharon y aprovechan del expolio<sup>41</sup>.

Queda para la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato la responsabilidad más colectivizada y difusa del Estado sin que a dicho propósito hagan ya nunca los Tratados acto de comparecencia entre las piezas del Informe General y sus Recomendaciones. A efectos concretos de posibilidad de reparación, la responsabilidad solo juega para casos que, por una vía no judicial, sino administrativa de un carácter especial y temporal, pudieran probarse ilegítimos conforme al derecho de entonces y no respecto al mismo despojo por conquista y a la expropiación por legislación de colonización. Lo segundo resulta que ampara y sana a lo primero<sup>42</sup>. En el juego de la misma lógica, la Comisión acepta que la República de Chile ha cometido genocidio, pero solo de cara a unos pueblos australes completamente extinguidos, no a quienes, por contar con sobrevivientes, pudieran tener título a reparación y devolución<sup>43</sup>.

Los comisionados Mapu-Che emiten reporte particular que se incluye entre los anexos del Informe General. Su visión es distinta respecto tanto a los Tratados históricos como al derecho actual y a la vinculación entre lo uno y lo otro en lo que interesa a la tierra: “Los Tratados o Parlamentos cubrían los derechos territoriales que actualmente reivindican las comunidades Mapuche. Los Derechos de tierras y territorios fueron reconocidos y ratificados a partir de los Tratados, como instrumentos jurídicos que reconocían dominio, soberanía y

<sup>41</sup> *Recomendaciones*, pp. 641-648: *Respuestas y recomendaciones relativas a la situación de las tierras mapuches*. Soy testigo presencial de la reacción primaria de incrédula sorpresa de personas de procedencia chileno-alemana criadas en los Estados Unidos ante la maleducada revelación de que sus ancestros fueron a poblar un territorio recién despojado a sangre y fuego, haciéndose cómplices de un despojo y no titulares de un derecho al aceptar una cuota del botín. Luego me referiré a literatura jurídica actual poniendo en cuestión unos títulos en sí y para la misma efectividad de unas reparaciones.

<sup>42</sup> *Respuestas y recomendaciones relativas a la situación de las tierras mapuches*, p. 646: “La Comisión ha alcanzado la convicción que pesa sobre el Estado de Chile –y sobre toda la comunidad política– un deber de reparación en aquellos casos en los que se acredite que en las sucesivas transferencias de propiedad hubo defectos procedimentales que a la luz de la ley entonces vigente resultaban ilegítimos. Esta no es una reparación jurisdiccional, sino una reparación que debe ser alcanzada mediante mecanismos administrativos”, pasando a concretar esta propuesta de reducción a ámbito interno y sustracción del asunto a justicia que pudiera poner en cuestión cobertura histórica, no previsiblemente la chilena, pero sí la de unas jurisdicciones internacionales hoy abiertas y accesibles (MACKAY, Fergus, *Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2002; THORNBERRY, Patrick, *Indigenous peoples and human rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; ROLDÁN, Roque, *Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*, Quito, Abya Yala, 2004; ANAYA, S.J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*).

<sup>43</sup> *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, pp. 525-579, “Los Pueblos Indígenas del Extremo Sur”; *Recomendaciones*, p. 584, refiriéndose a consecuencias para el presente acreditadas por el Informe General sobre la verdad histórica respecto a indígenas: “reducción territorial, fragmentación social, pérdida patrimonial, pérdida de vigencia de sus sistemas normativos propios, pérdida de sus idiomas por políticas de castellanización forzosa, y hasta la muerte y desaparición de Pueblos Indígenas enteros como los Aónikenk y Selkman, que fueron objeto de un verdadero genocidio”, prescindiéndose con ello de que la tipificación de este delito por el derecho internacional de derechos humanos también alcanza a dichas otras políticas que no llegan a la completa extinción física; p. 619, “Propuestas y Recomendaciones relativas a los Pueblos Extintos”, la única entonces, bajo tales supuestos, imaginable de que “la comunidad nacional debe honrar la memoria” para que “nunca más tengan lugar hechos” tales.

governabilidad, y se efectuaban en base al principio del consentimiento libre e informado de las partes; la bilateralidad constituía la condición esencial para su legitimidad y exigibilidad de las partes que las convenían”. Con esto, la visión sobre la responsabilidad del Estado y el derecho a la reparación ha de ser también forzosamente otra, más contundente por más rigurosa. Un principio general puede entonces sustentarse: “La celebración de los Tratados representa la primera fuente del reconocimiento jurídico del derecho a la libre determinación”<sup>44</sup>.

Entre los anexos del Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato aparece uno extensísimo que se dice “autónomo” de una Comisión de Trabajo Mapuche con tratamiento dilatado del capítulo de tierras ofreciendo noticia de Parlamentos, inclusive del último colonial de 1803 y del celebrado con Chile en 1825, aquel sobre el cual guarda en cambio silencio el Informe General en su parte sustantiva, y resaltándose además su significación histórica como base de partida de las relaciones institucionales entre Mapu y la República. La información es abundante, pero en momento alguno se adentra en la construcción jurídica del caso mismo del título a la tierra ni a otro efecto a partir de la evidencia de los Tratados, y esto pese a que se dedica también un largo capítulo a los fundamentos del derecho Mapu-Che. Para el extremo que estamos considerando, lo más interesante me parece el contraste entre Informes, el general y los particulares<sup>45</sup>.

Todo parece indicar que la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato ha tenido ante su vista la evidencia bien palpable de la significación constitucional o, mejor, internacional del Tratado de Tapihue de 1825 entre Mapu y Chile y ha preferido, por así decirlo, mirar hacia otro lado, lo que resulta al fin y al cabo congruente con sus posiciones sobre el derecho a la tierra y a la reparación<sup>46</sup>. Así y todo, la información oficial de Chile no solo es que rehuya las recomendaciones, sino que llega incluso a hurtar el testimonio al cabo bien elocuente de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato<sup>47</sup>. En el contexto que se nos va poniendo de manifiesto, que disguste oficialmente puede ser por desgracia hasta un buen signo. Si el gobierno chileno ha hecho uso, es hasta ahora como coartada para intentar blindarse del escrutinio internacional de derechos humanos en lo que toca a indígenas<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Bibliografía y Anexos* vol. I, 8 pp. (la paginación de estas piezas es propia y no corrida): *Posición y recomendaciones de los comisionados José Llanquarín Calfucura, Aucan Huilcaman Paillama y Galvarino Reiman Huilcaman, sobre el Informe de Verdad y Nuevo Trato*, apartado 4: “Los Tratados, la Soberanía y los Derechos Territoriales del Pueblo Mapuche”. Menos rigurosamente, sin atender las salvedades respecto a Latinoamérica en general y al Mapu en particular, el voto particular alega al propósito la conclusión vista del *Estudio sobre los Tratados* de Naciones Unidas sobre su valor normativo en la actualidad.

<sup>45</sup> Para ulteriores comentarios, hay introducción en el archivo de publicaciones del Centro de Documentación Mapuche Ñuque Mapu: <http://www.mapuche.info>.

<sup>46</sup> *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. II, tomos II y III, *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cap. II: “Territorios y Tierras Mapuche”; cap. III: “Fundamentos y Manifestaciones del Derecho Mapuche”.

<sup>47</sup> Ya está advertido respecto al sitio gubernamental de derechos humanos (<http://www.ddhh.gov.cl>); si se tiene tiempo para perder, invito a rastrear el asunto por la buena información oficial de Chile en internet o también por ese sitio concreto. Conforme a recomendaciones de la Comisión de Verdad y Reconciliación, la que tratara de los crímenes de la dictadura, se creó en 1992 una Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación cuya consideración como tal, en sus aspectos específicos, al caso Mapu-Che, caso de “personas de origen mapuche” en su nada inocente perfrasis, fue tan nimia que puede decirse prácticamente nula: [http://www.ddhh.gov.cl/DDHH\\_informes\\_cnir.html](http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_informes_cnir.html). Confróntese MORALES URRRA, Roberto, *Cultura Mapuche y Represión en Dictadura*, en *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 3, 1999, pp. 81-108 (en línea: <http://www.humanidades.uach.cl/revsociales.htm>). Luego me refiero al tracto de legislación represiva de la dictadura de cara al Mapu.

<sup>48</sup> TOLEDO LLANCAQUEO, V., *Panorama de las políticas públicas y derechos indígenas en Chile: Hechos y procesos claves del año 2004*, en el sitio citado del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas. En 2005 se produjo la respuesta oficial ya aludida al *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas en Chile*, alegándose, como logro propio de gobierno, la labor de la Comisión de

## 5. RECONOCIMIENTO DE MAPU Y DESCONOCIMIENTO DE CHILE

Durante los últimos años, bastante intensamente durante las dos décadas finales del pasado siglo XX y con importantes novedades en sus mismas postrimerías, se ha producido un notable proceso de reconocimientos constitucionales de la presencia indígena por parte de los Estados a lo ancho y largo de Latinoamérica<sup>49</sup>. Chile hoy precisamente se singulariza por la resistencia que hemos contemplado al principio. Se da por hecho que tal, el constitucional de Estado, es el reconocimiento procedente e incluso bastante. Sin embargo, de seguirse el tracto jurídico de la construcción de los Estados de América en el tiempo, la primera cuestión que comparece no es la de su reconocimiento de unos pueblos, sino la inversa, la del consentimiento de estos, sus condiciones y garantías. El problema no es solo entonces que los Estados ni se lo plantearan por aquel tiempo, sino que hoy, por este tiempo, el asunto ni se vea. Forma la ceguera de la presente estrecha pareja con la invisibilidad del pasado. La cuestión del reconocimiento por parte indígena sencillamente no existe para el mundo oficial de la política, no digamos del derecho, ni para el oficioso de la academia. En Chile se cultiva distancia y olvido con verdadero esmero tanto historiográfico como jurídico<sup>50</sup>. Pues consta la humanidad a la que nos referimos, llevo en momentos a hablar en unos términos completamente prosopopéyicos de Chile como de Mapu.

Hay en Chile y sobre Chile una arraigada tradición de historiografía sobre la construcción del Estado y la formación de ciudadanía contemplándose en marcha resuelta desde el mismo arranque de la independencia hacia principios del siglo XIX y no haciéndose ver, entre alardes de desprecio olímpico por la presencia indígena, ni siquiera que el contingente así protagonista, además de sobrevenido, constituía de entrada una minoría, en casos además ausente, a lo largo y ancho de la geografía presuntamente chilena<sup>51</sup>. La evidencia no puede ocultarse sin más por supuesto. Hoy cobra auge una historiografía que se dice sobre la frontera, como si tal lo fuera todo Mapu. Por ella no habría más presencia humana activa que la de un mestizaje ya chileno, tal y como si la humanidad Mapu-Che, por absorción, incapacidad o extinción completa, pues todo esto se presume, no estuviera ni siquiera en unos términos de interacción con presencias sobrevenidas<sup>52</sup>. En la historiografía, es esta, la menos apreciativa de la entidad de la presencia indígena cuando se digna contemplarla, la tendencia más beligerante en nombre de una ciencia rendida en realidad a la política<sup>53</sup>. Si las evidencias

---

Verdad Histórica y Nuevo Trato cuyas mismas recomendaciones viene ignorando. No hay que decir que, aunque el Informe pudiera dar pie, no hay en la respuesta la más mínima alusión a Tratados con indígenas. Puede verse, junto con otra documentación que, porque no me ocupe ahora, no deja de guardar relevancia, en el sitio de dicho Centro de Políticas Públicas: [http://www.politicaspUBLICAS.cl/expedientechile/panel\\_expedientechile.html](http://www.politicaspUBLICAS.cl/expedientechile/panel_expedientechile.html).

<sup>49</sup> CLAVERO, B., *Retablo Constitucional de Derecho Indígena: Ecuador, Venezuela, Bolivia, México*, en línea: <http://alojamientos.us.es/derecho/clavero/retablo.pdf>.

<sup>50</sup> Para información sobre excepciones también historiográficas, RICHARD, Nicolás (editor), *Movimiento de campo. En torno a cuatro fronteras de la antropología chilena*, Guatemala, Instituto Centroamericano de Prospectiva e Investigación, 2003. Puede añadirse el *Portavoz Antropológico*, sitio de la Escuela de Antropología de la Facultad de Artes, Humanidades y Ciencia Sociales de la Universidad Católica de Temuco: <http://www.uct.cl/portavozantropologico>.

<sup>51</sup> Véase ahora un fuerte refuerzo exterior, ya póstumo, bien expresivo de todo ello: COLLIER, Simon, *Chile. La Construcción de una República, 1830-1865. Políticas e Ideas* (2003), Santiago, Universidad Católica de Chile, 2005, *mapuche* como voz casi vacía en el índice de materias. Representa la prosecución de su *Ideas y política de la independencia chilena, 1808-1833* (1967), Santiago, Andrés Bello, 1977 (previsto en línea: [http://www.dibam.cl/biblioteca\\_nacional/noticias.asp?sh=1&id=1414](http://www.dibam.cl/biblioteca_nacional/noticias.asp?sh=1&id=1414)).

<sup>52</sup> VILLALOBOS, Sergio, *Vida fronteriza en la Araucanía: El mito de la guerra del Arauco*, Santiago, Andrés Bello, 1995; LEÓN, L., HERRERA, Patricio, PARENTINI, Luis Carlos y VILLALOBOS, S., *Araucanía: La Frontera Mestiza, Siglo XIX*, Universidad Católica Silva Henríquez, 2003.

<sup>53</sup> Para indicios de ocultamiento de datos, BENGHA, J., *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*, p. 207, en

de la historia efectivamente transcurrida abonan el derecho del pueblo Mapu-Che, he ahí que están al quite para neutralizarlas los prejuicios generados y reproducidos por los silencios y las manipulaciones de una historiografía académica<sup>54</sup>.

Se viene también en Chile a acercamientos más apreciativos de la actividad indígena interesando a la construcción del Estado y a la formación de la ciudadanía, pero sin que nada de esto conduzca a su reposición en los términos de interacción entre pueblos o naciones que entonces, al menos de momento para la historia, corresponde<sup>55</sup>. Con el registro de la existencia mantenida de Parlamentos y Tratados, ya hay incluso una literatura académica de historia Mapu-Che en tiempos de Chile, bien que sin acercarse a la apreciación del valor constituyente en común de dicho género de prácticas e instrumentos y su concreto desempeño por Mapu<sup>56</sup>. Para el derecho, una literatura jurídica de presente muy inclinada a extender su mirada al pasado sigue sencillamente empeñándose en ignorar sin más la existencia y el alcance de tales Tratados para la formación histórica de Chile, no digamos ya acerca de su potencial valor para hoy. Están fuera de juego para el derecho incluso cuando se les registra en su propia historia<sup>57</sup>, ya no digo en la más general o menos especializada. La invisibilidad es la pauta incluso cuando los acontecimientos y sus consecuencias se tienen bien a la vista. Por esto hacen falta Comisiones de Verdad<sup>58</sup>. Importando neurálgicamente a derechos, el pasado resulta demasiado importante para dejarlo confiado por entero en manos de especialistas, sean de historia, de antropología o hasta del mismo derecho<sup>59</sup>.

---

nota. Añádase GÓMEZ ALCORTA, Alfredo, *La rebelión mapuche de 1834-1835. El Estado-Nación chileno versus el enemigo bárbaro. Antecedentes para la desmitificación historiográfica de la 'frontera pacífica'*, Temuco, Nuke Mapuförlaget, 2003. Y puede verse en línea un debate sobre posiciones de S. Villalobos en el archivo de *Artículos Mapuche* de la Fundación Rehue: <http://www.xs4all.nl/%7Erehue>, así como en la Net Mapu: <http://www.mapuche.cl/documentos/mapuches/repvilla.htm>. La obra de Sergio Villalobos recuerdo que se distinguió con el Premio Nacional de Historia en un año tan emblemático para América y significativo en Chile, esto por la reciente recuperación de la democracia, como el de 1992.

<sup>54</sup> Sobre narrativas históricas que producen y solapan derecho constituyente de parte para todo el conjunto, indígenas inclusive, UITZ, Renáta, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005, con tratamiento de casos, como el de Canadá, que pueden interesar comparativamente a Chile.

<sup>55</sup> SALAZAR Gabriel y PINTO, Julio (directores), *Historia Contemporánea de Chile*, Santiago, Lom, 1999-2002; especialmente vol. I, SALAZAR, G., MANCILLA, Arturo y DURÁN, Carlos, *Estado, Legitimidad, Ciudadanía*, y vol. II, PINTO, J., CANDINA, Azun y LIRA, Robinson, *Actores, Identidad y Movimiento*, con capítulo este sobre "Las etnias indígenas", en estos términos.

<sup>56</sup> BENGUA, J., *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*; PINTO RODRÍGUEZ, J., *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión*; HERNÁNDEZ, Isabel, *Autonomía o ciudadanía incompleta: El pueblo mapuche en Chile y Argentina*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003 (en línea en el sitio de la CEPAL: <http://www.eclac.org/publicaciones>); VERGARA, Jorge Iván, *La herencia colonial del Leviatán. El Estado y los mapuche-huilliches, 1750-1881*, Iquique, Instituto de Estudios Andinos, 2005.

<sup>57</sup> Por el mérito de no eludir el asunto, calificando además el Mapu como Estado y Tapihue como Tratado, queda sintomáticamente fuera de contexto tanto histórico como sobre todo jurídico de una cultura no solo académica el registro de PALMA G., Eric Eduardo, *Historia del Derecho Chileno, 1808-1924*, Santiago, Orión, 2005, pp. 125-129.

<sup>58</sup> CLAVERO, B., *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias, Ayer y Hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002, afrontando el efecto de invisibilidad. Para la visualización incluso de genocidio, aunque referido tan solo como ya he recordado a pueblos completamente extintos sin derecho así a reparación, se tiene ahora el testimonio del *Informe General* de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, ese que el propio Gobierno que lo encargara hemos visto que está intentando invisibilizar. La imagen poco favorecida que, por invisibilizar a indígenas, ha podido aquí ofrecerse de la Comisión de Verdad y Reconciliación no hace desde luego justicia a su labor. Desde España además, donde llanamente se rehuyó la verificación a la salida de su dictadura, no puede impartirse lección ninguna.

<sup>59</sup> Para ilustración de una práctica de suplantación de voces, por superposición autoritaria de la académica, que suele ser solapada y en este caso es flagrante, sin reparo ni disimulo: FOERSTER G., Rolf, *El tratado de paz de 1793. Una aproximación a la gramática de la memoria mapuche-huilliche*, en *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 2, 1998, pp. 59-68 (en línea ya citada).

Si volvemos a mirar las Constituciones de Chile durante el siglo XIX, lo que se amaga y cancela resulta tanto o más significativo que lo que se mantiene. Esto segundo es la definición entonces fantasiosa del territorio. Lo primero es el mandato de civilización y la identificación de las provincias. Que estas dejaran de identificarse en la Constitución, para no ponerse en evidencia la discontinuidad del dominio efectivo de Chile, no cancelaba designio ninguno de expansión y conquista, pues esto era lo que se mantenía en la definición del territorio<sup>60</sup>. Que dejara enseguida de formularse el proyecto civilizatorio en la Constitución misma (recordemos la efímera de 1822: “Cuidar de la civilización de los indios del territorio”) tampoco produce cancelación ninguna salvo la de una evidencia que quiere pasar también a encubrirse con el silencio constitucional. Esto mismo del encubrimiento es lo que sigue al cabo significando el actual acuerdo parlamentario sobre la forma peculiar de reconocimiento constitucional de la presencia indígena en Chile: “La Nación chilena es una e indivisible”.

La continuidad de fondo entre las formulaciones constitucionales es superior desde luego de lo que se manifiesta. El cuidado de “la civilización de los indios” y la preocupación porque “la Nación chilena” sea “una e indivisible”, en vez de plural y articulada, son extremos que se hilan con el cordón verdaderamente umbilical de lo que suele hoy llamarse el supremacismo cultural, aquel que comienza por considerar a otras culturas como incapaces de responsabilizarse de sí mismas y, sobre todo, de sus recursos. Civilizar es forzar a un abandono no solo de cultura propia, sino también del manejo de los propios recursos, comenzando por la tierra. El régimen visto de tutela para su transferencia resultaba un signo más. Para la parte que se entiende a sí misma como agente de civilización, tal supremacismo es lo que da sentido a las aparentes contradicciones entre las Constituciones de Chile y los Parlamentos de Mapu. Los Tratados con el segundo se entienden por el primero expedientes de tránsito en tanto que no se está en condiciones para el asalto que le otorgue el gobierno y los recursos del territorio. Por esto Chile nunca cancela durante el siglo XIX el artículo constitucional que define una geografía por entonces ilusoria entre Hornos y Atacama<sup>61</sup>.

Chile nunca confirió entonces a los Tratados con indígenas el sentido de un acuerdo entre naciones en pie formal de igualdad ni nada que se le acercara o pareciera. A efectos constitucionales, es cosa que no cabe en las mentes de Chile. Pese a que en el Parlamento General de Tapihue se contempla un “Soberano Constituyente” en común, las Constituciones siguen produciéndose a espaldas de Mapu por Congreso o Parlamento exclusivo de Chile. El mismo artículo 29 del Tratado, aquel que podía haber dado paso al Congreso Constituyente de la Confederación, resultaba en castellano de una ambigüedad elocuente. Pero todo esto no dice nada respecto al valor de derecho de los Tratados de Chile con Mapu o de Mapu con Chile comenzándose por el de 1825. Había otra parte entre cuyas perspectivas ni siquiera parece que entrase la Constitución en común y esto, no por ignorar sus virtudes, sino por entender que bastaban las superiores de la relación más puramente confederativa mediante Tratado.

<sup>60</sup> Existía la técnica constitucional del *territorio* bajo gobierno federal como régimen transitorio, mientras que prevaleciese la presencia indígena, antes de formarse *estado* interior, lo que puede explicar el predicamento del federalismo en América (CLAVERO, B., *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection, 2005), pero Chile precisamente lo rechazaba, como lo rechaza, para lo malo como para lo bueno, ayer como hoy.

<sup>61</sup> Por todo lo visto, creo que la visión expresada por el subtítulo, que fuera título en la primera edición, de PINTO RODRÍGUEZ, J., *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión*, podría reformularse como entre formas distintas de *inclusión excluyente* o *exclusión incluyente*; comparativamente, de una más a otra menos digna, por no decir de menos a más inhumana.

Nunca se olvide esto tan elemental de que tales instrumentos son por su propia naturaleza cosas de dos o de más de dos, documentos como mínimo bilaterales. Multilateral era la práctica confederativa Mapu-Che. Extrayendo la lógica consecuencia, el entendimiento unilateral de Chile resulta por completo indiferente para la entidad jurídica del Tratado, lo mismo que ocurriría si se mirase en absoluta exclusividad la perspectiva Mapu-Che<sup>62</sup>. El propio texto de parte en castellano tiene por supuesto un doble valor, el demostrativo de la existencia del Tratado y el indiciario de su contenido, pero no más. No hace falta conocer el mapudungun, aunque sería preferible por supuesto, en orden a extraer entre líneas lo que es verdaderamente acuerdo entre las partes y no posición de una sola. Sirve la lógica si no es desde luego la de un sesgo supremacista, esta que viene impidiendo la simple inteligencia, ya no digo el respeto<sup>63</sup>.

El desconocimiento por parte de Chile es, como ya nos consta, no menos doble como mínimo, el académico en general y el jurídico en particular, alcanzando este no solo a gobierno y parlamento, sino también a la justicia. Ambos encierran significación política. Buena parte de la academia constituye hoy en Chile el ámbito más refractario a la toma en consideración de la historia propia en su integridad y del derecho ajeno en su actualidad<sup>64</sup>. Representa el estrato de aparatosa cultura que puede sostener expeditivas políticas como, con sus secuelas de todo orden, la de negativa constitucional a cualquier reconocimiento salvo el de la proclamación de la unidad e indivisibilidad de una Nación para la que lo indígena es el pasado, heroico incluso si se quiere, pero periclitado<sup>65</sup>. De algo tan elemental como una presencia constante necesita realmente la academia, en especial la de historia y la de derecho, el recordatorio<sup>66</sup>.

Sin mayores problemas de cara al establecimiento académico ni siquiera del campo del derecho y con escaso cuestionamiento en el mundo igualmente no indígena de la política oficial, hoy todavía prosigue un proceso de expropiación de tierra en Mapu con recursos bien eficaces al efecto como el de la legislación pretendidamente antiterrorista de tiempos de

<sup>62</sup> Como el punto debiera ser elemental y no lo es, invito a un repaso de todo el arco científico y político de la literatura académica sobre estos Tratados con toda su diversidad, de la historiografía a la antropología pasando por el derecho, de Abelardo Levaggi a Rolf Foerster por ejemplo, para comprobarse hasta qué extremo realmente no lo resulta. Es la posición desde la que se tiene sin más por inconsistente para el pasado y para el presente la perspectiva de parte Mapu-Che sobre el valor de los Tratados siempre que desde luego no sea la que generosamente les presta la academia misma.

<sup>63</sup> Para todo ello, con ilustraciones de otras latitudes, CLAVERO, B., *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

<sup>64</sup> MORALES URRUTIA, R., (compilador), *Universidad y Derechos Indígenas*, Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, 1997 (en línea: [http://www2.estudiosindigenas.cl/images/\\_publ/universidad.pdf](http://www2.estudiosindigenas.cl/images/_publ/universidad.pdf)), para excepciones confirmando la regla.

<sup>65</sup> CASANOVA G., Holdenis, *Entre la ideología y la realidad: La inclusión de los mapuches en la nación chilena, 1810-1830*, en *Revista de Historia Indígena*, Departamento de Ciencias Históricas, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, 4, 2000, pp. 9-48; GALLARDO PORRAS, Viviana, *Héroes indómitos, bárbaros y ciudadanos chilenos: El discurso sobre el indio en la formación de la identidad nacional*, también en la *Revista de Historia Indígena*, 5, 2001, pp. 119-134 (se encuentra la misma en línea: [http://www.uchile.cl/facultades/filosofia/publicaciones/revista\\_indigena/electronica/index.html](http://www.uchile.cl/facultades/filosofia/publicaciones/revista_indigena/electronica/index.html)). Como indagaciones sólidas de base, JARA, Álvaro, *Guerra y Sociedad en Chile. La transformación de la guerra de Arauco y la esclavitud de los indios* (1961, en francés), Santiago, Editorial Universitaria, 1971 (en línea: [http://www.memoriachilena.cl/mchilena01/temas/documento\\_detalle.asp?id=MC0009041](http://www.memoriachilena.cl/mchilena01/temas/documento_detalle.asp?id=MC0009041)), la edición, con nuevo prólogo, de 1981); BOCCARA, Guillaume, *Guerre et ethnogenèse mapuche dans le Chili colonial. L'invention du soi*, París, L'Harmattan, 1999.

<sup>66</sup> HERRERA LARA, Ricardo H., *La Construcción Histórica de la Araucanía: Desde la Historiografía Oficial a las Imágenes Culturales y Dominación Política*, en *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 7, 2003, pp. 29-40 (en línea ya citada). Para sesión de trabajo que precisó del recordatorio en casa propia de derecho: [http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2006/julio/derechos\\_indigenas\\_ley\\_antiterrorista.htm](http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2006/julio/derechos_indigenas_ley_antiterrorista.htm)

dictadura que se mantiene en vigor para aplicarse, por lo que ha resultado, a la resistencia civil Mapu-Che<sup>67</sup>. Es este un episodio en el curso de la historia que comenzara por la declaración sobre civilización de 1822 y el consiguiente entendimiento supremacista mal solapado del Tratado de 1825. Por la otra parte, la Mapu-Che, también puede haber continuidad. El derecho a la tierra frente al expolio habido puede perfectamente fundarse en dicho Tratado de 1825. El propio reclamo de reparación se refuerza con este título<sup>68</sup>. Hay derecho histórico de Mapu anterior al que pudiera reconocerse a Chile como Estado desde la independencia, según Chile mismo al fin y al cabo, de mala gana por supuesto, vino a reconocer mediante tal Tratado<sup>69</sup>.

Como hemos visto, durante la última década y media, entre 1991 y 2006, Chile se plantea reconocer en vez de plantearse ser reconocido. Quiere mantener Constitución exclusiva en el lugar de Tratado no excluyente, llámesele a este también Constitución en común. Chile sigue sin querer reconocer que no se ha fundado históricamente mediante Constituciones, sino por Tratados, y con Tratados que pueden conservar un valor jurídico, quiero decir normativo en sus términos de multilateralidad, pues la quiebra unilateral no basta para eliminar del mapa esta clase de instrumentos. En Chile, como en general desde luego por las más diversas latitudes de América, el Tratado ha representado Constitución mientras que la Constitución ha sido quiebra de Tratado. La justicia entonces requiere no solo reparación de daños y perjuicios, sino también recuperación de relaciones y mecanismos, del pie formal de igualdad entre naciones o pueblos en último término, por muy desiguales que de hecho hoy sean entre sí<sup>70</sup>.

Chile se resiste incluso al simple reconocimiento constitucional de una presencia en mayor medida que otros Estados de Latinoamérica porque, con la ignorancia voluntaria y todo, tiene ante la vista las evidencias más a la contra de su propia posición de Estado, tales como los Tratados. Chile no aprecia el reconocimiento Mapu-Che mediante el Tratado de

<sup>67</sup> Pueden verse los informes al respecto de la Federación Internacional de Derechos Humanos editados en internet: [http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl\\_mapuche2006e.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl_mapuche2006e.pdf); <http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl1809e.pdf>. Con ocasión del segundo tuve ocasión de visitar el Mapu a finales de julio de 2006 junto a Luis Rodríguez Piñero y Víctor Toledo Llancaqueo. ¿Lo que me llamó más la atención humanamente? El buen humor contagioso incluso en la mayor de las adversidades, como la de penuria económica agravada por el aprisionamiento de los familiares más hábiles por acciones de resistencia civil calificadas judicialmente como terroristas. Pero la página de *Humor* del sitio de la Net Mapu (<http://www.mapuche.cl/netmapu>) está todavía (octubre, 2006) petu zeumamekeñ, esto es en construcción. Y desde luego que el mejor humor tiene humanamente un límite. Presenciamos también episodios de quiebra en el aguante y degradación autoinfligida con la bebida. Los informes no registran la experiencia ni más humana ni más inhumana. Habría que recurrir a un género de ficción para transmitir por escrito tamaño no-ficción.

<sup>68</sup> Conviene informarse, como ya advertí, sobre reparaciones habidas y pendientes, entre estas últimas desde luego las de indígenas en América, y acerca especialmente de sus fundamentos jurídicos: BARKAN, Elazar, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2000; THOMPSON, Janna, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Justice*, Cambridge, Polity Press, 2002; BRADFORD, William C., *Beyond Reparations: An American Indian Theory of Justice*, en *Ohio State Law Journal*, 66, 2005, pp. 1-104.

<sup>69</sup> Para el argumento de que la deuda de derecho puede que exista, pero que es llanamente impagable o, de admitirse, resultaría impercedera, con la aparente fuerza del pragmatismo, FOERSTER G., R., *Sociedad mapuche y sociedad chilena: la deuda histórica*, en *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana* de Chile, 2001, 2 (en línea: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/Inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=305>). Son páginas que se presentan como pertenecientes a un proyecto de investigación colectivo sobre *¿Demanda étnica o demanda etnonacional mapuche?* en el que, aparte el mismo sesgo del dilema, el segundo elemento, el nacionalista Mapu-Che, representa sin duda el maniqueo a conjurar con la magia de la ciencia (para un dossier del debate: <http://www.mapuche.info/mapuint/azkdossie050414.html>; para noticia de financiación pública: <http://www.conicyt.cl/bases/fondecyt/proyectos/01/2000/1000024.html>).

<sup>70</sup> WILLIAMS, R. JR., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace*, con dicha consideración del Tratado como Constitución.

Tapihue porque, según todos los visos, esto le obligaría a replantearse por completo de raíz sus propios fundamentos constitucionales. El Congreso que convierte el reconocimiento indígena en alarde de Chile sabe lo que hace. Vienen tiempos de bicentenario que previsiblemente acentuará ese reflejo<sup>71</sup>. No es el fin de la historia. Aunque la ilusión constitucional consista en atribuirse la exclusiva de la capacidad de reconocimiento, Chile no tiene la última palabra respecto al derecho de Mapu. Pues de su derecho se trata, la primera ha de ser Mapu-Che<sup>72</sup>.

## 6. UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS Y UN CORO DE VOCES

El asunto es internacional en doble sentido como ya sabemos, porque se dirime entre naciones y porque hoy se le plantea al derecho internacional de los derechos humano. Por basarse en su reconocimiento y comprometerse con su desarrollo, Naciones Unidas no se reducen ni mucho menos a una organización de Estados. A mediados de 2006, su Consejo de Derechos Humanos aprueba en Ginebra el proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que comenzó a elaborarse en los años ochenta del pasado siglo por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, como ya dije. Cuando escribo, en el mes de octubre, se encuentra en trámite de comité para presentarse a la Asamblea General en Nueva York.

Como organización de Estados, Naciones Unidas también están necesitadas de ser reconocidas, para lo que reconocer en términos dignos siempre es una buena baza. Ahí viene el proyecto de la Declaración<sup>73</sup>. Solo por serlo formal ya ha sobrepasado posiciones anteriores. Conviene la advertencia para que no vaya a proyectarse sobre sus disposiciones los distinguos problemáticos de otros documentos con todo esto superados, como para la materia de Tratados pueda ser el caso del estudio específico que bien conocemos<sup>74</sup>. Un Tratado es un Tratado. ¿Se quiere un ejemplo? He ahí, sin ir más lejos, el que se celebrara entre Chile y Mapu en 1825. A

<sup>71</sup> Un pulso del ambiente puede detectarse a través del tratamiento usual de la presencia Mapu-Che por la prensa chilena; para un archivo, <http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/nosotros/prensa.htm>; para un contraste, <http://www.azkintuwe.org>. La relativa peculiaridad chilena en el mismo contexto americano se revelaría con el desconcierto que de seguro produciría si, de llegar a aprobarse, se sumara a los ya habidos su extraño reconocimiento constitucional de la presencia indígena: "La Nación chilena es una e indivisible". Pueden verse los existentes a lo ancho y largo de América en el sitio citado de *Alertanet. Derecho y Sociedad*: <http://alertanet.org>. El mismo fantasma de unos bicentenarios también acecha por la antigua metrópolis: CLAVERO, B., *Cádiz en España. Signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, apéndice de LORENTE, Marta y GARRIGA, Carlos. *Cádiz 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de inminente publicación.

<sup>72</sup> Para las posibilidades de construcción del caso en el ámbito internacional, MORTON, Ber, *In Defence of Ragco Mapu: Building a case for Mapuche self-determination*, en *A Journal of Indigenous Governance*, University of Victoria, British Columbia, Canadá, 1, 2004 (en línea: <http://web.uvic.ca/igov/research/journal/contents.htm>). Respecto a tierras, conviene añadir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 2001: *The Case of the Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni Against the Republic of Nicaragua*, número especial del *Arizona Journal of International and Comparative Law*, College of Law, The University of Arizona, 19.2, 2002. Y considérese si la conquista de Mapu no reúne circunstancias, produce consecuencias y da pie hasta hoy a políticas tipificables como genocidas conforme a la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (conviene repasar los supuestos que contempla: <http://www.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>). Para documentación de iniciativa Mapu-Che en foros internacionales, la que puede construir legítimamente el caso, Mapuche International Link: <http://www.mapuche-nation.org/espanol/documentos.htm>.

<sup>73</sup> Como para cualquier información de orden normativo sobre el derecho internacional de derechos humanos, el mejor sitio para seguirse la trayectoria ulterior del proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas es el que viene utilizándose del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, dando entrada a todos los organismos suyos competentes: <http://www.ohchr.org>.

<sup>74</sup> Teniendo ambas fundamento, según se miren las referencias al Mapu o las sugerencias más genéricas, las lecturas discrepantes vistas del *Estudio sobre los Tratados* por parte del Informe General o del Informe Mapuche de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato ya no representan un dilema. El derecho internacional le concede la razón a la lectura menos acorde con el propio *Estudio*, la Mapu-Che.

casos como este se refiere el artículo 36 de la prevista Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas:

Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados (según su espíritu y propósito originales) y que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y arreglos constructivos<sup>75</sup>.

¿Hace falta que nos adentremos en la consideración de un desencaje de Constitución al encontrarse nuevamente ante Tratado o, en rigor de precedencia, el producido por situarse el Tratado ante Constitución? Con solo releer el pronunciamiento inicial del artículo constitucional que hemos citado, la formulación del principio que desde 1980 ratifica una unidad compacta ya nada fantasiosa (“El Estado de Chile es unitario...”), podríamos comenzar a entrever el alcance del desajuste<sup>76</sup>. Pero no olvidemos que no es ese el inicio. Desde 1999, cuando se sustituyen *los hombres* por *las personas* como sujetos primeros de derechos, la Constitución de Chile arranca con un pronunciamiento que ofrece buena base para el ajuste necesario. Es el primer inciso del artículo primero del primer capítulo, el que sienta las “Bases de la Institucionalidad”:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos<sup>77</sup>.

¿Qué más puede añadir alguien que no es individuo de Mapu ni ciudadano de Chile como es mi caso? Tal vez que desde esa primera frase convendría que nos esmerásemos en la lectura no supremacista<sup>78</sup>, en la que toma en cuenta culturas hasta ahora tenidas al margen del constitucionalismo de derechos que debieran desenvolverse en libertad, igualdad y dignidad<sup>79</sup>. Para esto mismo, para la propia base de partida, pudieran aportar concepciones

<sup>75</sup> <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/125/74/PDF/G0612574.pdf?OpenElement>, el proyecto en castellano en el sitio del Consejo de Derechos Humanos. El inciso “según su espíritu y propósito originales” lo recluyo entre paréntesis pues no aparece en las versiones oficiales del proyecto en otra lenguas, al haberse suprimido y escapado de momento la corrección en el texto castellano.

<sup>76</sup> Como por ámbito políticos, judiciales y académicos de Chile cunde la natural susceptibilidad frente al recuerdo, aunque sea de lo más implícito, del origen en tiempo de dictadura, en 1980, de la Constitución actual, quiero manifestar que, con el conjunto de reformas habidas desde 1989 en consideración de derechos humanos y democracia (entre las que figuran las del artículo tercero, incluyéndose en 1991 la referencia a la descentralización administrativa y en 2005 un principio de solidaridad interregional), no hago de ello en absoluto cuestión, como tampoco la haría, por las mismas razones, respecto a los orígenes dictatoriales de la actual Monarquía española. Además, el sangrante problema de que ni democracia ni derechos humanos alcancen ni beneficien a indígenas hunde sus raíces bastante más lejos que en la dictadura, de lo cual ya sabemos que ni la Comisión de Verdad y Reconciliación ni la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación han acusado conciencia. Puede verse un informe ya citado, pero sin haber identificado su título: *La otra transición chilena: Derechos del Pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático* ([http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl\\_mapuche2006e.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl_mapuche2006e.pdf)).

<sup>77</sup> Cabe agregarse el arranque del cuarto inciso del mismo artículo primero: “El Estado está al servicio de la persona humana”, así como el primer pronunciamiento del capítulo tercero, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, esto es, art. 19: “La constitución asegura a todas las personas: 1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, no tan reiterativo como aparenta. Y a quienes aún abrigan un sincero escepticismo sobre la procedencia de unos cuidados en el lenguaje, sobre todo si constitucional, como el de esta sustitución de los hombres por las personas, les propongo el siguiente ejercicio. Léase la nota que sigue sobre la categoría y la práctica de *ubuntu*, y considérense luego, solo a continuación de esa lectura, las implicaciones discriminatorias de la siguiente variante: “El hombre tan solo puede ser hombre a través de otros hombres”. Mediando una fuerte tradición de clasismo social y supremacismo cultural, la reducción ahora inconfesada, por inconfesable, de la categoría de hombre como sujeto de derechos constitucionalmente garantizados puede desde luego producirse por razón y efecto no solo de sexismo.

<sup>78</sup> CLAVERO, B., *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, Eusko Ikaskuntzen Nazioarteko Aldizkaria, 47-1, 2002, pp. 35-62.

<sup>79</sup> MOKGORO, Ivonne, *Ubuntu and the Law in South Africa*, en *Potchefstroom Electronic Law Journal*, North-West University / Yunibesiti ya Bokone-Bophirima / Noordwes-Universiteit, 1, 1998 (en línea: <http://www.puk.ac.za/fakulteite/regte/per/index.html>), aparte la suerte declinante de la concepción y la práctica de *ubuntu* en el

preciosas y prácticas valiosas, inesperadas las unas y las otras tan solo para quienes vienen empecinadamente ignorándolas<sup>80</sup>. Como se trata del acomodamiento constitucional no solo de intereses sectoriales de base territorial, sino también y ante todo de posiciones culturales, en buena parte ahora desarraigadas, que resultan de alcance constituyente para un amplio radio además de materias no exclusivamente políticas, desde la entidad de la familia al manejo de los recursos, unas fórmulas de autonomía o incluso de federalismo a las que Chile viene mostrándose más que refractario se quedarían cortas. No digo que no sirvan, sino que no bastan<sup>81</sup>.

Más allá no voy ni debo. Procuero no sumarme a la pléyade académica siempre bien dispuesta a apropiarse de voz ajena ejerciéndola por presunto crédito de ciencia social, sea de antropología, de historia, de derecho u otra. No hace falta ni siquiera que la misma esté en el secreto para que el efecto de privación opere. Como la operación no tiene por qué ser deliberada para que funcione, no hay ofensa ninguna en acusarlo. Eso espero. La academia es la primera que puede estar socavando democracia al estorbar con más eficacia que la política la manifestación de voces distintas. El problema por ejemplo con la historiografía que hemos visto manipular historia para neutralizar derecho puede que no anide y se alimente por ella misma completamente en solitario, sino también por la contaminación de quienes la debaten, pues suelen igualmente arrogarse la investidura de una representación no menos indebida. En democracia la voz ante todo ha de tenerla quien tiene el derecho y así el voto. A eso vienen, como piezas previas a las mismas Constituciones, las Declaraciones de Derechos, ahora la de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Dicho de otro modo y a efectos prácticos, la dificultad primaria de la democracia no solo radica en la identificación de los sujetos colectivos que se pronuncian y en el acceso individual al pronunciamiento, sino también en la conformación y la accesibilidad del espacio de la deliberación. Es la razón por la que hoy internet constituye con diferencia, en términos

---

constitucionalismo sudafricano por habersele reducido a recurso para la transición de salida del régimen racista, pues en sí puede interesar más de lo que cupiera sospechar al caso de la concertación de Mapu y Chile a partir de la libertad, la igualdad y la dignidad entre las personas. Según Yvonne Mokgoro, magistrada actualmente de la Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, el término *ubuntu*, común al isizulú y al xhosa, denota una forma de solidaridad humana para la que no hay palabra en inglés, como tampoco en español, pues se carece del concepto y de la práctica, y que se entiende mejor mediante una perifrasis: “Umuntu ngumuntu ngabantu”, “Motho ke motho ba batho ba bangwe”, “Una persona tan solo puede ser persona a través de otras personas”, lo cual, por cuanto implica, alcanza a los pueblos ¿Una prueba de esto último? Los Parlamentos Mapu-Che sin ir más lejos.

<sup>80</sup> Sugiero otro ejemplo, tras el de *la persona*. Sabemos que en su artículo primero la Constitución de Chile se refiere acto seguido a *la familia*, de entrada en estos términos: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Intente leerse este pronunciamiento a la luz de lo que hemos visto de parte Mapu-Che o también de la referencia igualmente inicial de la Declaración Universal de Derechos Humanos a *la familia humana*, lo cual, *ubuntu* o equivalentes mediante, no tiene por qué reducirse a gesto retórico o lenguaje figurado. Al fin y al cabo, Naciones Unidas representa hoy un orden confederativo de solidaridad humana para la cual lo que sobra en cambio a estas alturas es aquel término de *soberanía* incomprensible en mapudungun (véase en la traducción citada de la Declaración Universal de Derechos Humanos los términos que se aclaran en castellano, comenzando por el de *Estado*). En Chile, como en España, habríamos de despejar por despejar la dificultad de que dicho tipo de registro familiar en sede normativa o incluso constitucional fue introducido como mecanismo netamente antidemocrático por las dictaduras, las de los generales Pinochet y Franco respectivamente. A este efecto que supone un reto, ya he dicho que no a otros, creo que nunca conviene olvidar el origen histórico de la Constitución en vigor.

<sup>81</sup> TULLY, James, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; IYVISON, Duncan, *Postcolonial Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; URTZ, R., *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, pp. 268-284; también para la evidencia ya referida de que el federalismo históricamente no solo no ha bastado, sino que por regla general ni ha servido por lo que interesa a indígenas. Mis sugerencias se han elevado con todo esto a fundamentos, a las primeras “Bases de la Institucionalidad” en el actual lenguaje constitucional chileno, no por esconder ninguna agenda, sino porque ahí nos ha conducido el motivo de los Tratados ante las Constituciones o mejor dicho, como expresión de principio en deuda también por lo que toca a Chile con la parte Mapu-Che, de *Tratado ante Constitución*.

comparativos, el foro más democrático. Repátese cuidadosamente el directorio contenido a lo largo del aparato de notas si se necesita todavía comprobación en concreto para el caso Mapu-Che. El ciberespacio está dando voz a quienes la tienen todavía secuestrada por parte de la política y la academia incluso conciudadanas. Seguimos literalmente dejando con la palabra en la boca al coro de voces con derecho a pronunciarse. La mejor recomendación práctica entonces es la de que se haga el silencio para que pueda escucharse.

En fin, concluyo. Puesto que por mi parte ignoro tanto y de tanto alcance sobre culturas a las que no pertenezco y con las que, si tengo relación, no es en absoluto próxima, comenzando desde luego por la Mapu-Che, ni puedo ni debo sugerir nada más en absoluto a unos efectos mínimamente operativos, díganse prácticos

# DERECHO INTERCULTURAL



## ACERCAMIENTO AL PLURALISMO JURÍDICO: RELACIONES ENTRE EL DERECHO ESTATAL Y EL DERECHO PROPIO (INDÍGENA)

HERNÁN VALDEBENITO CASTILLO\*  
 Universidad Arturo Prat

“Subió como las islas derrotado”  
*Los Indios*, Pablo NERUDA.  
 (*Canto General*)

### APROXIMACIÓN METODOLÓGICA

El presente ensayo tiene como base metodológica un sondeo desde el análisis de discursos, en un plano puramente cualitativo, y en específico un estudio e interpretación de textos, ello implica necesariamente el estudio y análisis del tema Relación existente entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena, para lo cual se utilizarán varios textos que den cuenta de los temas como concepto de derecho, validez normativa, definición de instituciones y niveles de eficacia de las realidades jurídicas. Los textos a utilizar se desarrollarán internamente no estableciendo citas al margen, este enfoque solo es una verdadera síntesis de lo que debiese ser el tema dispuesto en esta presentación.

Se expondrán 6 niveles de relación entre el derecho estatal y el indígena, que dicen relación con lo conceptual, lo semiótico, lo histórico, fuentes de formación jurídica, el poder y lo coactivo de los modelos jurídicos a estudiar.

### JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El motivo de esta presentación está dado por la necesidad de aportar al debate de la existencia del derecho indígena e intentar darle a este el soporte teórico necesario y junto a ello darle el valor y respeto que posee. Para lograr lo segundo es de suma relevancia clarificar primero qué es el derecho indígena, cuáles serían sus elementos y qué capacidad tiene de eficacia dentro de la modernidad, ello en una mirada en paralelo con el derecho estatal. Así las cosas, reviste importancia, ya que se produce en este nivel la tendencia de pensar a una realidad jurídica desde el Estado y con el Estado, situación que provoca una mirada

---

\* El autor es profesor de Historia del Derecho en la Carrera de Derecho de la Sede Victoria de la Universidad Arturo Prat. Correo electrónico: hernanvaldebenito@unap.cl

unidireccional, lo que constituye una abierta vulneración a la persona misma y a los pueblos indígenas, toda vez que pensar el derecho solo desde el Estado el resultado de este será un discurso jurídico excluyente y exclusivo. Además pensar al derecho como una actividad y ejercicio del Estado constituye una interpretación ahistórica y se puede llegar concluir que las civilizaciones grecolatinas no tuvieron derecho.

### MARCO CONCEPTUAL

Para los efectos de esta investigación, señalaremos los conceptos que son claves para poder comprender el sentido y alcance de esta:

Relación: Entenderemos como cualquier tipo de contacto que se genere o se haya generado entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena, con algún tipo de trascendencia.

Derecho: Se entenderá por este como un conjunto de prescripciones institucionalizadas, con posibilidad de imperio.

Poder: Daremos por aplicado el concepto de Poder de WEBER, consistente en una relación de mando y obediencia en un espacio y tiempo determinado.

Discurso: Complejo textual que pretende un marco explicativo-omnicomprensivo de la realidad.

Democracia: Se entenderá desde una idea más cualitativa, donde se respeten a todos y cada uno de los miembros y sectores de una sociedad, en este sentido un proyecto democrático siempre será un proyecto inclusivo. (Véase a ALEXIS).

Sanción: Amenaza de un daño desde la autoridad consistente en la privación de un valor o derecho, en caso de incumplimiento de una norma.

### PRETEXTO

El derecho moderno es un producto social instalado en el sentido común como resultado de una forma de producción de conocimiento que se puede designar como modo de producción ideológico, que se corresponde con el modo de producción cultural de la modernidad, en que la normatividad no puede sino estar unida al Estado, confundida con él.

Existe, sin embargo, la probabilidad lógica de separar la normatividad, en cuanto expresa una característica universal de la especie humana, del Estado, en tanto producto histórico particular que ha actuado como medio de aplicación de normas en situación de dominación.

La probabilidad lógica aparece en determinados momentos de crisis y se manifiesta empíricamente en el universo de la exclusión. En este estado la separación de la norma del Estado asume la forma de normatividad ético-política.

El elemento político de la norma se expresa en su carácter público, no necesariamente, por lo tanto, vinculado al Estado, no obstante que el Estado ha sido el medio que ha liberado a la norma de su carácter premoderno de dominación personal, es decir, le ha provisto su carácter público.

La probabilidad lógica y sus expresiones empíricas pueden configurar algunas premisas para concebir, al menos teóricamente, la probabilidad de una autonomía comunitaria capaz de desarrollarse con horizontes universales.

Para ello propongo como punto de partida la concepción de *la normatividad como un deber-ser universal*. Aceptando aquí como verdadera una proposición antropológico-filosófica del italiano Giuseppe PRESTIPINO: *el hombre es un animal proyectante*. Si esto es así, cualquier individuo de la especie al proponerse cualquier fin, resultado u objetivo, se está proponiendo algo que *aun-no-es* y que *debe-ser*. Una norma es, precisamente, un deber-ser. Por lo tanto la actividad humana encaminada a un fin (su *telos*) implica normatividad, de allí su carácter universal.

#### DERECHO ESTATAL: UN DERECHO DE TODOS PERO PARA NADIE

La primera pregunta y primer yerro que se comete consiste en preguntarse es si existe el derecho indígena, dicha interrogante tiene aristas claramente discriminatorias y da cuenta de una sociedad que no logra interpretar la realidad desde la diversidad, toda vez que no se realiza el mismo ejercicio respecto del derecho estatal; y si se logra ubicar al derecho indígena lo que se reflexiona es que su existencia está dada en la medida que constituye una fuente del derecho estatal y su surgimiento ha sido una concesión del Estado hacia los pueblos indígenas.

Lo relevante sería establecer cuáles son elementos que provocan o generan la realidad jurídica indígena y si estos elementos son propios solo del derecho indígena o también los comparte el derecho estatal. Luego de aquello entrar a vincular los dos ordenamientos jurídicos.

La relación entre derecho indígena y derecho estatal se encuentra en varios niveles, ello en la medida que es necesario llenar los vacíos que se han mantenido desde que los pueblos originarios han exigido el respeto de su derecho:

*1. Nivel conceptual.* “Sin leyes ni abogados, únicamente con respeto a las costumbres” (*La pérdida del Dorado*, V.S. NAIPAUL)

Esta fase quiere dar una idea de lo que se ha entendido por derecho, se intenta realizar una suerte de patrón y desde esa matriz analizar al derecho indígena. Ello implica una discusión ya bizantina acerca de qué se debe entender por derecho, existiendo grandes posturas dentro de la teoría general del derecho que batallan por definir derecho, ellas son las ius naturalistas y las positivistas y estas mismas posturas tienen subclasificaciones, como dentro del naturalismo existen 2 tendencias; naturalista-racionalista y neotomismo y las positivistas está el positivismo clásico kelseniano, el realismo de HART y ROSS y el positivismo conceptual metodológico de BOBBIO, NINO, entre otros.

Ahora, respecto de ello el positivismo con el pasar de los siglos ha venido tomando el mando dentro de la doctrina y de las prácticas jurídicas, y ello con mayor razón con la Revolución Francesa, el cartesianismo y la codificación del derecho que implicó cuatro situaciones fundamentales: la determinación de una igualdad uniforme, identificación de identidad como resultado de la díada Estado-nación, la exclusión de toda fuente jurídica no verificable científicamente y la identificación del Derecho con el Estado. (Piénsese en la cercanía respecto de este punto entre KELSEN y ALF ROSS, a pesar de las diferencias que ellos mantienen respecto a los conceptos justicia-validez-eficacia).

De lo anterior se puede ver que los planteamientos teóricos señalados encierran el concepto de derecho a un plano formal institucionalizado, donde su cuna es el Estado y sus

instituciones. Dicha cuestión hoy en día claramente está superada, toda vez que esta idea de que el Estado es el derecho provoca un verdadero “harakiri ideológico”, ya que implicaría traicionar el liberalismo, y cercenaría la libertad individual y el derecho de empresa.

Ahora culminada esta discusión de la fuente del derecho es menester buscar una definición de derecho omnicompreensiva que no vea al ser humano como objeto del derecho sino como sujeto y fuente del mismo, en ese entendido debe mirarse al derecho como sistema normativo, que implique un proyecto social de orden, con instituciones propias y con posibilidad de eficacia de las resoluciones institucionales internas, es en este camino donde el derecho indígena y el derecho estatal dejan de caminar por la vera de enfrente y nace un discurso deliberativo e intersubjetivo (no mirado desde KANT, sino desde HABERMAS).

Lo que se quiere decir respecto al derecho indígena es que mirado este desde la idea de derecho moderno queda establecido que los pueblos originarios sí tienen normas propias, que generan instituciones tradicionales y que estas instituciones de alguna manera hacen valer lo prescrito. Además es necesario señalar que el derecho indígena se hace cargo de la idea de la justicia, en el entendido que se ha desarrollado un ejercicio jurídico que implique cierta reparación y propensión al equilibrio en caso de conflicto, por lo que se ve de una observación simple y una constatación preliminar de un metro comparativo se logra ver al derecho indígena como una realidad jurídica existente e independiente, lo anterior sin perjuicio de los análisis que a continuación se realizan.

2. *Nivel simbólico*. “El vacío —decía BORON— no existe porque la naturaleza le tiene horror. Es evidente que por razones filosóficas, que no existe, porque si existiera, o sería sustancia o sería accidente”. *Baudolino*, Humberto Eco.

Un segundo punto de encuentro se da en un plano simbólico, lingüístico y semiótico (a mi parecer es el más complejo de todos, pero el más posible de reconstruir y resimbolizar)

En el caso semiótico en la relación de producción y de interpretación de signos, surge la idea de signos motivados, lo que de alguna manera nos quiere decir es que no se generan —y a su vez no se interpretan— signos de forma inocente, sino que existe una relación que, como se señalaba anteriormente, no es arbitraria. Tanto el productor de signos como el interpretante ponen de manifiesto intereses para realizar sus procesos respectivos, hay una motivación de por medio enmarcado ya sea en el campo político, de estructuras de poder y a intereses distintos entre estos diferentes grupos de personas. Esto nos lleva a la generación de procesos sociales comunes a las personas, debido a que se agrupan de acuerdo a intereses que quieren comunicar o interpretar, se dan distintos planos en la elección de signos aunque muchas veces se tenga un campo ideológico similar, pero con un campo semántico distinto. Esto lo podemos relacionar con la generación de signos jurídicos, donde lo que queremos señalar, es que esta producción y su posterior interpretación, está dada por intereses del interpretante hacia sus cúpulas de poder.

Pero para que esta interpretación se realice de manera adecuada, no pueden existir interpretantes sin que existan códigos comunes que los haga conocedores de ello. Para poder realizar esta relación de ideas de producción y de interpretación, se utiliza el “Código Maestro”, que a decir de BARTHÈS vendría siendo el lenguaje, la forma más plenamente articulada de representación y comunicación humanas, que por lo demás me parece que es a través del lenguaje donde realizamos todos nuestros actos lingüísticos. En nuestro caso, podemos ejemplificar que el Derecho chileno no conoce y, por ende, no comprende en magnitud el

mundo mapuche (pueblo indígena de Chile y Argentina), lo que hace que se generen los conocidos conflictos entre mundo chileno y mundo indígena.

Es esta diferencia fundamental la que haría que ambos sistemas (derecho chileno y mundo mapuche) no puedan comprenderse ni lograr que ambos se puedan fusionar. Tendría que existir un cambio histórico, cultural y semiótico para poder entrar en una concepción unificada del derecho estatal y considerar de esta forma al mundo indígena, ya que como señala ECO un sistema semántico constituye una interpretación parcial del propio mundo y puede reestructurarse siempre tan pronto como nuevos juicios factuales intervengan para hacerlo entrar en crisis.

Esto conlleva a un límite de signos, significados y significantes. Si parafraseamos a WITTGENSTEIN “los límites de mi mundo, son los límites de mi lengua; aquí sería los límites de mi mundo, son los límites de mi derecho”.

No voy a profundizar aquí, toda vez que es una discusión de las ciencias de la comunicación, sin embargo ello se pueden ver cercanías en la retórica, en bases deontológicas, en la tópica (si se mira desde Aristóteles), en la generación de imaginarios sociales nacidos desde la praxis jurídicas de los dos sistemas jurídicos en cuestión (cuestiones como legitimidad, relaciones de mando y obediencia, responde a estos imaginarios creados desde la semiología jurídica) y además (sin ser estos los únicos elementos semióticos vinculantes) los vincula el mito, ya que tanto el derecho estatal como el indígena están constituidos por elementos pedernales míticos, que solo son comprensibles desde la significancia que los miembros de una comunidad le dan. En sí el derecho sea cual fuere es un discurso lingüístico, intersubjetivo-significante y simbólico.

Quisiera explicar con más dedicación estos puntos, en la medida que autores como ECO, NINO o ALEXIS, han desarrollado sus pensamientos desde WITTGENSTEIN, quien entró a plantear que cualquier construcción teórica o práctica necesariamente es un ejercicio de lenguaje que genera realidad, y ello tiene un orden, posee símbolos, una propuesta y una finalidad. En ese entendido el derecho nace básicamente como una construcción lingüística que aspira a determinar cierta conducta social y esa conducta social sea un ejercicio de los miembros de la sociedad, donde ocupa instrumentos simbólicos como las normas, instituciones, advertencias y sanciones. Además el derecho genera una propuesta autorreferente en cuanto a su origen como a su legitimidad.

Así, si uno mira el derecho estatal ve que tiene todos estos elementos, posee normas institucionalizadas, aspira a una sociedad donde el Estado es el que mantiene el monopolio de la fuerza y además, en caso de contravención establece sanciones. Junto a lo anterior el derecho estatal se llama a sí mismo Estado de Derecho, simbolizando que solo el derecho “legítimo” nace del Estado, y no conforme a lo anterior este mismo Estado crea teorías que lo validen y lo justifiquen. Por ejemplo, si se toma la teoría pura de KELSEN se puede ver un intento por crear un derecho libre de valoraciones axiológicas desde una pirámide de validez, pero jamás se logra una certeza de la cúspide la tal pirámide (la famosa norma fundamental), que en sí viene siendo un verdadero mito-símbolo del constructo jurídico-kelseniano.

En lo que respecta al derecho indígena se debe decir que en forma efectiva se logra ver que este también es una realidad lingüística independiente, así se puede visualizar que tiene normas y tratamientos ordenados respecto a su sociedad, el derecho indígena en su interior concibe un tipo de sociedad (por ejemplo la mapuche que pretende en todo momento el Az Mapu, el equilibrio), además se debe expresar que el derecho indígena propone un método

de resolución de conflictos, por medio de instituciones (ello en términos de WITTGENSTEIN) y determina según normas ancestrales las sanciones en caso de contravención de normas.

Otro punto en esta materia está también dado por el mito, donde el derecho indígena se genera interpretativamente desde el mito y se legitima en él.

*3. Nivel histórico.* “Vera, desde su vuelta de París, se apenó mucho en las calles de La Habana, al pensar que en las calles habían hijas de princesas vendiendo manzanas”. *La Consagración de la Primavera*, Alejo CARPENTIER.

Un tercer plano de relación se da desde una perspectiva histórica, ya que el derecho indígena es anterior históricamente al derecho estatal, y ha sido este último el que ha invisibilizado al derecho indígena, mirándolo como una suerte de manifestación cultural de artesanía, alojándolo en la pieza de usos y costumbres de pueblos atrasados. Sin embargo lo anterior el derecho indígena ha logrado pervivir, ello por motivos de resistencia cultural o mantenimiento de lengua vernácula, por la que se ha transmitido el derecho en las comunidades indígenas pero sí dando cuenta de las necesidades de los miembros comunitarios.

En este plano es donde se comienza a provocar una relación más tirante entre lo estatal y lo indígena, toda vez que el Estado como producto sociopolítico anula al indígena y le resta validez a las realidades jurídicas de los pueblos originarios, sin embargo lo anterior no se puede plantear que no exista relación toda vez que en este plano se da cuenta de la actitud de violencia y exclusión del Estado respecto al derecho indígena, sin embargo en el curso de la historia de colonización, el derecho indígena logra establecer dentro de los pueblos originarios espacios de aplicación y refortalecimiento, y en periodos posteriores el derecho estatal en su actuación y creyendo acabado el derecho indígena ha tenido que reconocerlo, respetarlo y aplicarlo.

El caso más claro en esta materia está dado por el proceso de reforma agraria, donde en principio se trata al indígena como campesino pobre, pero esta cuestión se revisa y se entra a aplicar normas de derecho indígena para la asignación de territorios para los indígenas.

*4. Nivel sincrético.* “Jacques era argelí, pero más le dolió el alma cuando Francia perdió en el mundial, que cuando Argel sucumbía en llamas y su balón rodaba por encima de su abuela ensangrentada”. *El Primer Hombre*, Albert CAMUS.

Un cuarto plano está en lo que llamaría un nivel de relación sincrética, ello está dado en que el todo derecho es un fenómeno sociocultural, que no es estático y como la cultura se adapta a las necesidades y vicisitudes que se generan en todo momento, lo que provoca permanentes cambios tanto en sus normas, instituciones e interpretaciones de las mismas. Lo anterior hace que el derecho estatal no es puramente ejercicio de las actividades de las instituciones estatales, sino que ha ido tomando manifestaciones culturales y jurídicas de las propias comunidades indígenas y las ha incorporado como propias, de igual manera el derecho indígena, lo que sí los diferencia en este proceso es que el derecho estatal lo hace desde una perspectiva “perversa” (siguiendo a ZAFARONNI), ya que integra al derecho indígena con la intención de destruirlo y mantener un control más eficaz. En términos de FOUCAULT es un ejercicio desde el Poder-Saber, no para controlar más, sino para controlar mejor (idea panóptica del texto *Vigilar y Castigar*), y el derecho indígena no ha quedado “puro” por una constatación de supervivencia. (Piénsese, por ejemplo, en el periodo llamado por GARCÍA

GALLO de la vulgarización y germanización del derecho romano clásico y las respuestas que da a este efecto VON SAVIGNY, con la Escuela histórica).

La supervivencia del derecho indígena es una de las cosas que más llama la atención, toda vez que existiendo una sociedad mayor los pueblos originarios han mantenido una actitud de consecuencia en insistir dentro de sus comunidades y asociaciones la mantención de su derecho, ahora esta mantención no pudo de manera alguna ser una muestra granítica, ya que no habría sido capaz de soportar los embates del derecho moderno, sino que el mismo derecho indígena se autogenera centrado en sus bases pero con conceptos, idioma, alcances, limitaciones e instituciones que son del derecho estatal, pero que son adecuadas para el ejercicio de las aspiraciones indígenas.

5. *Nivel del poder*. “Los griegos tenían claro que una sociedad amante de la geometría, aspiraba a la democracia, en cambio la aritmética era de la aristocracia”. *El Orden del discurso*, Michel FOUCAULT.

Un quinto punto muy vinculado con los anteriores está vinculado con el poder, este entendido como poder político, que es definido por el Derecho estatal; lo que viene siendo que lo que es estatal es parte del poder. En esa vinculación el derecho indígena está subsumido en un nivel de obediencia y subordinación, y en sí la estructura derecho estatal-derecho indígena están claramente marcadas que las relaciones que se establecen son asimétricas y verticalistas, pero no por ello existe carencia de vinculación, es este punto donde se podría generar un cambio y un acercamiento igual y democrático entre el derecho indígena y el estatal, a través de un reconocimiento político del otro (en términos de TODOROV) y la inclusión del mismo en un proyecto que dé cuenta de los otros para el desarrollo de un pluralismo jurídico no reconocido pero existente.

Además es importante señalar que se puede entender que dentro del derecho estatal en su configuración de derecho público, el derecho indígena cobra relevancia, toda vez que el derecho de los pueblos indígenas constituye una parte de la *res publica*, en la medida que el derecho indígena le exige al estatal niveles de acercamiento, participación y diálogo en un espacio público abierto y pluriétnico. En el entendido anterior el derecho indígena puede ser interpretado como parte del derecho estatal (así como una fuente más, sea como derecho laboral, comercial, indígena entre otros) o como una configuración jurídica pública independiente.

Junto a lo anterior se debe expresar que el fenómeno del poder genera en el derecho estatal una suerte de refugio teórico, toda vez que es impenetrable, no por la solidez de sus argumentos, sino por la autarquía de su lenguaje, y por lo despótico de sus prácticas políticas.

6. *Nivel de eficacia coactiva*. “Este poema es para la niña que nadie saca a bailar, no para ti, ni para mí, ni para los que se creen santos, profetas o poderosos”. *Botella al Mar*, Jorge TEILLIER.

Un sexto punto a tratar se refiere a la capacidad que tiene un ordenamiento jurídico de sancionar y hacer valer lo prescrito: Aquí debemos aclarar algunos puntos, así si seguimos a cualquier jurista respetable, sea KELSEN, BOBBIO, HART, o DWORKIN, debemos llegar indefectiblemente a la conclusión que para que exista un derecho vigente y completo tiene que gozar de una tríada conceptual, compuesta por valores como la justicia, la validez y la

eficacia. De lo desarrollado es posible sostener que el derecho estatal claramente contiene estas tres premisas de manera general (siempre será discutible el valor de la justicia, pero a lo menos el derecho estatal, tiene los órganos facultados para revisar y adecuar normas más justas).

Pareciera que es necesario hacer algunos alcances en esta materia, toda vez que en este acápite se verá la eficacia de un derecho.

La norma jurídica se puede sintetizar en una proposición: tal conducta no debe ser, si tal conducta es, entonces se aplicará una sanción (no se debe robar, si se roba, entonces prisión; no se debe incumplir un contrato, si se incumple, entonces indemnización). Surge de aquí que la parte importante de la proposición es la que establece la sanción; dicho de otra manera, si no existiera una norma que penara el robo, este, jurídicamente, no existiría: la sanción define la conducta indebida. El deber ser está definido por la sanción: *no hay norma u obligación sin sanción*. La sanción la impone el Estado, la ley la “dice” el Estado. Dado que todos somos iguales ante la ley y esta rige para todos, también rige para aquellos individuos que conforman el Estado, pues el presupuesto es que no existe asimetría de poder. Por lo tanto, desde ese punto de vista, la aplicación de una sanción requiere de una norma que autorice a determinados individuos a aplicarla. Esto es lo que se denomina Estado de Derecho, que es independiente de lo que comúnmente se entiende por él, es decir sus contenidos de garantías de libertades de reunión, asociación, expresión, etcétera.

Como vemos, si el derecho (la norma) depende de la sanción que aplica el Estado y este depende de la autorización legal (norma), la cosa se transforma en la paradoja del huevo y la gallina. A diferencia de las concepciones anteriores en que el Estado se concebía “por encima” de la ley, en la culminación de la teoría jurídica del Estado, este se “disuelve” en la norma: el Estado no es más que un conjunto de normas especiales.

Efectivamente, en el derecho de la modernidad, el derecho funciona así no solo en la ideología jurídica sino en las relaciones prácticas entre los hombres, en lo que llamamos el “sentido común”.

Mirado esto es necesario revisar si el Derecho Indígena logra tener esta faceta en que la sanción establecida por el sistema es efectiva en toda la magnitud de un ordenamiento jurídico completo y complejo.

Para reseñar de mejor manera se analizará un caso de aplicación del derecho propio mapuche llamado: *Wezap Pütren*:

- a. *Relato del caso*. El caso consiste en que la sobrina (mapuche) que suplanta a su tía (mapuche), debido a la sustracción de la cédula de identidad de la segunda y se ve involucrada en tráfico de marihuana, sucedido en el año 1995, donde es apresada y luego tiene por condena la de firmar constantemente en Santiago, la sobrina no sigue firmando y con posterioridad detienen a la tía, quien logra esclarecer los hechos y se dirige a la comunidad en busca de una solución.
- b. *Aplicación del derecho propio*. Primero llama la atención que en 1995, en épocas que podría pensarse que la nula aplicación del derecho mapuche, la afectada requiera el auxilio de las autoridades tradicionales de la comunidad mapuche a que pertenece y no las “autoridades civiles chilenas”, lo anterior da cuenta de la pervivencia de un pluralismo real de sistemas normativos en un mismo territorio y que son aplicables para un mismo caso particular.

De lo anterior vemos claramente el requerimiento que la afectada realiza hacia la comunidad, en el derecho chileno podría compararse a una demanda.

Lo que se realiza para la solución del conflicto tiene 3 etapas.

1. Escuchar a la afectada.
2. Citar a los padres de la sobrina infractora para que sean estos quienes hubieren llamado la atención a su hija y generase una reparación del daño causado, de esta diligencia no se logró ningún resultado satisfactorio, por lo que se pasó a una tercera etapa.

3. Citar a la comunidad para dar a conocer el hecho, luego de las expresiones, el padre de la sobrina infractora mostró su enojo por intervenir familiarmente, y se deliberó una sanción consistente en no tomar medida alguna contra la sobrina pero sí llamarle la atención a la familia, y darle un apercibimiento de que debían guiar a sus hijos de manera que no hicieran daños a otros. La sanción fue tajante en la medida que se da públicamente y se genera una vergüenza social para el infractor.

De lo anterior se visualiza claramente la decisión comunitaria de avergonzar a los miembros de una familia como medida reparativa del honor de la tía afectada y como sanción específica por la actitud irresponsable de los padres de la sobrina que involucra a su tía en el ilícito en cuestión.

En este caso, en realidad, aplicando de manera exacta la idea de sanción establecida en el marco teórico, no existiría sanción en un sentido completo, toda vez que la vergüenza o el honor no se le han privado realmente (en realidad es algo que, dentro de lo constatable, jurídicamente es imposible), ya que se puede argumentar que se le ha privado de un valor, como sería el honor, pero se puede contraargumentar que tal sanción de manera alguna ha sido considerada, ni tomada en cuenta por los infractores, ya que la eficacia de la sanción está dada pura y llanamente al fuero interno del infractor y tal sanción no representa más que una sanción moral o aspiraciones de buenos deseos, pero de manera alguna de coacción jurídica.

Entonces resulta complejo pensar que el derecho indígena pueda sancionar propiamente, ya que si alguien no quiere cumplir lo sancionado, se vuelve norma muerta.

Se puede pensar por otro lado que para hacerlo cumplir al infractor, podría pactarse una suerte de cláusula de compromiso y ella hacerla valer en caso de contravención o rebeldía, pero nace inmediatamente la pregunta: ¿qué órgano lo hace valer efectivamente? No existe otra respuesta que los órganos del Estado, y ante tal situación, quedan dudas que sea una aplicación de derecho indígena.

Esta situación se produce en la medida que el monopolio de la fuerza lo sostiene el derecho estatal y no permite un desarrollo armónico de todos los miembros de una sociedad.

En este punto de relación se debe reconocer que este capítulo es el más complejo de resolver, ya que en la eficacia de las normas de un sistema jurídico se basa la permanencia de este, porque las normas pueden tener una generación legítima y válida, las resoluciones e interpretaciones de las prescripciones pueden ser justas, pero si no son respetadas por los infractores y no existe mecanismo de forzar el respeto, se genera una trampa difícil de esquivar. Como dice RAZ no se puede esperar que la obligatoriedad hacia las normas y el respeto por el derecho sean virtudes de los seres humanos, ya que no vivimos en una sociedad angelical, por lo que me inclinaría a pensar que mientras no comparta en un plano de igualdad y reciprocidad el derecho estatal con el derecho indígena el espacio público de una manera

pluralista y deliberativa, estaremos asistiendo a la consolidación en varios estadios del derecho indígena, pero incompleto y violado.

En este sentido hay que atreverse a decir que el derecho indígena constituye una realidad jurídica incompleta. “En mi pueblo de raza verde salí entre gris y morado, no me aceptaron en parte alguna. En la encrucijada de ser bufón o ermitaño, preferí volverme fantasma”. *Minorías*, José Emilio PACHECO.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1997).
- ALCHURRÓN, Carlos y otro, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y Sociales*, EUDEBA (Buenos Aires, 1992).
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Ed. Debate (Madrid, 1991). De él mismo: *Teoría del Derecho*, Ed. Temis (Barcelona, 1990).
- CARPENTIER, Alejo, *La Consagración de la Primavera*, Ed. Taurus (Madrid, 1990).
- ECO, Umberto, *Obra Abierta*, Ed. Planeta Agostini (Madrid, 1989). De él mismo: *Baudolino*, Ed. Lumen (Milano, 2003); *Cómo se hace una tesis*, Ed. Lumen (Madrid 45 reimpresión, 2000).
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, Ed. Paidós-Derecho (Barcelona, 1997). De él mismo: *El Orden del discurso*, Ed. Tecnos (Barcelona, 2003).
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Ed., Temis (Barcelona, 1989).
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Astrea, 2a. Edición (Buenos Aires, 1995).
- NAIPAUL, V. S., *La pérdida del Dorado*, Ed. Debate (Madrid, 2001).
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logicus Philosophicus*, Ed. Gedisa, 20ª reimpresión (Madrid, 1999).

# DERECHO DE LA INTEGRACIÓN



## EL ESTADO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA, UNA REFLEXIÓN SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA Y POLÍTICA\*

MARÍA BEGOÑA LÓPEZ PORTAS

### RESUMEN

En un mundo globalizado en el que instrumentos como internet y las telecomunicaciones no conocen de fronteras político-territoriales y en el que las empresas multinacionales manejan el mayor poder económico, se plantea la necesidad de definir la posición del Estado. En la actualidad los Estados atraviesan por un fenómeno de descentralización política y jurídica. La configuración de entidades políticas supraestatales e infraestatales alcanzan un protagonismo político a la vez que implican una descentralización de poder estatal. En este contexto, debemos hacer una reflexión sobre la naturaleza jurídica y política del Estado actual y sobre la existencia o no de un nuevo paradigma estatal: el Estado federal.

### Abstract

*In a globalized world where instruments such as the internet and telecommunications do not know political-territorial boundaries and in which multinational companies have great economic power, it is necessary to consider the State position definition. At present, the States are going through a political and legal decentralization phenomenon. The suprastate and infrastate political organizations configuration, reaches a political protagonism at the same time as implying a decentralization of the State power. In this context, we reflect on the legal and political nature of the present State and on the existence or not, of a new state paradigm: the federal State.*

### I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad Alemania y Francia plantean la necesidad de revitalizar el proceso de aprobación de un documento europeo de importancia extraordinaria, la primera Constitución formal de la Unión Europea<sup>1</sup>. Hace poco más de un año, España manifestaba su voluntad

\* Este artículo tiene su punto de partida en el proyecto investigación de la Xunta de Galicia, España, PGIDT05SPXIB20202PR, "Regiones y Estados en multiconstitucionalismo constitucional europeo", y, a efectos de publicación, se cerró el 8 de abril 2006.

<sup>1</sup> El Consejo de Niza adopta una declaración sobre la necesidad de una mejor delimitación competencial entre la Unión y los Estados miembros, la elaboración de una carta de derecho de la Unión, la simplificación de los tratados y mejorar la participación de los parlamentos nacionales en el proceso comunitario. Tras él, el Consejo de Laeken, adopta una declaración sobre el futuro de Europa en el que se plantea la posibilidad de convocar una convención sobre las posibles respuestas sobre el desarrollo de la Unión Europea. La Convención Europea, que inició sus trabajos el 28 de febrero de 2002 y los finalizó el 18 de julio de 2003, en esta fecha el Presidente de la Convención hizo entrega al Presidente en ejercicio del Consejo Europeo el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. El 4 de octubre de 2003 se iniciaron los trabajos de la Conferencia Intergubernamental y los días 17 y 18 de junio del 2004 en el Consejo de Bruselas se adopta el texto del Tratado constitucional europeo, aunque las Declaraciones anexas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental y Acta Final se adoptarían el 12 de octubre de ese año. Una vez firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea, en el Consejo de Roma el 29 de octubre del 2004, comenzaron los procesos de ratificación en cada uno de los Estados miembros. En

sobre la entrada en vigor del mismo a través de la vía del *referéndum*<sup>2</sup>, en el que aprobó el texto constitucional<sup>3</sup>, lo que implica su reconocimiento explícito, legitimado por una vía de participación directa de la ciudadanía, la vía del *referéndum*. Iniciada una nueva etapa en el proceso de desarrollo de la Unión Europea, el de la ratificación de una Constitución escrita formal, España la confirma. Esto supone que de un modo expreso la ciudadanía española acepta que la comunidad política que integra, la Unión Europea, se dote de una Constitución. El *referéndum* español ha ratificado el sistema multiconstitucionalista europeo, en él coexisten la Constitución española y la futura Constitución europea<sup>4</sup>.

Al mismo tiempo se nos presentan en los últimos años la cuestión de dar un impulso más al desarrollo del Estado de las autonomías a través del incremento de las competencias de las mismas por la vía de la reforma estatutaria<sup>5</sup>. En los últimos meses la cuestión ha ido

---

España el referéndum ha tenido un carácter consultivo con el fin de que los españoles pudieran pronunciarse sobre el proyecto de Tratado con carácter previo a su ratificación formal por parte del Reino de España. Así, tras la firma por parte del Presidente del Gobierno del Tratado, se abrió el procedimiento para la ratificación por las Cortes la que a través de una ley orgánica autorizaría la celebración y consiguiente ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. El artículo IV-447 del Tratado constitucional dispone que este entrará en vigor el 1 de noviembre de 2006, siempre que en tal fecha se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación. En caso contrario, el Tratado constitucional entraría en vigor el primer día del segundo mes tras el depósito del instrumento ratificado por el último de los Estados que cumplan este requisito. Pero tras las reuniones de los jefes de Estado alemán y francés para revitalizar el proceso de ratificación, el 19 de enero de este año, el pleno del parlamento europeo aprobó un documento que defiende la validez del texto de la Constitución europea a pesar del rechazo manifestado en los referendos de Francia y Holanda que había abierto una crisis en el proceso de ratificación. El documento parlamentario señala que la entrada en vigor del texto constitucional debe producirse en el año 2009 tras las elecciones generales de estos Estados y antes de las nuevas adhesiones, como la de Croacia. (Cfr. <http://www.constitucioneuropaea.es>).

<sup>2</sup> Los resultados del *referéndum* en España sobre la aprobación del Tratado constitucional europeo han sido contundentes: a favor del sí el 84,38% y del no el 10,94% aunque la participación fue del 42,32% del censo (17 puntos por debajo de la alcanzada en 1986 con ocasión del *referéndum* sobre la OTAN); frente lo acontecido en Francia en que el no ganó con un 54,87% siendo cifrada la participación del ciudadano en un 70% u Holanda donde el no venció con un 61,6% y la participación fue de 63,4%.

<sup>3</sup> Cabe indicar aquí, que la idea de una Constitución formal europea no es novedosa, hubo otros proyectos anteriores que habían sido aprobados por el Parlamento Europeo –como el *Proyecto Spinelli*, en 1984, o el *Proyecto Herman*, en 1990– sin embargo, no llegaron a materializarse hasta el punto de semejar tan posible como el Tratado de Constitución actual ya que ha entrado en la fase de ratificación estatal.

<sup>4</sup> Actualmente, la UE se basa en cuatro tratados fundamentales que fijan sus normas de actuación. Los líderes de la UE quieren reemplazarlos por un documento único, más corto y simple, que detalle los fines y objetivos de la UE y especifique claramente el papel de cada cual, este documento está pendiente de su ratificación y entrada en vigor.

<sup>5</sup> En la década de los 90 fueron sucesivas reformas estatutarias las que lograron equiparar el grado de autonomía de las comunidades que habían accedido a la misma por la vía del art. 143.1 de la CE con las que lo había hecho por la vía del 151, esto supuso el inicio de una nueva etapa en el proceso autonómico caracterizada por el incremento proyectos regionales en pos de mayor autogobierno. Así, son numerosas las propuestas de dar un nuevo enfoque al desarrollo de las competencias autonómicas. Dentro de ellas podemos hacer una pequeña clasificación: en primer lugar, algunas de ellas plantean un nuevo enfoque del Estado de las autonomías de manera que tomen otros modelos del derecho comparado, así, dirigen el modelo español hacia la configuración de un federalismo de ejecución que siga el modelo alemán –es el caso de la propuesta de la llamada *Administración Única* expuesta ante el Parlamento gallego el 10 de marzo de 1992, al día siguiente una resolución parlamentaria de 11 de marzo de 1992 instaba al gobierno central a adoptar las medidas necesarias que la materializasen, la propuesta incluía varias medidas, como: lograr la efectividad de las competencias recogidas en los estatutos, la gestión autonómica de los servicios públicos fundamentales, la transferencia y delegación de facultades estatales a través del artículo 150.2 de la CE y la reforma del Senado–. En segundo lugar, se centran en el empleo de los mecanismos disponibles en nuestro constitucionalismo y proponen el reformar o revitalizar órganos e instituciones existentes con el fin de lograr una mayor participación autonómica en defensa de sus competencias en España y en la Unión Europea –aquí se sitúan la demanda de una reforma del Senado para que actúe como una verdadera cámara de representación territorial, el impulso de la CARCE, la revitalización de la Conferencia de presidentes de las comunidades autónomas, de la participación directa de representantes autonómicos en la Delegación española ante el Consejo Europeo cuando se trate de asuntos de su competencia, entre otros–. En tercer lugar, existen otras series de propuestas que están centradas en el aspecto de las competencias autonómicas estatutarias y que plantean la necesidad de reformar los estatutos de autonomía con el fin de asumir un mayor número de competencias y alcanzar así un mayor grado de autonomía –aquí se podría situar las propuestas de reforma del Estatuto gallego, valenciano, vasco, catalán, andaluz, canario, aragonés, balear, murciano, navarro, etc, algunas materializadas en textos articulados bajo la rúbrica de un

tomando un mayor protagonismo político y social, con la negociación entre el Gobierno central y autonómico de un proyecto de nuevo estatuto catalán<sup>6</sup>. Así pues, paralelo al proceso de integración estatal de España en la Unión Europea se está desarrollando un proceso de descentralización política. El Estado autonómico español ha ido evolucionando a lo largo de casi tres décadas dotando a las autonomías de un mayor gobierno y competencias. La propia Constitución española ha establecido las bases de consolidación de un proceso de descentralización territorial del poder en entidades regionales, comunidades autónomas, a las que se les ha ido incrementando sus competencias por la vía: de los Estatutos de autonomías que funcionan a modo de cuasi –constituciones regionales–, de las leyes de desarrollo de la Constitución –como ocurre con la LOAPA–, a través de sentencias del Tribunal Constitucional, leyes de armonización, desarrollo, de delegación o transferencia de competencias, de acuerdos autonómicos<sup>7</sup> o a través de las reformas Estatutarias, entre otros. La reforma territorial en España se mueve entre las aguas del federalismo consolidado y una fórmula de federalismo asimétrico<sup>8</sup>. En ella, los términos de cohesión y cooperación entre el

---

nuevo estatuto y de gran repercusión social y política como ha sido el llamado *Plan Ibarretxe* o las presentadas sobre el estatuto catalán por Pascual MARAGALL, Artur MAS o Carod ROVIRA.

<sup>6</sup> El 5 de octubre de 2005 se presenta ante el congreso de los diputados el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña que había sido debatido y aprobado en el *Parlament català* el 30 de septiembre del pasado año. El documento, que consta de unos 227 artículos, está siendo objeto de una fuerte polémica jurídica, política y social. Tras superar el primer debate en el pleno del congreso sobre su tramitación parlamentaria, el 2 de noviembre, se inició el plazo de proposición de enmiendas que concluyó con su presentación en 27 de diciembre del 2005. A principios de este año se establece una ponencia integrada por diputados del Congreso y del *Parlament* que, el 6 de marzo, concluyó este trabajo con la aprobación del preámbulo acordado entre PSOE y CiU, que recoge la definición de Cataluña como 'nación', y que contó con la oposición de ERC y del PP. El 21 de marzo, la Comisión Constitucional del Congreso, tras discutir la reforma, aprobó el día 21 de marzo el proyecto de estatuto. A partir de ahí, el día 30 de marzo, sería en el Pleno del Congreso el que se sometería a votación el texto. Mientras se desarrolla este proceso, ERC se desmarca del acuerdo alcanzado y el PP manifiesta su oposición buscando la intervención pública y presentando un recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Así, por un lado, el Grupo Popular presentó el recurso de amparo el pasado 2 de noviembre argumentando que la decisión del Congreso de tramitar como reforma estatutaria el proyecto procedente del Parlamento catalán vulneraba el artículo 23.2 de la Constitución y al no ser respetado y sí violado por los acuerdos de la Mesa; además solicitaba que se procediera a "anular dichos acuerdos y ordenar la tramitación como propuesta de reforma de la Constitución la denominada propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña", el 15 de marzo, el pleno del Tribunal Constitucional rechazó por siete votos frente a cinco, el recurso de amparo presentado contra la tramitación en el Congreso de los diputados del *Estatut català*. Por otro lado, el 31 de enero inicia su proceso de recogida de firmas para presentar ante el Congreso una proposición no de ley sobre la convocatoria de un referéndum que consulte a la población su opinión sobre la cuestión –figura que no contempla en art. 87.3 de la CE y que contradice a lo dispuesto en el art. 3.2.a) de la LORIL en el que se fija como requisitos de la iniciativa popular que el escrito de presentación contenga, entre otros, el texto articulado de la proposición de ley–.

<sup>7</sup> *Cfr.* Acuerdos autonómicos alcanzados en 1981 y 1992. Los acuerdos autonómicos de 31 de julio de 1981 cerraban el mapa autonómico fijando las comunidades autónomas y el procedimiento para aprobar sus estatutos, estos, firmados entre los dos principales partidos políticos de representación parlamentaria, se cumplirían sustancialmente a la hora de desarrollar los estatutos de las comunidades autónomas del artículo 143. De esta manera, se establecía un sistema generalizado de descentralización política que pretendía alcanzar una homogeneización competencial posterior, con los nuevos pactos autonómicos concluidos en la década de los noventa y las reformas de sus estatutos de autonomía. Así los acuerdos autonómicos firmados el 28 de febrero de 1992 y concretados en la ley orgánica 9/1992 de 23 de diciembre de pusieron en marcha el proceso de equiparación competencial de las comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143, una vez aprobada esta ley, la ampliación de las competencias de las comunidades autónomas restantes se trasladó a sus Estatutos de Autonomía los cuales fueron reformados en marzo del 1994 con el fin de que de esta manera no se produjesen de nuevo nuevos desniveles. Mas lo cierto es que esta ley ni las posteriores reformas de los Estatutos pudieron conseguir uniformar competencias como se pretendía, pues la diversidad se mantiene aun cuando todos los estatutos de autonomía se reforman asumiendo las competencias que permite el art. 148 de la CE.

<sup>8</sup> El concepto de federalismo asimétrico tiene su origen en los años sesenta para referirse a la concentración de colectividades étnicas, lingüísticas y culturales en un territorio. Posteriormente, se ha aplicado para referirse a un modelo preestablecido de diferencias entre entes federales o para aquellos que se deriva de adoptar un sistema abierto o flexible. En este sentido, autores como ÁLVAREZ CONDE subrayan que el federalismo asimétrico en principio o excluye a un federalismo homogéneo, la cuestión residiría en no cerrar e modelo de estado y buscar el equilibrio a través de principios como el de unidad, igualdad y solidaridad. (*Cfr.* ÁLVAREZ CONDE, E., "Homogeneidad y

Estado y las Comunidades autónomas y la paridad de las mismas son los elementos centrales de la evolución proceso de descentralización<sup>9</sup>.

El caso español nos sirve de ejemplo<sup>10</sup>. Nos encontramos entonces con una dificultad a la hora de definir al Estado actual dentro de los parámetros clásicos de soberanía, territorio, población o moneda que lo definían<sup>11</sup> política y jurídicamente hasta ahora. Hoy, el Estado se halla ante el desarrollo de dos procesos simultáneos que producen un vacío de sus competencias.

Por un lado, los llamados procesos de integración estatal, como la Unión Europea en los que se habla de multigobierno y multiconstitucionalismo. Lo que supone la existencia de un gobierno y una Constitución europea que se encuentra por encima de la española<sup>12</sup>. La existencia de esos elementos típicamente estatales en una entidad política integradora de la que forma parte el Estado español que genera otro problema: la dificultad de definir cuál es la posición del Estado en esa nueva forma de organización política. Ante la realidad de la pérdida de las competencias estatales<sup>13</sup> *ad extra* y que confieren a la Unión Europea un mayor protagonismo político a la hora de dirigir los aspectos cotidianos nuestras vidas, cabe hacer una breve reflexión sobre los rasgos estatales que presenta el Estado español.

Por otro lado, en la actualidad los procesos de descentralización política hacia unidades infraestatales que adquieren un mayor autogobierno, cobran un mayor protagonismo en España ante la demanda de reformas estatutarias en pos de un incremento de las competencias autonómicas. La pérdida de las competencias estatales *ad intra* son también un nuevo parámetro sobre el que tendremos que definir el nuevo concepto de Estado y, en concreto, a

---

asimetría en el modelo autonómico español”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense: Las Perspectivas del Estado Autonómico I*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1997, pp. 107-118)

<sup>9</sup> Sobre este aspecto, el profesor BLANCO VALDÉS destaca que el consenso constitucional en la actualidad se ve afectado por las diferentes posiciones adoptada en torno a la cuestión de la reforma constitucional. (Cfr. BLANCO VALDÉS, R., *Nacionalidades históricas y regiones sin historia: a propósito de la obsesión ruritana*, Alianza, Madrid, 2005, pp.185 y 187).

<sup>10</sup> Pero nos hallamos ante un fenómeno generalizado, aunque con peculiaridades en cada Estado, que se inició hace décadas y que se consolida en la actualidad. Bélgica, Italia, el Reino Unido, España son meros ejemplos europeos de la autonomía que alcanza el fenómeno regional hoy. Nos referiremos al caso español al ser el modelo más cercano.

<sup>11</sup> Esta sería la acepción de Estado emanada de los *Seis Libros de la República* de BODINO adoptada, posteriormente, por otros autores como ROSSEAU, KANT, HELLER, etc. que vinculan soberanía y positividad jurídica —cuando la definen como la capacidad para dictar y derogar leyes—. Desde este punto de vista, si faltase uno de estos elementos ya no haría Estado, aunque no todos ellos tienen la misma importancia, así, para JELLINEK el más importante de todos los elementos en el Estado “perfecto” es el poder del gobierno. (Cfr. JELLINEK, G., *Fragmentos de Estado*, Cuadernos civitas, Civitas, Madrid, 1978, p. 59).

<sup>12</sup> Cfr. los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, iniciado con la sentencia *Costa v. ENEL*, posteriormente, desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, ahora, reconocidos en el artículo I-6 del tratado constitucional sobre los que se ha expresado la voluntad conforme al ser refrendado. Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Tribunal constitucional español en el dictamen 1/2004 de 13 de diciembre. En él se determina la inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. De manera que, para el Tribunal constitucional, la primacía del derecho comunitario no choca con la supremacía de la Constitución española en nuestro ordenamiento jurídico ya que con la Ley orgánica que autorizaba la adhesión de España a las comunidades europeas —ley 10/1985 de 2 de agosto— ya se aceptaba el acervo comunitario del que formaba parte el principio de primacía; la entrada en vigor de la carta de derechos fundamentales no supone un cambio cualitativo en la consideración última de los derechos del Tribunal constitucional; y, para el Tribunal constitucional el artículo 93 de la CE ha sido vía suficiente para la integración del tratado en el derecho español. (Cfr. los ff. jj. 5-7 del dictamen 1/2004 de 13 de diciembre).

<sup>13</sup> Es necesario aclarar que esa pérdida de competencias estatales se refiere a las competencias de los Estados miembros e incluiría también la pérdida de las competencias de los entes infraestatales. Es decir, la pérdida de competencias de los Estados miembros a favor de la Unión Europea afecta a los Estados o a cualquiera que sea el titular de la misma según el sistema de distribución de competencias interno.

la hora de identificar los elementos que caracterizan al Estado de las autonomías tal y como se configura hoy.

Para abordar la cuestión central de este trabajo será necesario conocer ambos fenómenos y, a partir de aquí, dar una respuesta jurídica y política. A la hora de enfocar la cuestión partiremos del punto de vista del Estado ya que este es el protagonista de ambos fenómenos y haremos mención a los nuevos problemas que plantean los procesos de descentralización e integración estatal.

Los interrogantes de los que podríamos partir en nuestro trabajo serían: ¿Ante qué modelo de Estado nos encontramos cuando observamos que se produce una pérdida de sus competencias, y, en general, de su soberanía?, ¿la llamada crisis del Estado, ante la pérdida de su característica soberana esencial, conlleva a la desaparición del Estado como tal?, ¿si es así, si desapareciese el Estado, ante qué forma de organización política nos encontramos hoy? ¿en cambio, si por el contrario, simplemente nos hallamos ante una fase más de la evolución del Estado que de un modelo concentrado de poder soberano, típica característica de su origen, este evoluciona hacia una forma de poder intermedia entre la Unión Europea y los entes regionales, con un protagonismo y peso específico? ¿Es el modelo federal una forma de organización del poder que puede aportarnos alguna respuesta a estos nuevos problemas o simplemente se limita a las formas clásicas conocidas?

## II. EL ESTADO ACTUAL COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN POLÍTICA

El Estado es un tipo de comunidad política que presenta unos rasgos que lo identifican: su base territorial, la coacción y el poder absoluto e ilimitado (la soberanía)<sup>14</sup>. El Estado sería la máxima concentración de poder en un territorio determinado<sup>15</sup>. Como sabemos, los elementos que definirían a esta comunidad política serían: el territorio, la población y el poder<sup>16</sup>ejercido de un modo absoluto y perpetuo por el soberano. A lo largo de los siglos, esta forma de organización política evoluciona. Desde una forma soberana de estatismo se transforma en el Estado globalizado e integrado por entidades con autogobierno que conocemos en nuestros días. En la actualidad, el Estado experimenta un proceso nuevo en su evolución, en el que se produce un vacío de sus facultades a la vez que es protagonista indiscutible de los fenómenos

<sup>14</sup> BODINO lo define como “el poder absoluto y perpetuo de una república si bien la república es el recto gobierno de varias familias y de lo que les es común, con poder soberano. (Cfr. BODINO, J., *Los seis libros de la república*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1992, libro I Capítulo I, p. 10 y libro I, capítulo VIII, p. 47). De esta manera, la soberanía puede ser contemplada desde diversos ángulos. Desde un punto de vista interno, la soberanía supone que el pueblo otorga su propio ordenamiento jurídico, algunos hombres libres deciden su forma de gobierno y nombran a los que dirigirán los órganos de su estructura política conforme a las leyes y a la voluntad popular. Desde un punto de vista externo, un pueblo independiente y soberano se presenta ante el resto de los estados en un plano de igualdad, de manera que las relaciones internacionales existentes entre los distintos estados se mantienen entre semejantes.

<sup>15</sup> Máximo poder tanto *ad intra*, imponiéndose a la nobleza feudal y sentando las bases de un Derecho y Administración unificada (poder supremo en el interior); como *ad extra*, respecto del poder espiritual encarnado por el Papa como del temporal representado por el Emperador, al que no se reconocería como superior (poder independiente frente al exterior). Así, HELLER señala que la conexión entre la positividad y la soberanía se conseguiría solo cuando se origina un poder soberano distinto al poder espiritual del Papa, al del emperador y al de los señores feudales. Así, para este autor “Desde Bodino la esencia de la soberanía es el supremo poder para expedir y derogar leyes” (Cfr. HELLER, H., *La soberanía*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1965, pp.127 y 134).

<sup>16</sup> Si falta uno de estos elementos ya no hay Estado, aunque no todos ellos tienen la misma importancia. Para JELLINEK el más importante de todos los elementos en el Estado “perfecto” es el poder del gobierno. (Cfr. JELLINEK, G., *Fragments de Estado*, Cuadernos civitas, Civitas, Madrid, 1978, p. 59). Hasta tal punto se integran los conceptos de Estado y poder que autores como KUNZ definen al Estado como una estructura de poder (Cfr. KUHN, H., *El Estado. Una exposición filosófica*, ediciones RIALP, Madrid, 1979, p. 105).

de integración supraestatal y descentralización política. De esta manera, al producirse una cesión de competencias de los Estados ‘soberanos’ a entes infra y supraestatales, estos Estados pierden su carácter de soberanos absolutos, ya no ostentan un poder indivisible.

Es decir, se produce un cambio en el concepto de soberanía. La soberanía en su sentido clásico sería indivisible<sup>17</sup>, por lo que el término soberanía compartida semeja contradictorio<sup>18</sup>. En la actualidad, la idea de soberanía se emplea no solo en ámbito el legislativo sino que, también, se refiere, fundamentalmente, a la titularidad originaria del poder (por ejemplo en el caso de España la soberanía nacional reside en el pueblo español, art. 1.2 CE), a la plena competencia para hacer algo, o a la competencia de determinar quién es el titular de las potestades. En este sentido, la teoría clásica de la soberanía es inadecuada por varias razones<sup>19</sup> y, entre ellas, porque el poder de un Estado democrático soberano no es absoluto, total o ilimitado. Así que, podemos abandonar el concepto clásico de soberanía<sup>20</sup> y, en cambio, utilizar esta expresión como reparto de atribuciones, de facultades o de competencias entre distintas comunidades políticas o entes territoriales. Lo que serviría, a su vez, para entender una dinámica territorial a través de distintos niveles: el monismo de poder estatal deja paso al pluralismo de entes territoriales dentro del Estado (ya sea con procesos federalizantes o de regionalización) y más allá del Estado, de la globalización e interconexión a nivel continental o, incluso, global.

En el actual mundo globalizado y cada vez más postestatal, el Estado, como ente político tal y como era conocido hasta el momento, deja de existir al desaparecer la soberanía, en su sentido originario de poder absoluto<sup>21</sup>. Es decir, se produce una mutación de la naturaleza jurídico política del Estado<sup>22</sup>. Esta forma de organización política experimenta una pérdida

<sup>17</sup> Recordemos aquí la imagen de la soberanía como poder absoluto sobre la que BODINO predicaba los atributos de: 1. Poder soberano de dar leyes en todos en general ya cada particular sin el consentimiento de un superior o igual; 2. la resolución de la paz y de la guerra; 3. el instituir a los oficiales principales; 4. El derecho de última instancia; 5. derivado de este último, el poder de conceder gracia a los condenados; 6. el derecho de dar moneda y establecer medidas y pesos, que proceden de su potestad de dar leyes; 7. el derecho de gravar a los súbditos con contribuciones e impuestos o eximirlos, también procede de su potestad de dar leyes. (Cfr. BODINO, J., *Los seis libros de la república*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1992, libro I, cap. X, pp. 73 y ss.).

<sup>18</sup> Ya que si partimos de un concepto clásico de soberanía como poder absoluto y perpetuo, en la actualidad nos encontramos ante una cesión de los poderes, que conformarían la soberanía absoluta, a otros entes distintos de los estatales. La soberanía no es única y absoluta si no que se ceden distintas esferas de poder a otros actores políticos no estatales y se forman nuevos tipos de comunidades políticas en los que esos poderes aparecen compartidos, por lo que se habla de la existencia de un nuevo tipo de soberanía, la soberanía compartida que, en principio, se presenta como un concepto contrario a la indivisibilidad de poder de la soberanía clásica.

<sup>19</sup> Vid. KING, P., *Federalism and Federation*, ed. Crom Helm, London, 1982, p.141.

<sup>20</sup> Al respecto, HELLER subrayaba que “llamamos soberana a aquella voluntad de la comunidad a la que corresponden adoptar decisiones últimas y en la que reside el supremo poder legislativo, (cfr. HELLER, H., *La soberanía*,.... p. 134). De manera que, el Estado soberano sería una “unidad de voluntad resultado de una pluralidad de voluntades, no subordinada a ninguna otra unidad política decisoria superior” (cfr. HELLER, H., *La soberanía*,.... p. 164). Bajo este concepto clásico de Estado soberano no podríamos entender la actual existencia de comunidades políticas supraestatales o entes intraestatales dotadas de competencias compartidas, por ello, debemos abandonar ese concepto clásico de soberanía y acudir a un nuevo concepto de soberanía desvirtuada de su carácter absoluto y que admite ser compartida.

<sup>21</sup> Ha desaparecido la idea de una soberanía como la definida por HELLER “cualidad de una unidad territorial de decisión y acción en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aun en contra de los derechos” o de SCHMITT que se refiere al soberano como “el único que decide sobre el estado de emergencia” (cfr. HELLER, H., *La soberanía*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1965, pp. 290 y 154). Ahora quien decide sobre el estado de emergencia no es solo el Estado sino que otras comunidades infra o supraestatales tendrán algo que ver en esa decisión. El estado-nación ya no decide o se afirma de una manera absoluta aun contra el derecho si no que la comunidad internacional y las comunidades regionales tendrán un gran peso en la toma de otras decisiones estatales por el término decimonónico de Estado-nación ha de ser superado hacia un nuevo concepto de comunidad política.

<sup>22</sup> En el caso de las uniones de Estados se plantea de un modo más evidente esa mutación del concepto clásico de la soberanía estatal. En ellas, los miembros ceden esferas o ámbitos competenciales a la Unión lo que choca con

de competencias que podríamos decir que se dirigen hacia arriba, en relación con entidades supraestatales, y hacia abajo, respecto a entes infraestatales. El Estado vive momentos de profundos cambios, hasta el punto que algunos autores hablan de su desaparición o de la actual configuración de un nuevo paradigma estatal<sup>23</sup> a partir del anterior estatismo. En este sentido, cabe indicar que no es que los Estados están desapareciendo, sino que el sistema estatal adquiere una nueva dimensión la llamada “revolución federalista mundial”<sup>24</sup>.

*2.1. El fenómeno de multilevel governance y multilevel constitutionalism. La Unión Europea.* La realidad política avanza más rápido que cualquier clasificación teórica<sup>25</sup>, y las formas de estado claramente identificadas se quedan atrás cuando alzamos la vista y observamos formas políticas de uniones de Estados<sup>26</sup> como la de la Unión Europea, o procesos de descentralización como los acontecidos en el Reino Unido o España en las últimas décadas.

---

el concepto que sustentaba la idea de un Estado soberano clásico y, que, desde esa óptica, no permitiría entender el establecimiento de uniones de Estados en sentido moderno que tienen sus propias competencias a partir de las estatales. En este sentido, señala JELLINEK “en estos casos, entre los Estados, contradicen el concepto de soberanía tal y como hubo de ser formulada desde el siglo XVI al XVIII. (...) Una limitación mutua, permanente, de la legislación y administración de los Estados, tal y como a menudo es objeto del contenido de los modernos tratados, hubiera sido considerada como una disminución inadmisibles de la soberanía”. (Cfr. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, p. 640).

<sup>23</sup> “Uno que empezó como un suplemento está llamado ahora a una superposición sobre el sistema que prevaleció sobre la época moderna”. Esta superposición prevalece a través de los acuerdos militares políticos llegando a ser, como indica ELAZAR, *de iure*. Esa superposición parte de la restricción de la soberanía estatal. (Vid. ELAZAR, D., *Constitutionalizing Globalization The postmodern revival of confederal arrangement*, Rowman & Littlefield Publisher, inc, Oxford, 1984, p.19).

<sup>24</sup> ELAZAR señala que el federalismo nació como antídoto a tres fenómenos –la distribución interna del poder, la caída de las comunidades premodernas y la caída de los fundamentos aristocráticos– fortaleciendo el gobierno y favoreciendo a la igualdad y al autogobierno. A partir de ahí se ha extendido por todo el mundo (Cfr. ELAZAR, D., *Exploración del federalismo*, Hacer, Barcelona, 1987, pp.145 y ss).

<sup>25</sup> La clasificación más sencilla de las formas de Estado es la que distingue entre el Estado unitario, confederado y federal, atendiendo a diversos criterios. Estado unitario con centralización política y administrativa (el clásico ejemplo es Francia); Estado unitario con centralización política y descentralización administrativa (modelo francés tras las últimas reformas); Estado unitario con descentralización política y administrativa (el modelo regional italiano o español); Estado federal descentralizado, con su variante dual (Estados Unidos) y cooperativa (Alemania); y Estado federal centralizado, que vendría a ser una especie de “federalismo semántico” (antigua Unión Soviética y Yugoslavia). Dentro de las posibles clasificaciones, autores como KELSEN y WHEARE atienden al grado de centralización política a la hora de clasificar las formas de Estado y otros se cuestionan los parámetros de cada clase de Estado. Así, Preston KING indica que la federación incorpora alguna división de trabajo y reparto entre centro y perímetro, si bien esto sería solo una de las variedades de reglas de reparto democrático. (Cfr. KING, P., *Federalism and Federation*, Crownmhen, London, 1982, pp. 138 y ss). Respecto a las constituciones de estos estados, WHEARE, indica que en caso de constituciones unitarias las partes aparecen subordinadas al poder central, mientras que en las constituciones federales no existe una subordinación y en las confederadas es el gobierno federado el que está subordinado al gobierno de las partes (Cfr. WHEARE, K.C., *Las constituciones modernas*. Nueva colección Labor, ediciones Labor S.A., Barcelona, 1974, pp. 19 y ss; cfr. ELAZAR, D., *Constitutionalizing Globalization The postmodern revival of confederal arrangement*, Rowman & Littlefield Publisher, inc, Oxford, 1984, p. 26; y cfr. ELAZAR, D., *Exploración del Federalismo*, Barcelona, 1990).

<sup>26</sup> Las uniones de Estados entendidas en *amplo sensu* sería “toda relación permanente entre dos o varios de ellos con un fundamento jurídico”, y, *stricto sensu*, solo comprenderían a “las uniones permanentes jurídicas de los mismos, con un carácter político” (Cfr. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, pp. 638 y 641ss.). Las primeras pueden ser clasificadas en: 1. uniones aparentes de Estados, en los casos en los que los que una región análoga a un Estado queda sometida a una relación permanente con respecto a otra, desde un punto de vista histórico político tienen una estrecha semejanza con las uniones de Estados, es el caso de Australia o Canadá con el Reino Unido; 2. en uniones de Estados en sentido jurídico dentro de las que se distinguen las relaciones de dependencia fundadas en el derecho internacional, los estados superiores con estados inferiores, las uniones monárquicas, personales y reales, la confederación de estados y el Estado federal. Frente a las primeras, las uniones políticas de Estados “abrazan algunos Estados en su completa existencia, o a una parte de los Estados agrupados, o conceden a un miembro de la asociación el derecho y poder para dirigir la vida del otro y utilizarlo para sus fines”.

*El actual contexto de globalización se caracteriza porque las comunidades políticas supraestatales y postestatales—como UE, OMC, NAFTA, ALCA, etc.—incrementan su relevancia. Así, actualmente el Estado sufre una pérdida de poder. Desde un punto de vista ad extra, esa pérdida de poder se produce al configurarse una sociedad interdependiente y globalizada en la que las distintas entidades internacionales creadas, asumen competencias y facultades que antes pertenecían al Estado. Desde un punto de vista ad intra, también se produce una pérdida de poder porque las entidades territoriales que formaban parte de estos Estados no solo ejercen más facultades sino que cada vez adquieren una mayor autonomía respecto al ente estatal.*

La unión real de los Estados es una formación que pertenece a los tiempos modernos, porque, como apunta JELLINEK<sup>27</sup>, las relaciones medievales y la diferencia establecida entre la soberanía territorial y la del poder del Estado no era posible que se produjera tal anexión. El Estado<sup>28</sup> ha de adaptarse a las nuevas circunstancias, configurándose como un ente de protagonismo político que interactúa con entes *infra* y *supraestatales* dentro de un nuevo concepto de comunidad política que presenta rasgos de globalización y multigobierno. Por lo tanto, este nuevo contexto de multigobierno supone la cesión de parte de los poderes estatales a nuevos protagonistas políticos sin que el Estado desaparezca en la esfera política y jurídica como actor principal.

La mejor vía de protección de las esferas de poder de los distintos entes políticos sería el establecimiento por la vía del pacto de los ámbitos de actuación e interdependencia de los niveles que integran una región, de un Estado, o de una comunidad política mayor. Este es el modelo de organización política que se nos presenta hoy y que se conoce como *multilevel governance* o *multilevel constitutionalism* en el que nos hallamos ante la existencia de una compatibilidad entre comunidades políticas de múltiples niveles, que cooperan y están interconectadas entre sí y en las que coexisten distintos niveles de constitucionalismo y no solo de gobierno.

En el caso de España, debemos centrarnos en el fenómeno de integración política en que nos hallamos, la Unión Europea y la situación de multiconstitucionalismo que genera. El concepto *multilevel constitutionalism* tendría sus orígenes en el de *multilevel governance*, que ya fue utilizado por algunos autores anglosajones en la década de los ochenta y que pudo ser introducido por Gary MARKS en 1992 para referirse a los distintos niveles de gobierno existentes en la Unión Europea<sup>29</sup>. Este concepto de *multilevel constitutionalism* parte de la concurrencia de cinco elementos básicos<sup>30</sup>:

El primero del que se establece es el de un concepto “postnacional” de Constitución, es decir, la idea de la existencia de una carta magna no debe ligarse íntimamente con la idea de nación, este concepto ha de ser superado para comprender la existencia de un texto

<sup>27</sup> El autor señala que dicha separación entre soberanía de la potestad del Estado y la soberanía territorial se mantendrá hasta la Paz de Westfalia y que la primera unión real de Estados se produce a través de la unión real legítima entre los países de los Habsburgo. (Cfr. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, p. 653).

<sup>28</sup> Así, hemos abandonado la concepción de Estado soberano como el que ostenta el más alto poder decisorio como una corporación. (cfr. HELLER, H., *La soberanía*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1965, p. 164). Aún más, JELLINEK destaca que el concepto de soberanía como poder absoluto e ilimitado en estos momentos no puede ser conciliado con la realidad histórica del Estado, ya que los entes estatales se han unido por un sistema de tratados, que el autor califica como administrativos. (Cfr. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*,..., p. 641).

<sup>29</sup> Posteriormente, este concepto fue desarrollado por autores como CAPORASSO, HOOGLÉ, RICHARDSON, RISSE-KAPPEN, etc.

<sup>30</sup> Vid. PERNICE, I., “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, 2002, vol. 27, nº 5, pp. 514-515.

constitucional –codificado o no<sup>31</sup>– que reciba el nombre de Constitución Europea y que, con carácter supremo vincule a los poderes y ciudadanos de la Unión. Para autores como HÄBERLE<sup>32</sup>, en la actualidad Europa ya vive bajo un conjunto de constituciones parciales escritas y no escritas, si bien sería necesario avanzar en la “aptitud constitucional” de la Unión lo que se lograría al entrar en vigor el nuevo texto constitucional, proceso en el que nos encontramos hoy.

El segundo de los elementos sería que el *European Constitution-making* sea un proceso conducido por los ciudadanos, de manera que la elaboración de la Constitución europea no sea ajena al pueblo y se convierta en una Constitución de tecnócratas. Esta idea ha estado presente tanto en la elaboración del tratado constitucional, en la Convención, como ahora en su ratificación directa por la ciudadanía a través del referéndum o indirectamente por la aprobación realizada por sus representantes políticos.

El tercer elemento es el de la necesaria intervención de las constituciones nacionales en el funcionamiento de la Constitución de la Unión Europea. De manera que, la Constitución Europea no puede operar sin las constituciones nacionales, dado el protagonismo estatal en el proceso de Unión y en la dimensión política jurídica de la misma, no cabe imaginarse que la Constitución de la Unión Europea suponga la extinción del constitucionalismo<sup>33</sup> propio de los Estados. Al contrario, este último adquiere una nueva dimensión al tener como supremos elementos que forman parte del constitucionalismo europeo y con el que coexiste. Sí en cambio, cabe la posibilidad de que se reformen algunas partes de las constituciones de los Estados miembros para adaptar el texto constitucional al proceso Europeo esto ya ha acontecido en nuestro país<sup>34</sup> a propósito de la entrada en la UE<sup>35</sup> o en otros, como Alemania

<sup>31</sup> Sobre las constituciones escritas y no codificadas, como la de la Unión Europea hasta que se adopte un texto único que reciba este calificativo, es pertinente revisar las ideas de WHEARE, referidas sobre el supuesto del Reino Unido ya que en este caso, como señala el autor, no es que no exista una Constitución escrita, como se venía destacando hasta entonces, sino que simplemente no se encontraba codificada en un único cuerpo normativo pero los documentos jurídicos que la integran sí están escritos. WHEARE señala que Gran Bretaña no tiene Constitución escrita codificada porque: no ha tenido la experiencia de querer dar una nueva base o arranque; su carta de derechos tiene contenidos constitucionales pero no es Constitución sino que ocupa una pequeña parte de ella; en el Reino Unido las uniones no eran de tipo federal, determinadas garantías ya formaban parte del convenio de unión y porque la primacía del Parlamento y su soberanía no estaba dispuestas a que una constitución los controlase (Cfr. WHEARE, K.C., *Las Constituciones modernas*, Nueva Colección labor S.A., Calabria, Barcelona, 1974, p.15).

<sup>32</sup> Cfr. HÄBERLE, P., “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, Sevilla, 2004, pp. 12-15.

<sup>33</sup> Recordemos aquí, la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 *acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la Constitución Española y el art. 8B, ap.1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en la redacción que resultaría del art. G B, 10 del Tratado de la Unión Europea* y el pronunciamiento del Tribunal constitucional español en su dictamen de 13 diciembre 2004 *sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004*, al que ya nos hemos referido.

<sup>34</sup> En España, el límite constitucional del derecho comunitario se puede extraer de la sentencia *Apesco*, dada en Madrid el 22 de marzo de 1991, en la que el Tribunal Constitucional subrayó que la vinculación al derecho comunitario tiene su fundamento en el artículo 93 de la carta magna, que permite, a una instancia internacional o supranacional, *el ejercicio*, no la titularidad, de competencias derivadas de la Constitución. Pero el Tribunal añadió que no cabía la posibilidad de recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones comunitarias, habida cuenta que solo es procedente contra actividad de los poderes públicos españoles, según lo dispone el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (Cfr. SILVA GARCÍA, F. “La Unión Europea. Problemas constitucionales derivados de su estructura y funcionamiento institucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nº 104, mayo-agosto 2002, UNAM, México, pp 589-620).

<sup>35</sup> Así, la reforma la primera y única modificación del texto constitucional fue aprobada por las Cortes Generales y sancionada por el Rey el 27 de agosto de 1992 y consistió en agregar dos palabras “y pasivo” a la redacción del artículo 13.2 como consecuencia del Tratado de Maastricht, en relación con el derecho de sufragio “más allá de la ciudadanía de un Estado”.

y la polémica sentencia Maastricht sobre derechos fundamentales del Tribunal constitucional federal<sup>36</sup>.

En cuarto lugar, las múltiples identidades de los ciudadanos de la Unión y el derecho de las minorías no pueden ser eludidos<sup>37</sup>. La Unión ha empleado como mecanismo para su intervención no solo el de establecer órganos e instituciones que los representen como el Parlamento Europeo y el Comité de las regiones a los que les ha ido dotando de mayores competencias<sup>38</sup> sino también fomentando el desenvolvimiento económico de zonas periféricas o en peor situación de desarrollo, o estableciendo consideraciones jurídicas específicas en la aplicación de lo dispuesto en su normativa jurídica, especialmente tratados<sup>39</sup>. En este sentido, el Tratado constitucional europeo ha avanzado. Ante las dos alternativas posibles bien de mantener la cuestión regional como un asunto de fuero interno estatal o bien su integración en el ámbito constitucional europeo, el Tratado constitucional ha optado por garantizar el principio de autonomía en el artículo I-5 aunque las regiones no constituyen entes autónomos en la Unión Europea. De esta manera, el fenómeno autonómico alcanza el nivel constitucional europeo aunque con un carácter limitado: el que establezca el Estado miembro. Es decir, desde el punto de vista constitucional, la Unión estará abierta a lo previsto por España respecto al desarrollo del Estado autonómico. Así, el Tratado constitucional permite un potencial desarrollo, implícito y explícito, de la cuestión regional que permitiría colmar algunas de las lagunas derivadas de la literalidad del articulado y compensaría las deficiencias<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> A partir de las previsiones establecidas en Ley Fundamental de Bonn en materia de derechos fundamentales que configuran, según lo dispone su artículo 79, el núcleo intangible de dicho ordenamiento, el tribunal alemán en las sentencias *Solange I*, *Solange II* se había declarado implícitamente última instancia para controlar la actividad comunitaria. La sentencia de Maastricht –*Brunner et alii contra el TUE*– de 12 de octubre de 1993 suspendió dicho control y argumentó que su actividad se desplegaría a través de una relación de cooperación con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, mientras que al órgano jurisdiccional comunitario le correspondería garantizar una protección de derechos en cada caso concreto, el tribunal germano se limitaría a vigilar, de forma general, que el estándar alemán irrenunciable de tales derechos no fuera contravenido.

<sup>37</sup> Así, el preámbulo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se refiere a la Unión como “unida en la diversidad” lo que es toda una declaración de presupuestos y principios sobre los que parte la Unión.

<sup>38</sup> Esto no supone que se agoten las posibilidades de la presencia regional en la Unión Europea. El tratado constitucional atiende a algunas de las reivindicaciones regionales –la extensión del principio de subsidiariedad al ámbito regional, el incremento del Comité de las regiones, su participación en el ámbito judicial, etc.–. En este sentido, el tratado constitucional europeo introduce pocas novedades a favor de un mayor protagonismo de los mismos. Desde el punto de vista del Parlamento se prevé que las leyes de la Unión serán aprobadas conjuntamente por el Parlamento y el Consejo Europeo, se clarifica la división de poderes con un legislativo formado por el Consejo y el Parlamento Europeo; se consolida a la Comisión Europea como gobierno de la Unión y se crea la figura del presidente estable del Consejo Europeo y del Ministro de Asuntos Exteriores; se aumenta la participación de los parlamentos nacionales en las decisiones de la Unión y, en general, se refuerza el papel de las regiones, ciudades y municipios. Desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, este se extiende al ámbito regional y es objeto de control político mediante dictámenes directos de los Parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo europeo y, en caso de litigio, mediante un derecho de recurso propio de los Parlamentos. Y, finalmente, desde el punto de vista del Comité de las Regiones las novedades consistirían en la posibilidad de que emita un dictamen si hubiese intereses regionales en juego, la posibilidad de recurrir directamente ante el TJCE contra normas del Consejo, Comisión o Parlamento y la posibilidad de accionar el mecanismo de alerta temprana mientras se tramita una normativa.

<sup>39</sup> Simplemente, y a modo de ejemplo, recordemos las disposiciones excepcionales previstas en los tratados para regiones como Canarias, Açores, Madeira, Islas del Canal, etc., que podemos encontrar el Anexo II del TCCE bajo la rúbrica “Países y Territorios de Ultramar a los que se aplicarán las disposiciones de la cuarta parte del Tratado” o los protocolos sobre el Reino Unido e Irlanda integrados en el TUE.

<sup>40</sup> Como sería el hecho de que la autonomía regional se deje en manos de los Estados. Para ello debemos esperar hasta que se integren este texto jurídico-constitucional en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, a partir de ahí se concretará su ulterior desarrollo. (Cfr. JÁUREGUI, G., “La participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea”, en *Revista catalana de dret públic* 31, 2005, pp. 144 y ss.).

Y, finalmente, el quinto de esos elementos sería que la Unión Europea sea una unión de ciudadanos europeos. No nos hallamos ante una mera organización internacional sino que la Unión Europea integra a los Estados miembros y a los ciudadanos de la Unión, a los poderes políticos y a pueblo de Europa. Es decir, hemos pasado a la integración político-social y no solo económica que reconoce a los ciudadanos europeos los mismos derechos en todo el territorio comunitario por el que puede libremente circular. Al respecto, el Tratado constitucional europeo adopta una posición en cierto modo ambigua. Por un lado, en el artículo I-1 y al tratar la composición del parlamento europeo, el Tratado constitucional se refiere a los ciudadanos europeos y no a los pueblos de los Estados miembros. Sin embargo, por otro, el texto constitucional se refiere directamente a los pueblos europeos como hace en el artículo I-3 y a la ciudadanía en otras ocasiones, como el artículo I-10.2.d.

De este modo, una Constitución europea en esta situación de *multilevel constitutionalism* no podría eludir la existencia de las constituciones de los Estados miembros, ni nacer de espaldas a una ciudadanía europea. Además, esa estructura multinivel de la Constitución europea, a la que se refiere en un primer momento, implica que existan distintas competencias entre los Estados miembro y la Unión y que esas competencias sean atribuidas y limitadas por la naturaleza, la materia, etc., como lo implica ya el federalismo. La clave de ese proceso constitucional multinivel es que la relación establecida entre los entes competentes no es una relación jerárquica sino de distintos niveles de gobierno y constituciones que coexisten.

Aunque formalmente no se le reconoce a la Unión Europea su carácter de federación, no se puede eludir el hecho de que esta aparece como una forma única de unión en que los Estados miembros siguen siendo naciones independientes y soberanas que comparten al mismo tiempo su soberanía en muchos ámbitos de interés común lo que les proporciona una fuerza e influencia colectivas en la escena mundial que ninguno de ellos tendría individualmente. Al mismo tiempo, existe un reconocimiento explícito de la supremacía, efecto directo y unidad de la normativa comunitaria. Todo ello hace que parte del debate sobre el futuro de Europa se centre en la cuestión de si la UE debe o no ser más 'federal', lo que su pone un reconocimiento implícito de la existencia de elementos federales en la Unión Europea o que se trate de un modelo de federalismo distinto a los modelos teóricos conocidos hasta ahora y que se referían a Estados y no a entes integradores de los mismos, el llamado *intellectual puzzle*<sup>41</sup>.

*2.2. Los fenómenos de descentralización ad intra. El Estado autonómico.* Actualmente existen Estados federales bastante centralizados y Estados unitarios muy descentralizados, es el caso de España. Estado unitario se caracteriza por la existencia de una única fuente de poder originario en todo su territorio. Respecto a las constituciones de este tipo de Estados, WHEARE<sup>42</sup> subraya que han de recoger: la estructura de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en términos generales; la naturaleza de sus relaciones recíprocas; la naturaleza de las relaciones entre los tres poderes y su relación con la comunidad y los derechos de los ciudadanos y sus

<sup>41</sup> Este término ha sido empleado por BURGESS, para referirse al hecho de que la Unión Europea, no siendo un Estado sin embargo su proceso de integración presenta elementos tanto federales como confederales. (Cfr. BURGESS, M., *Federalism and European Union, Political idea, influences and strategies in the European Community, 1972-1987*, Roudge, London, 2000, pp. 253-272).

<sup>42</sup> Cfr. WHEARE, K.C., *Las Constituciones modernas*, Nueva Colección Labor S.A., Calabria, Barcelona, 1974, p. 39.

limitaciones. El cuerpo legislativo puede regular la puesta en marcha de esos principios y la adaptación de la Constitución a las necesidades cambiantes.

La Constitución española va más allá, reconoce la existencia de regiones con derecho a la autonomía, garantiza ese derecho y estructura, en su Título VIII, las competencias estatales y autonómicas. Nos hallamos ante un nuevo modelo de Estado unitario, el Estado autonómico<sup>43</sup>. La realidad política actual nos presenta muchas formas de Estado intermedias que se escapan a la clásica distinción Estado unitario-Estado federal. Así, pierde virtuosidad la clasificación de Estados en unitarios y/o federales al aparecer fórmulas intermedias de Estados unitarios descentralizados política y administrativamente. En este supuesto se incluiría el Estado autonómico español<sup>44</sup>, como veremos. Este modelo, externamente, semeja en parte a un modelo federal pero, internamente, la soberanía originaria corresponde al Estado mismo –poder central– y no a las regiones o autonomías.

La indefinición teórica del modelo de Estado adoptado por la Constitución española permitió, en la práctica, que se desarrollase un proceso flexible y abierto que se denominó proceso autonómico. Este proceso supuso la configuración del Estado autonómico o el Estado de las autonomías. Esa denominación procede del reconocimiento que el artículo 2 de la carta magna hace al principio de autonomía aunque no exista un reconocimiento del vocablo Estado autonómico<sup>45</sup>. El concepto de Estado autonómico refleja el complejo panorama político español en el que, si bien se ha logrado un consenso por el constituyente en muchos puntos, en materia de organización territorial<sup>46</sup>, sin embargo, se mantienen muchas

<sup>43</sup> Los rasgos que identifican al Estado autonómico, pueden enumerarse como: 1. un Estado de estructura descentralizada creado por la Constitución española para atender la los problemas históricos y a la unidad territorial; 2. los principios generales de este modelo de organización política territorial del poder se hallan en la CE pero son desarrollados por los Estatutos de autonomía, acuerdos políticos, leyes ulteriores y sentencias del Tribunal constitucional; 3. ha supuesto que de un Estado super centralizado se establezca un modelo fuertemente descentralizado sin que exista un modelo teórico referencial; 4. no hay una definición clara de los elementos fundamentales de este modelo de Estado que nos oriente de su evolución futura, se trata de un proceso dinámico, flexible e inconcluso, lo que suscita la necesidad de trazar grandes líneas maestras para identificarlo; 5. esa indefinición se deriva de sus rasgos esenciales y su relación con el modelo federal; 6. el Estado autonómico presenta rasgos comunes a los Estados federales europeos: como es el reconocimiento constitucional de la autonomía, la existencia de instituciones políticas propias, la distribución competencial, etc.; 7. además de esos elementos comunes, el Estado autonómico presenta rasgos específicos como ha sido el reconocimiento de hechos diferenciales en algunas comunidades; 8. existen problemas autonómicos pendientes de una solución política, algunos pueden ser generalizados para todas las comunidades autónomas, como la escasa representatividad del Senado, y otros requieren un tratamiento específico, como es el del concierto económico vasco; 9. el Ingreso de España en la Unión Europea ha afectado a la posición y competencias de las comunidades autónomas, ha de lograrse un desarrollo del Estado autonómico en el marco del proceso comunitario, en este sentido AJA habla de la existencia de un embrión de la nueva unidad política que previsiblemente modifique la posición del Estado y las comunidades autónomas. Al respecto, resultan interesantes las diez tesis y una cita sobre el carácter del Estado autonómico que configuran los rasgos del mismo recogidos por AJA, en artículo titulado “Igualdad competencial y hecho diferencial”, en AJA, E., *et alii*, *Uniformidad o diversidad de las comunidades autónomas*, *Colecció Institut d'Estudis Autonòmics*, nº 23, Barcelona, 1995, pp. 71 y ss.

<sup>44</sup> La característica especial del federalismo en el caso del Estado autonómico reside en su evolución. Su punto de partida no ha sido la diversidad dirigida a la unidad sino la salida ha sido la unidad “contruida de una forma autoritaria” para alcanzar el reconocimiento jurídico y político de una pluralidad de centros de poder. Por este motivo BLANCO VALDÉS sostiene que nos hallaríamos ante un experimento peculiar, un caso de federalismo al revés, en el que paradójicamente cuanto mayor es la descentralización mayor es la presión centrífuga. (Cf. BLANCO VALDÉS, R., *Nacionalidades históricas y regiones sin historia: a propósito de la obsesión ruritana*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 22 y 23).

<sup>45</sup> Incluso se han planteado propuestas para incluir el término de Comunidades autónomas en algunos artículos. Así, en enero del 2006 el Consejo de Estado presentó el llamado “informe sobre modificaciones de la Constitución española” en el que se proponía la inclusión del término Comunidades autónomas bien en el título preliminar o en los artículos 2, 137 y 143 y, la modificación de la redacción de otros artículos relacionados –como son los artículos 144, 146, 148, 151 y 152–. (Cf. *Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Europea*, proyecto, enero 2006, parte IV, pp. 128-224). Finalmente, las modificaciones sobre la reforma constitucional fueron aprobadas por el pleno del Consejo de Estado el 17 de febrero de este año.

<sup>46</sup> Como ha sido el reconocimiento de las autonomías, sus instituciones, su significado jurídico, etc.

diferencias entre los territorios. Ese consenso de mínimos se ha manifestado en la adopción de un acuerdo que ha requerido el posterior desarrollo práctico en estatutos de autonomía, leyes, sentencias del tribunal constitucional, etc. Por ello, se dice que el proceso de autonomía es un proceso abierto y necesitado de ulteriores concreciones, de un perfeccionamiento.

Estado autonómico es el resultado de la interacción de diversos elementos jurídicos y políticos tanto dentro como fuera de España. Así, la integración en las Comunidades europeas tendría un peso decisivo a la hora de configurar el ámbito competencial tanto del Estado, del ente europeo como el de las comunidades autónomas, al establecer un nuevo orden jurídico político en un modelo de descentralización territorial aún no definido, sino abierto e inconcluso.

Así, existen una serie de factores del Estado de las autonomías que siguen pendientes de un concreción, como son: los aún no realizados traspasos de competencias, la reforma del senado, el incremento de la participación regional en el seno de la Unión Europea, las propuestas de reformas estatutarias, etc. La inexistencia de una única estructura de poderes que actúe sobre todo el territorio, indica que el Estado autonómico aunque abierto no es un Estado unitario. El modelo de Estado español es indefinido, no se identifica claramente con un modelo de Estado que esté predefinido. A pesar de la indefinición teórica del modelo de Estado autonómico español, sí podemos señalar algunos elementos que determinan su carácter autonómico. Entre esas premisas de los que debemos partir para hablar de este tipo de Estado, señalaremos que:

Primeramente, la autonomía no es soberanía. Mientras que la soberanía reside en el pueblo español<sup>47</sup>, la autonomía podría definirse como la capacidad de autonormarse y de autogobierno, es decir, es la capacidad de decisión de tipo político y jurídico. La autonomía es un poder limitado, congruente con la unidad total del ordenamiento jurídico y político, se halla reducida a un haz de facultades o potestades para la gestión de los intereses de las respectivas comunidades autónomas<sup>48</sup>. Esta autonomía de las comunidades autónomas es distinta a la autonomía local. Es decir, la estructura del poder territorial está graduada no jerarquizada y reservada constitucionalmente a la consecución de sus propios intereses. La autonomía corresponde a las distintas comunidades autónomas que han establecido sus instituciones, sus estatutos y normas y se encargan de su ejecución, pero carecen de un poder judicial propio<sup>49</sup>. La soberanía, en cambio, es un poder supremo, ilimitado y perpetuo para hacer leyes<sup>50</sup>. No tendría los límites de la autonomía que han sido establecidos en la Constitución –interés general, solidaridad entre regiones, poder coactivo federal, etc.–.

En segundo término, la autonomía de la comunidad autónoma no puede comprenderse dentro del modelo de Estado unitario clásico. El Estado unitario exige la existencia de una única estructura centralizada de poder sin que sea posible una separación vertical de potestades paralela a la división horizontal de poderes. En el Estado autonómico español, las autonomías dotadas de autogobierno poseen el poder Legislativo y Ejecutivo. La relación de estos poderes autónomos con los poderes del Estado no está fijada por la jerarquía, cada uno

<sup>47</sup> Cfr. el artículo 1.2 de la Carta Magna española.

<sup>48</sup> Cfr. el artículo 137 de la Constitución española y la f. j. 3 de la sentencia del Tribunal constitucional de 28 de julio de 1981 (STC 32/1981) en la que se indica que la garantía institucional es un derecho de los distintos entes territoriales a intervenir en los asuntos que afecten a su comunidad.

<sup>49</sup> Así, los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas comunidades autónomas se integran dentro de la estructura judicial central.

<sup>50</sup> Recordemos la ya comentada definición que nos aportó BODINO en los *Seis libros de la República*.

tiene un ámbito de actuación más o menos definido y han de cooperar y colaborar aunque todos ellos siempre se hallan supeditados a los que establece la Constitución española y a sus leyes de desarrollo<sup>51</sup>.

En tercer lugar, la autonomía guarda cierto paralelismo o presenta elementos comunes al Estado federal, frente al modelo de Estado unitario del franquismo<sup>52</sup>. Así, muchos autores, constitucionalistas y politólogos<sup>53</sup> subrayan que el Estado español es un Estado federal con peculiaridades y diferencias como ocurre con los demás Estados federales entre sí. Aunque fueron numerosos los supuestos sociopolíticos<sup>54</sup> que impidieron que al constituyente español inclinarse claramente por alguno de los dos sistemas de organización de poder. Mas la evolución práctica del mismo ha ido acentuando el carácter federal del Estado español. Esto no significa el que se aceptase sin más este modelo, existían razones que se argumentaban en contra del modelo federal de Estado español, como eran: el temor a un desorden político y jurídico semejante al de la segunda República, el miedo a que apareciesen disfunciones en el trabajo de la administración pública estatal, el que se incrementase la descentralización funcional<sup>55</sup>, etc.

La evolución del proceso autonómico iría concretando el acuerdo de mínimos alcanzado en la Constitución y fijaría los perfiles que dibujan al Estado de las autonomías. Dentro de esos perfiles los elementos que incrementan la autonomía de las regiones son numerosos, esto permite acercar el modelo español al de un Estado federal<sup>56</sup>, entre ellos citaremos: las preautonomías constituidas por los decretos leyes y que extienden la aspiración de autogobierno a todas las demás regiones; la composición política de las Cortes constituyentes con una presencia relevante de los nacionalismos catalán y vasco; la posición autonomista de la izquierda estatal y la posición centralista de la UCD, partido en el gobierno, lo que se traduciría en considerar a la estructura autonómica como asimétrica; la progresiva extensión

<sup>51</sup> También, incluimos aquí a los principios constitucionales, los estatutos, las leyes orgánicas y ordinarias y a la jurisprudencia que desarrollan lo establecido en la Constitución española.

<sup>52</sup> Así, “la España posfranquista cada vez más responde a una lógica federale hecho sino de derecho. El movimiento descentralizador implica el reconocimiento de España como un estado plurinacional y multilingüe. Implicaba también el reconocimiento de la necesidad de introducir el principio de autogobierno en el tejido político”. (Cfr., AGRANOFF, R., RAMOS GALLARÍN, J. A., “La evolución hacia una democracia federal en espera: un sistema de relaciones intergubernamentales”, p. 55, en AGRANOFF, R., *et alii*, *El Estado de las autonomías ¿Hacia un nuevo federalismo?*, IVAP, Vitoria, 1998, p. 559).

<sup>53</sup> Entre otros, destacaremos a ELAZAR, AJA, SOLOZABAL ECHEVARRÍA, TRUJILLO FERNÁNDEZ, etc. En este sentido, PECES-BARBA habla de un Estado funcionalmente federal basado en el concepto indispensable de autonomía generalizada y que presenta rasgos de asimetría. Para el jurista nos hallamos ante un federalismo funcional asimétrico en el que surge la necesidad de completar el modelo. (Cfr. PECES-BARBA, G., “Una lectura de la Constitución española”, en CUÇO, A., *et alii*, *La organización territorial del Estado: España en Europa: un análisis comparado*, Universidad de Valencia, 2002, pp. 67 y 73)

<sup>54</sup> Citaremos entre ellos: la crisis del modelo franquista en el que el Estado unitario era uno de sus máximos exponentes, el agotamiento histórico del modelo unitario y el intento de acercar los centros de decisión al ciudadano, el impulso de las llamadas comunidades históricas por transformar la estructura central del Estado, la exigencia técnica funcional de redistribuir territorialmente el poder del Estado y las regiones que cobran cada vez un mayor protagonismo político y jurídico, etc.

<sup>55</sup> Esa descentralización funcional se produciría por el establecimiento de organizaciones públicas territoriales o entidades locales, de organismos autónomos, sociedades públicas, fundaciones de interés público etc. La descentralización aparece como una fórmula abierta y centrada al mismo tiempo que gira en torno a los principios de unidad y autonomía lo que presenta la apariencia de una “descentralización en cajas chinas” (Cfr. BLANCO VALDÉS, R., *Nacionalidades históricas y regiones sin historia: a propósito de la obsesión ruritana*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 49 y ss).

<sup>56</sup> Estos es lo que CRUZ DE VILLALÓN llamó desconstitucionalización de la estructura del Estado, permitida por la propia Constitución, cit. por BLANCO VALDÉS, R., “El Estado federal interminable”, en GARCÍA DE CORTÁZAR, F., *El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura definitiva*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, número 66, Madrid, 2001, p. 172.

del modelo de autonomía a todas las comunidades autónomas<sup>57</sup>. De manera que observamos que son muchos los elementos que han ido acercando al proceso autonómico al de un Estado federal. Tras un desarrollo no igualitario de las autonomías se ha ido homogeneizando sus competencias sobre todo en la década de los noventa.

Dentro del modelo de Estado autonómico, los principios de unidad y autonomía son imprescindibles para comprender las tensiones existentes entre la centralización y regionalización de las competencias. Ambos aparecen recogidos y garantizados en la Constitución española<sup>58</sup> como los principios básicos del modelo de Estado aunque parezcan contradictorios. Las fuerzas centrípetas y centrífugas de ambos principios son las que marcan la evolución y consolidación del proceso de autonomía hacia una tendencia más federalista. El Estado unitario autonómico se caracteriza por: la igualdad de derechos en todas las comunidades autónomas y la libre circulación<sup>59</sup>; los estatutos de autonomía formalmente semejan las constituciones de los Estados federales, y en el caso de las comunidades autónomas privilegiadas, recordemos que estos son superiores a las demás por su carácter pacticio; los órganos de gobierno autonómico son elegidos por el pueblo de la comunidad autónoma y no están subordinados a la legislación central; existe una separación de competencias entre los poderes central y autonómico expresada en listas de competencias que figuran en la Constitución y en los estatutos de autonomía, etc. Todas estas características del modelo de Estado semejan las que identifican a un Estado federal.

Pero el modelo de Estado que establece la Constitución española es el de un Estado unitario con rasgos federales. Ante esa indefinición teórica sobre el modelo de Estado español, algunos autores han apreciado un nuevo traspaso de funciones de ejecución o administrativa del Estado a municipios provincias o regiones, pudiendo ser recentralizadas. Pero aunque se produzca una recentralización de las competencias, el Estado autonómico avanza, no puede retroceder, salvo por una reforma constitucional<sup>60</sup>. En un primer momento, las delegaciones y transferencias estatales, realizadas en virtud del artículo 150.2 de la Constitución y los

<sup>57</sup> Desaparecerían los conceptos de comunidades autónomas de vía rápida o vía lenta. Esto se debe a la dinámica existente entre las distintas comunidades, en principio especiales, conformadoras del modelo autonómico pero se permite que posteriormente se demanden más competencias por el resto de comunidades autónomas. Esta total homogeneización de competencias se debe para algunos autores a la aparición de una clase política autonómica que dependía de la consolidación del poder autonómico y del incremento de sus competencias para mantener su posición dentro de las cortes entre 1993-1996. (Cfr. BLANCO VALDÉS, R., "El Estado federal interminable", en GARCÍA DE CORTÁZAR, F., *El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura definitiva*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, número 66, Madrid, 2001, p. 183).

<sup>58</sup> Cfr. el artículo 2 de la Constitución española y su desarrollo en el Título VIII, especialmente los artículos del 143 al 158, así como la disposición adicional 1ª y las disposiciones transitorias 1ª a 6ª de la misma.

<sup>59</sup> Cfr. los artículos 2 y 139 de la Constitución española.

<sup>60</sup> Una reforma del texto constitucional de tal calado, de retroceso, supondría un cambio profundo no solo por modificar uno de los títulos más importantes, el VIII, sino porque, además de la Carta Magna, se alterarían elementos del bloque de constitucionalidad, como los estatutos; de su desarrollo jurisprudencial protagonizado por el Tribunal constitucional; de toda la legislación de desarrollo; etc. Es decir, un retroceso del sistema autonómico mediante la reforma del texto constitucional implicaría una alteración profunda de nuestro sistema político jurídico. En esa reforma la naturaleza del compromiso constitucional y la concreta realidad político-institucional condicionan la forma del procedimiento de revisión, por la elevada tasa de mutabilidad que caracteriza al *federalizing process*, surge la necesidad de una intervención de todos los actores en la reforma constitucional. Así, GROPPÍ destaca que los problemas de envejecimiento y de funcionalidad de las fórmulas de reforma constitucional pueden surgir en los ordenamientos, como el español, en los que el proceso de federalización se desarrolla en dirección centrífuga, a través de la descentralización de un Estado unitario, bajo el empuje de una demanda de autonomía derivada de comunidades territoriales. Al no estar previstas incisivas formas de participación autonómica en la reforma constitucional pueden surgir problemas de funcionalidad *a contrario*, es decir, conducir a privilegiar la legislación ordinaria. (Cfr., GROPPÍ, T., "La reforma constitucional en los Estados federales entre pluralismo territorial y no territorial", en *Revista de Derecho Político*, nº 54, UNED, Madrid, 2002, pp. 113-128).

estatutos, permitieron la ampliación de las competencias autonómicas, pero como estas tienen potestades legislativas no hubo una mera descentralización administrativa<sup>61</sup>. Posteriormente, el Estado ha ido recentralizando competencias<sup>62</sup> sin que eso suponga un retroceso en el Estado de las autonomías, sino una nueva fase. De esta manera, una vez que prescindimos del carácter descentralizador meramente administrativo del Estado autonómico, nos queda configurar un modelo de Estado que se mueve dentro de dos parámetros: el federal y el unitario. Así, comparándolo con los elementos esenciales del federalismo y del Estado unitario moderno, el Estado autonómico presenta:

1. *Elementos federales* como la garantía constitucional de la autonomía y la distribución de las competencias entre entes territoriales, la existencia de instituciones políticas autonómicas, la resolución de conflictos competenciales por un órgano imparcial y supremo, la lealtad autonómica garantizada por la coacción federal del artículo 155 de la Constitución, la solidaridad interregional, etc. En el caso de España, existen otros requisitos del modelo federal que, sin embargo, no se cumplen como son: la existencia de un poder federal autónomo, la falta de regulación constitucional<sup>63</sup> de las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas, la prohibición constitucional de una federación entre las comunidades autónomas<sup>64</sup>, etc.

2. *Elementos no federales*, como son la existencia de una autonomía regional y no soberanía, la falta de una verdadera presentación autonómica en el senado, la relación práctica cuasi jerárquica entre los órganos del Estado y los de la comunidad autónoma; la escasa representación de la comunidad autónoma en la Unión Europea cuando se tratan materias de su interés, la falta de capacidad autonómica para suscribir tratados internacionales, la existencia de comunidades autónomas con hechos diferenciales y otras que no, etc. Este último elemento, en cambio, es el que AJA denomina el eje federal<sup>65</sup> que configura el Estado autonómico. Los hechos diferenciales serían factores diferentes y en distinta intensidad que integran un eje diferente y que no existe en los Estados federales más consolidados<sup>66</sup>. La esencia de su existencia se halla en las diferencias estructurales de las comunidades autónomas y genera una desigualdad de estatus entre las comunidades que se manifiesta en diferencias jurídicas reconocidas en la Constitución y en los estatutos que se concretan entorno a su territorio, el concierto fiscal y régimen económico especial, la lengua, los derechos civiles y forales y la policía<sup>67</sup>.

La interacción de estos dos tipos de elementos son los que definen los parámetros en los que se ubica el Estado de las autonomías. Aunque, en el caso español, para hablar de federalismo en sentido estricto faltan, ante todo, los siguientes elementos: una soberanía

<sup>61</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981 de 14 de julio.

<sup>62</sup> Lo que añade el problema de que, en la práctica, la autonomía política se ciña a la mera ejecución, gestión y aplicación de lo establecido desde el poder central del Estado. Supuesto que se agrava en el caso de transferencia de competencias estatales ya que el Estado retiene para sí la toma de la última decisión, al ser el titular de la misma aunque la hubiera cedido a una Comunidad autónoma.

<sup>63</sup> En ella apenas aparecen mecanismos que regulen esta relación.

<sup>64</sup> Cfr. el artículo 145.1 de la Constitución española.

<sup>65</sup> Cfr. AJA, E., *El Estado Autonómico, federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2004, pp. 95 y ss.

<sup>66</sup> Cfr. AJA, E., *Estado autonómico en España a los 25 años de Constitución*, ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional, celebrado en Sevilla 3-5 de diciembre 2003, p. 34.

<sup>67</sup> El hecho diferencial no puede ser eludido, incluso, para algunos autores, resulta determinante para comprender la realidad de las diferencias entre las distintas autonomías. (Cfr. SUBIRATS, J., "El papel de las comunidades autónomas en el sistema español de relaciones intergubernamentales. Quince años de las comunidades autónomas en España. Luces y sombras de una realidad aun en discusión", en AGRANOFF, R., *et alii*, *El Estado de las autonomías ¿Hacia un nuevo federalismo?*, IVAP, Vitoria, 1998, p.162).

originaria autonómica; la plena autonomía garantizada constitucionalmente –lo previsto en la carta magna se completa fuera del texto constitucional–; mayor capacidad de decisión a efectos internos y mejora de su participación en la toma de decisiones estatales –por lo que se plantea la reforma del Senado–; un mayor poderes y unas competencias autonómicas más peso –como la existencia de un Poder Judicial autonómico–; o mejores vías de participación en la Unión Europea en defensa de sus intereses que vayan más allá de las oficinas de las comunidades autónomas en Bruselas, el Comité de representación permanente (COREPER), el Comité de las regiones, etc.

La cuestión de elegir por una denominación de Estado unitario autonómico o federal no es indiferente<sup>68</sup>, pero puede inducir al equívoco. De manera que, para conocer el tipo de Estado que nos encontramos es necesario olvidarnos de los nominalismos y, en cambio, analizar la estructura política del Estado autonómico. Si bien la característica principal que distingue los modelos de Estado federal del Estado unitario es la división vertical del poder frente el único nivel de poderes del Estado unitario. Esa diferencia afecta a la estructura y a la dinámica de los poderes<sup>69</sup>. En el Estado unitario existe un único nivel de poder, en el Estado federal existe una división vertical del mismo entre la federación y las partes que la integran que afecta a sus estructuras y a la dinámica de poderes. El Estado federal es más complejo que el unitario y más conflictivo en materia de competencias al aparecer distintos entes territoriales que son titulares de facultades distintas o comunes en un mismo territorio.

De esta manera observamos que, en el caso español, nos encontramos ante una concurrencia de procesos de descentralización política de competencias estatales que inciden de tal manera que llegan a configurar un único proceso político en el que se define el protagonismo estatal español de un modo distinto al que experimentaba el Estado hasta hoy. El proceso europeo tampoco debe ser eludido, los rasgos que este presenta inciden de un modo directo a la configuración no solo competencial<sup>70</sup> de los distintos entes políticos sino, en general en el carácter más o menos federal que pueda adoptar el Estado español en su evolución.

### III. EL ESTADO FEDERAL

Dentro de los distintos sistemas de organización política, el federalismo surge parejo a la idea de alianza. El propio término federal, procedente del latín *foedus* –pacto–, evoca al nexo de unión entre las distintas partes que dan origen al Estado (federal). La formación de

<sup>68</sup> Al respecto, AJA subraya que la denominación puede ser políticamente importante ya que puede “generar adhesión o el rechazo de parte de la población”. (Cfr. AJA, E., *El Estado Autonómico, federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2004, p. 41).

<sup>69</sup> Para AJA solo existen dos categorías de gobiernos, los unitarios y los federales, sin que exista una categoría intermedia con reglas propias que puedan servir para indicar criterios diferenciados de funcionamiento político, como la categoría de estado regional. (Cfr. AJA, E., *El Estado Autonómico, federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2004, p. 47).

<sup>70</sup> Al respecto, cabe destacar que al asumir la UE competencias que correspondían a los Estados miembros, se produce una alteración del reparto competencial del Estado autonómico. Esa alteración suponía no solo que el Estado español perdiese competencias en favor del ente integrador sino que se recentralizasen en el primero competencias que correspondían a las Comunidades autónomas al ser el Estado el responsable por el incumplimiento del Derecho comunitario y al participar en la adopción de la legislación comunitaria que versase sobre esas facultades. Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronuncia señalando que no se produce alteración alguna sobre el reparto competencial interno, a la hora de ejecutar la normativa comunitaria, (vid. STC 236/1991, fj 9). Por ello, autores como ORTEGA, señalan que el proceso de integración europea se ha manifestado en el ordenamiento jurídico español de una forma compleja y plural, y dentro de un marco respetuoso del pluralismo interno proclamado en la CE, y conforme a la interpretación de TC. (Cfr. ORTEGA, L., *Reforma Constitucional y Reforma Estuararia*, Civitas, (Madrid, 2005), p. 94).

una comunidad política –estatal, infraestatal o supraestatal– a través de la de alianza y no de la fuerza o conquista se presenta como una opción; el o un acuerdo que la crea hace referencia a un *foedus* y con ello al federalismo. Por lo que surge la necesidad de identificar al fenómeno federal.

A la hora de analizar el concepto de Estado federal y su relación con la idea de soberanía, debemos subrayar que, desde la segunda mitad del siglo XIX hubo muchas tesis que intentaban conciliar ambos términos. En este mismo sentido, Lord ACTON<sup>71</sup> se refería al federalismo como “la más eficaz y más congénita de todas las regulaciones de la democracia (...) el sistema federal limita y restringe el poder soberano mediante su división y mediante la asignación al gobierno de ciertos derechos definidos”. Por lo tanto, si el Estado federal era soberano *per se*, surgía la cuestión de incardinar a los Estados miembros como Estados soberanos en esa estructura federal<sup>72</sup>.

En su esencia el federalismo garantiza una esfera propia de autonomía y de la participación en las decisiones del conjunto de la federación<sup>73</sup>. Es decir, la noción más simple de federalismo y que paralelamente refleja su esencia sería “*autogobierno más gobierno compartido*”, “*unidad y diversidad*”. Una de las principales características del federalismo sería que los Estados que se integran en la federación tendrían una soberanía originaria<sup>74</sup>, aunque, por su propia naturaleza, el federalismo aumentaría la unidad. La cuestión, por lo tanto, es lograr un equilibrio entre las fuerzas centrípetas y centrífugas que coexisten para evitar su transformación en otro modelo de organización política, sea este un Estado unitario, una confederación, una simple asociación de Estados, una liga, etc.

La definición del federalismo ha sido fruto de una ardua tarea. El fenómeno conceptual y el fenómeno histórico han complicado esa labor emprendida. El resultado de esa labor doctrinal ha sido la elaboración de distintos conceptos o definiciones del federalismo que parten de enfoques variados, desde el financiero hasta el político o cultural. Una visión más teórica y estática<sup>75</sup>, identificaría al Estado federal como aquel que, simplemente, tiene su origen en un pacto o alianza. Sin embargo, parte de la doctrina empirista discute esta idea y parte de una visión más dinámica. No conciben al Estado federal como algo estático sino que se habla de la existencia de un proceso federalizante. El *federalizing process*, se sustenta sobre unos acuerdos federales de naturaleza constitucional, *constitutional arrangements*, que regulan las reglas fundamentales del desarrollo de un proceso federal que evoluciona a partir del pacto inicial.

<sup>71</sup> Cfr. ACTON, J., *Lectures on Modern History*, Macmillan and Co., London, 1952.

<sup>72</sup> Al respecto, HELLER se pronuncia y destaca que: “el Estado federal es un Estado, usando este término en su acepción plena, en función de que, por mediación de su poder judicial de su presidente o cualquier otra instancia federal, puede decidir autoritariamente en los casos de conflicto, a quien pertenece el derecho”. Mientras que los Estados miembros serían unidades coordinadas con el Estado federal aunque exista una voluntad decisoria universal por encima de ellos, el Estado federal. Es decir, el Estado miembro adquiere una justificación que, en esencia, es distinta a la de la unidad federal soberana que se encuentra por encima de él. (Cfr. HELLER, Herman, *La soberanía...*, pp. 215 y 216).

<sup>73</sup> Vid. ELAZAR, D. *Exploración del Federalismo...*, pp. 32-33.

<sup>74</sup> Es decir, los Estados miembros conservan una importante esfera de autonomía y participan en la formación de la voluntad federal por medio de una segunda cámara en el parlamento de la federación (como son el Senado norteamericano y el *Bundesrat* alemán). Esta autonomía está garantizada en una constitución federal cuya reforma estaría sujeta a procedimientos especiales. Los conflictos que se puedan plantear entre los diversos niveles que integran la Federación serán resueltos por una instancia creada *ad hoc*. El reconocimiento de soberanía originaria es una clara distinción con el modelo autonómico, ya que los Estados federados se dotan a sí mismos de su propia Constitución, y no de un estatuto de autonomía emanado del poder central.

<sup>75</sup> Esta visión estática del Estado federal es la que sostienen autores como J. BRYCE, H. KELSEN, K.C. WHEARE, entre otros, que contemplan el estado federal como una estructura.

Las formas del federalismo son diversas pero su esencia es la de reconciliar unidad y diversidad, el federalismo debe cumplir al menos dos funciones: la primera función sería la de limitar y dividir verticalmente el poder a la par que proteger a las minorías a través de una autonomía regional y, la segunda, la función de integrar la heterogeneidad. El ir y el devenir de la historia ha producido distintos tipos de federalismos, clasificados en dos tipos, básicamente, el dual y el cooperativo. Dentro del modelo de poder no centralizado<sup>76</sup>, el federalismo, los clásicos ejemplos de modelos federales alemán y estadounidense han sufrido un importante cambio en los últimos años, fruto de esa evolución, el poder federal se fortalece. La evolución del *kooperativen föderalismus* al igual que ocurrió con el *new federalism* norteamericano son típicas referencias de la evolución homogeneizadora de los federalismos contemporáneos que se acomodan a las exigencias del Estado. Las transformaciones organizativas y funcionales del federalismo han supuesto profundas alteraciones de su imagen clásica de división yuxtapuesta de poder entre distintos entes territoriales estatales.

Pero la aplicación práctica de este modelo de organización de poder se ha extendido de tal forma que podemos hablar de la existencia de una pluralidad de modelos federales. Esto va a requerir el establecimiento de un gobierno federal flexible y dinámico, es decir, que se adapte a los tiempos. De esta manera se puede comprender que los Estados miembros se encontrarían jurídicamente bajo un sistema de relaciones: respecto al Estado federal verían limitada su soberanía, respecto al ejercicio de sus facultades en el ámbito de sus competencias mantienen una esfera de soberanía, pueden exigir prestaciones del Estado federal<sup>77</sup>, y participan en el poder federal incluso en la configuración del organigrama político y las estructuras del poder federal.

La doctrina federalista considera que no existe un único criterio que permita calificar a un Estado como federal. Debemos valorar una serie de elementos para ver si el Estado en cuestión reúne los requisitos llamados federales, que esencialmente son los siguientes:

1. El reconocimiento constitucional de la estructura federal, que evitaría que el Estado incremente el poder y garantía cierta esfera de potestad a los Estados miembros.
2. La distribución de competencias entre federación y Estado, que también se encuentra garantizada en la Constitución.
3. La resolución de conflictos por una instancia neutral e independiente políticamente de la federación.
4. Instituciones representativas de los Estados miembros que actúan políticamente de una forma independiente de la federación.
5. Una forma de financiación objetiva y garantizada.

<sup>76</sup> Recordemos que, siguiendo las ideas de ELAZAR, el federalismo sería un modelo de poder no centralizado en una autoridad pero que, sin embargo, la *potestas* dispersada se encuentra estructurada en muchos centros legítimamente autorizados en la Constitución.

<sup>77</sup> Este ha sido una vía de extraordinaria importancia a la hora de aumentar el ámbito de competencias del poder federal al ir haciéndose cargo del ámbito prestacional de competencias de los Estados miembros. Un ejemplo claro de ello es el caso de la centralización de poderes federales norteamericano tras el *New Deal*. En este momento se intensifica la intervención social federal de base financiera, lo que consagrará el incremento de las competencias federales que se había producido con la industrialización y la movilidad de mercancías y trabajadores. Roosevelt lo que postulaba era que todo poder que afecte al conjunto de la nación debe estimarse como propio de la Unión aunque la Constitución no lo estableciese expresamente. Así, las *Grants-in-aids*, la enmienda XVI, los programas aprobados tras la *Social Security Act* y las subvenciones derivadas de la *George-Dean Act* fueron los instrumentos que posibilitaron entonces ese incremento competencial federal por la vía financiera. (Cfr. SÁENZ ROYO, E., *El Estado social y descentralización política. Una perspectiva comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Thomson, Civitas, Madrid, 2003, pp. 52 y ss.)

6. Un sistema de relaciones entre federación y Estados miembros.
7. El establecimiento de mecanismos que permiten la participación de los Estados miembros en la posición del Estado federal. Este requisito se ha convertido en trascendente en los últimos años ante la inexistencia de una técnica jurídica exacta que garantice las competencias<sup>78</sup> de los entes infraestatales. En las últimas décadas, Estados europeos como España, el Reino Unido, Bélgica, Italia, etc., han ido adoptando estos requisitos. De manera que se han ido introduciendo en un proceso de reorganización política territorial con rasgos federales.

#### IV. LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA ESTATAL

El Estado federal se presenta como una alternativa al concepto clásico de Estado soberano. Frente a una forma centralizadora de poder típica de un Estado centralizado, el Estado federal presenta rasgos de descentralización política aunque en menor medida que una confederación. Si bien el federalismo y la descentralización política hacen referencia al mismo fenómeno de no centralización de las competencias, autores como Ferrán REQUEJO<sup>79</sup> distinguen el fenómeno federal y el de descentralización. Para ellos, mientras el federalismo supone una división territorial del poder que originariamente aparece asociado a la existencia de un acuerdo de no centralización o descentralización también implica la existencia de una serie de principios. En cambio, la descentralización comienza simplemente con la existencia de una sola unidad política y consiste en la dispersión de poderes hacia fuera, del centro poder a otros centros de poder, es decir, es anterior a cualquier acuerdo preexistente de una estructura de poder centralizado. De esta manera, cabe entender la existencia de ejemplos de descentralización que no son modelos de federalismo, como es el caso de la descentralización municipal en los países nórdicos. Y, aunque estos fenómenos pueden ser diferenciados, cabe la posibilidad de que coincidan, a partir de un pacto previo se inicia una descentralización política que culmina en el establecimiento de un proceso con rasgos federales. Así, podemos señalar la existencia de fenómenos de descentralización cuasi federales es el caso del Estado autonómico español o la *devolution* inglesa, entre otros. Son los que hemos llamado, fenómenos de descentralización *ad intra*, frente a otros fenómenos cuasi federales en la que la descentralización se ha producido hacia entes de integración política, como la Unión Europea y que podríamos nombrar como fenómenos de descentralización *ad extra*. Ambos fenómenos coinciden en espacio y tiempo e inciden en su protagonista esencial, el Estado, hasta el punto de configurar un nuevo carácter al ente estatal dentro de un *federalism process*.

El punto de partida del proceso federalizante se concretaría en el momento del nacimiento del Estado federal. El origen del mismo puede ser bien por la unión de varios Estados soberanos o bien a través de la división de un Estado unitario en el que se establecen distintos entes autónomos<sup>80</sup>. No nos hallamos ante una corporación de Estados ya que el

<sup>78</sup> Cfr. AJA, E., *El Estado Autonómico, federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2004, p. 45.

<sup>79</sup> Al respecto, resulta oportuno consultar la diferenciación que fija el autor sobre esos dos fenómenos de no centralización competencias (Cfr. REQUEJO, F., "Federalismos y grupos nacionales", en CUÇO, A., *et alii*, *La organización territorial del Estado: España en Europa: un análisis comparado*, Universidad de Valencia, 2002, pp. 83-84).

<sup>80</sup> LA PERGOLA, A., refiriéndose a KUNZ, ("Die Staatenverbundugen", Stuttgart 1929 p. 627, cit. por LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 193, nota 1), señala la irrelevancia de la distinción teórica el tratado y ley como procesos equivalentes a los fines de establecimiento de un Estado federal, en relación con el origen asociativo del Estado federal, LA PERGOLA destaca que esta fase frecuentemente es precedida por la confederación de los Estados, por ejemplo Estados Unidos de América, (*vid.* LA

Estado federal domina sobre su pueblo y territorio aunque los Estados miembros conservan su carácter estatal en las esferas de su competencia. Se establece un enlace especial entre el Estado federal y el Estado miembro, una organización conforme a una Constitución federal que distribuye los ámbitos competenciales de ambos y no conforme a un contrato<sup>81</sup>.

El federalismo es un concepto que tiene un origen histórico-político que avanza a través de la historia<sup>82</sup>, así ejemplos de federalismo serían la Confederación Helvética, Alemania, los Estados Unidos de América, hasta llegar a la actualidad y a los ejemplos de *federalismo por analogía*<sup>83</sup> y las *confederaciones modernas*<sup>84</sup>, son modelos federales empleados para referirse a la Unión Europea. El nuevo cambio paradigmático surge como respuesta o con el fin de evitar tensas situaciones de *impasse* que se habían producido con la guerra fría, y como una forma de evitar las situaciones de conflictos. Si bien en la actualidad se produce un tránsito desde las formas de Estado unitario a la unión real de Estados bien porque formen un Estado o bien porque el Estado unitario confiera ámbitos de poder a entes territoriales hasta el punto de que se configuren autónomos, determinar el momento exacto del cambio resulta difícil. Además, este nuevo modelo de organización política estatal presenta una importante paradoja, la globalización aparece acompañada a su vez de un incremento del localismo y regionalización.

Resulta casi imposible imaginar que exista un espacio geográfico limitado que concentre todos los poderes de un modo exclusivo en su gobierno. Las propias relaciones socioeconómicas superaron las fronteras y, políticamente, se hacen necesarias nuevas figuras que respondan a la realidad existente. La creación de nuevas entidades asociativas a partir de la unión estatal y de la cesión de parte de sus competencias se ha convertido en un fenómeno característico de la segunda mitad del siglo veinte. Esta podría ser una etapa más en la evolución del Estado. Los procesos de comunitarización económica y política, el asociacionismo estatal, los casos de la Unión Europea, MERCOSUR, la Comunidad Andina, etc. son solo un ejemplo evidente de la ruptura de los límites y aduanas estatales.

---

PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 193). Frente a él habría otros supuestos de federalismo que surgen a partir de la descentralización del poder, este federalismo de origen descentralizado es el que LA PERGOLA llama *centrífugo* y serían los casos de Alemania y Suiza.

<sup>81</sup> Sobre esta cuestión JELLINEK subraya que los pactos entre Estados, previos a la fundación del Estado federal, tienen una importancia jurídica ya que establecen las condiciones con las que se obligan mutuamente los Estados tras ello el Estado perfecciona su consentimiento. Es decir, en el pacto fundacional de un Estado federal los Estados miembros reconocen el establecimiento de un Estado federal y la ratificación de su constitución suponen que no se trate de una ley particular. (Cfr. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, pp. 666-669).

<sup>82</sup> Un concepto tan amplio del federalismo permite que autores como ELAZAR señalen como primera organización federal al pueblo judío (siglo XIII A.C). Para este autor la Biblia recoge un ejemplo de organización federal por tres motivos: la alianza de Dios con el hombre, la federación de las doce tribus de Israel y porque el fin de los días aparece como la primera federación de naciones. (Cfr. ELAZAR, D., *Exploración del federalismo*, Hacer, Barcelona, 1987, p. 153). Por ello surge la necesidad de acotar el término para referirse a los fenómenos actuales de corte federal.

<sup>83</sup> Concepto elaborado por KUNZ que mezcla lo federal y la confederación (*vid. American Journal International Law*, vol. 45, 1951, p. 334 cit. por LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p.155, nota pie 3), se basa en tres principios: la cohesión socioeconómica, la legitimación democrática y la supremacía del Derecho. (Cfr. LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 155).

<sup>84</sup> LA PERGOLA, en este caso señala que la liga de los Estados se puede dar por un ordenamiento que confiera derechos o imponga obligaciones directamente a los ciudadanos. De ahí, surge la necesidad de consagrarlo y garantizarlo a través de un principio de constitucionalismo. Así, la confederación moderna se caracterizaría porque nace de un proceso de integración política e influye en sus estructuras; por la falta de un Estado en el centro; amplía los derechos reconocidos al individuo yuxtaponiéndose al Estado origen; y porque nace una ciudadanía común sobre los principios del constitucionalismo. Para el autor, la Unión Europea es un tipo de confederación moderna. (Cfr. LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 171).

Hoy superadas esas discusiones se pretende dar una respuesta a las realidades políticas y sociales emergentes<sup>85</sup>. Un sector doctrinal, se ha propuesto el enmarcar estas realidades en las clásicas clasificaciones doctrinales: bien en el ámbito del derecho internacional sobre las nociones de Estado, de tratados internacionales, etc.; o bien en el ámbito del derecho político sobre el concepto de confederación moderna<sup>86</sup>, nuevo federalismo<sup>87</sup>, federalismo por analogía de KUNZ<sup>88</sup>, etc. De manera que, en la práctica política actual nos vamos a encontrar con modelos federales reconocidos pero que no operan como tal, lo que llamaremos federalismos semánticos, y formas federales de organización política que no se reconocen como tal a los que podemos llamar nuevos paradigmas federales<sup>89</sup>. Así bajo el término federalismo “semántico” incluiríamos modelos “federales” caracterizados por mantener formalmente un esquema federal pero que su práctica político-constitucional se aleja del esquema teórico federal<sup>90</sup>. Para hablar de verdadero federalismo no basta con el establecer un esquema jurídico federal sino que en el fondo se respete. Es necesario respetar el espíritu federal, que comprendería el respeto de la diversidad y la búsqueda del consenso tendente a construir la sociedad a través de la negociación.

En este contexto mundial el federalismo se extiende por el mundo atendiendo a las demandas ciudadanas de evitar conflictos e intentando acomodar las realidades e identidades nacionales y la interdependencia global. El federalismo y las formas de regionalización y autonomía política se extienden por el mundo, ya sea respondiendo a demandas de la ciudadanía, a un mayor afán democratizador y de respeto a las minorías, o al deseo de lograr mayor eficacia política. Existen muchas *especies* de federalismo que incluyen acuerdos federales y confederales, simétricos y asimétricos. Así, las líneas que distinguen un tipo u otro de

<sup>85</sup> Así, como son los casos indicados de MERCOSUR, Comunidad Andina, Unión Europea, etc. En el último de los supuestos destacados, el de la Unión Europea, surge la discusión sobre su naturaleza política, su carácter de Estado, comunidad política, confederación moderna, federación por analogía, etc.

<sup>86</sup> LA PERGOLA define a la confederación moderna como un proceso de integración política en el que falta un Estado en el centro que nace de una ciudadanía común y sobre principios del constitucionalismo yuxtaponiéndose a los Estados miembros. (Cfr. LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 169)

<sup>87</sup> Vid. El amplio concepto de federalismo que sostiene ELAZAR, para este autor federalismo equivaldría a fuerza política.

<sup>88</sup> El federalismo por analogía es formulado por KUNZ, Cfr. KUNZ, ‘International Law by Analogy’ en *American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, p. 334. En este modelo se mezclan elementos del sistema comunitario y del modelo federal. Así, la integración comunitaria se aproxima al modelo de Estado federal aunque su procedimiento recuerda al de la confederación. Este modelo no se identifica totalmente con el federalismo porque carece de las garantías de equilibrio unidad-diversidad que ofrece un modelo federal, por lo que hay cierta analogía con el modelo federal. LA PERGOLA destaca que existen tres principios operantes en la comunidad europea que esclarecen el significado de este tipo de federalismo: el principio de cohesión socioeconómica y el método de programación integrada en la que los dos niveles de poder cooperan en la igualdad de acceso para lograr una sociedad homogénea; el principio de legitimación democrática en el ordenamiento comunitario en la que la soberanía nacional y la soberanía popular se colocan a la par, solución típica federal; y el principio de supremacía del derecho comunitario, formulado por el tribunal de justicia de las comunidades europeas y supone la subordinación estatal al ordenamiento comunitario. (Cfr. LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 155-158).

<sup>89</sup> Bajo este término nos referimos tanto a las formas de organización política estatal que presentan rasgos de descentralización como a los procesos de integración de Estados en los que su autonomía se preserva a la vez que se constituye un nuevo ente político dotado de autogobierno.

<sup>90</sup> Entre los numerosos ejemplos podemos citar: a la antigua Unión Soviética que se estructuraba como un Estado federal donde se reconocía la soberanía de los diferentes Estados miembros; pero, la existencia de un partido único convirtió a este país en uno de los más centralizados; el caso de la ex Yugoslavia, creada artificialmente tras el fin de la Primera Guerra Mundial y que se mantuvo unida bajo el gobierno de una fuerte personalidad como la de Tito; o las declaraciones federales de Estados como México o Argentina establecen un modelo semejante al estadounidense pero que obvian el fondo.

federalismo pueden moverse hacia menos o más centralización ya que la forma de federalismo adoptada evoluciona.

Así, dentro de los distintos modelos federales existentes, nos podemos encontrar con una gran variedad de tipos federales y que solo a modo de ejemplo podríamos agrupar: 1. acuerdos federales fruto de la descentralización territorial del poder pero que se hallan bajo la forma de Unión –entre los que destacamos a Italia, Reino Unido<sup>91</sup>, España, etc.–. 2. Modelos federales que adoptan una forma que aproximan más a los modelos clásicos del federalismo, éstos son las llamadas federaciones –como Alemania Austria, Estados Unidos, Argentina, México o Venezuela, entre otros–. 3. Estados federados que mantienen una especial relación de carácter federal con un ente territorial con un grado especial de autogobierno muchas veces motivado por su especial situación geoestratégica –como Dinamarca-Feröes, India-Cachemira, Reino Unido-Guernesey, Reino Unido-Man, Reino Unido-Jersey–. 4. Procesos de integración supranacional en los que se ceden competencias al nuevo ente político y al que se le reconoce primacía normativa a sus directrices, como es el caso de la Unión Europea.

Hoy, el federalismo es un fenómeno en desarrollo que presenta unas peculiaridades especiales que lo identifican y lo extienden, la principal de esas particularidades es la de su carácter ambiguo y ecléctico, de esta manera, las clasificaciones fijadas en la teoría pueden alterarse en la práctica. La división de poder entre los entes territoriales se manifiesta como una solución de conflicto de autogobierno que se acomoda a las distintas necesidades de cada Estado y se desarrolla atendiendo los elementos jurídicos, políticos, sociales, históricos, culturales, etc. del mismo. Ese eclecticismo del federalismo puede tener su origen en las ambigüedades básicas<sup>92</sup> que este fenómeno muestra como concepto teórico y operativo.

Así, el federalismo actual se presenta como un modo de solucionar los breves. Esta explosión actual del federalismo es la identificada como el nuevo paradigma estatal, un mundo en el que se crean enlaces interestatales de carácter federal constitucionalizado. El nuevo cambio paradigmático tiene enormes implicaciones, para sobrevivir en el nuevo mundo: en su reconocimiento, dada su interdependencia, su heterogeneidad y sus distintos centros de poder, de modo que se configuran como partes de una red multicentrada<sup>93</sup> del mundo descubierto. Esto reflejaría la crisis estatal *ad extra*, la imposibilidad de ejercer un poder independiente del exterior en una sociedad que es interdependiente. Por ello, se subraya la existencia de la crisis del Estado y de la emergencia de un nuevo paradigma estatal fruto de un nuevo contexto histórico, político y económico.

<sup>91</sup> Sobre este tema JELLINEK ya subrayaba en el siglo XIX que para que el Reino Unido conservase permanentemente sus colonias sería necesario extender la idea de una “federación imperial” aunque reconoce que de una forma política débil se presentasen el carácter de un Estado federal (Cfr. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, p. 678).

<sup>92</sup> Esas ambigüedades serían: 1. La orientación del federalismo hacia el respecto simultáneo de la unidad y de la diversidad. 2. Su comprensión tanto de estructuras como de los procedimientos de gobierno. 3. Su configuración a la vez como fenómeno político y sociocultural. 4. Su comprensión de fines y medios. 5. El que cubra objetivos limitados y también generales. 6. El que existan diversas variedades de modelos políticos, que pueden ser muy distintos, y a los que se puede aplicar el calificativo de federales. (Cfr. ELAZAR D., *Exploración del federalismo*, Hacer, Barcelona, 1987, p. 63).

<sup>93</sup> Vid. ELAZAR, D., *Constitutionalizing Globalization The postmodern revival of confederal arrangement*, Rowman & littlefield Publisher, inc, Oxford, 1984, pp. 20 y ss.

## V. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones incidiremos sobre los elementos que hemos considerado como más relevantes de lo expuesto hasta ahora. Así, podemos destacar que:

1. El Estado, como forma de organización política, presenta en la actualidad rasgos y características muy distintas a los que lo identificaban en el proceso de construcción del Estado contemporáneo. Se produce un cambio radical, casi una mutación de su naturaleza jurídica soberana que hace que muchos autores hablen de la “crisis del Estado” lo que puede suponer o bien la desaparición del Estado –lo que se estaría produciendo de un modo largo y muy lento, casi agónico– o sin más el que nos hallemos ante una nueva etapa de su evolución dentro de un mundo marcado por barreras tecnológicas, económicas y de telecomunicaciones y no por las antiguas fronteras estatales.
2. El mundo contemporáneo nos presenta nuevos fenómenos políticos de división y distribución de poder que no se corresponden exactamente con los modelos teóricos establecidos hasta ahora. Esto propicia a una fervorosa discusión doctrinal en la búsqueda de una respuesta que clarifique estos fenómenos de integración y descentralización simultánea.
3. El incremento del poder supraestatal e infraestatal nos recuerda a los dos fenómenos que originan del nacimiento de los Estados federales. Lo que nos ofrece la posibilidad de buscar un referente, el federalismo, para una mejor comprensión del fenómeno político integrador y descentralizador del Estado.
4. Los elementos comunes, pero no idénticos que se pueden encontrar con el federalismo nos provoca una cuestión, ¿nos hallamos ante un nuevo tipo de federalismo?, ¿El nuevo paradigma de Estado puede encontrar una respuesta en el federalismo?
5. El hecho de que el federalismo sea un proceso plantea la cuestión siguiente: si los fenómenos de descentralización e integración estatal ante los que nos situamos confirman el dato de que nos encontramos ante un modelo federal que se manifiesta en un mismo Estado (España) con dos tendencias simultáneas, *ad intra* y *ad extra*. Las tensiones derivadas de las mismas no tienen por qué quebrar el Estado, cabe la posibilidad de hallar un equilibrio en el que el gobierno y su Constitución se establezca en distintos niveles que garanticen la unidad a la vez que la diversidad de las partes que la integran.
6. Sea como fuere, lo cierto es que, aunque el fenómeno estatal actual carezca de un referente teórico que permita identificarlo exactamente con un modelo clásico, no por ello deja de tener el protagonismo político que tiene en la configuración de un modelo multinivel ya que es protagonista indiscutible del mismo. El Estado es el que ha decidido por su propia voluntad el formar parte del proceso integrador europeo, lo que se preserva, *in summo grado*, al reconocerse la posibilidad de poder abandonarla<sup>94</sup>. El Estado es a la vez protagonista indiscutible en la descentralización de las competencias, solo hay que ver a quién le corresponden las competencias de

<sup>94</sup> Reconocido expresamente en el artículo I-59 de la CUE que refiere a la “retirada voluntaria de la Unión”. Este no tiene precedentes en el TUE, TCE o en la jurisprudencia del TJCE, sino que por primera vez en la historia de la integración europea se reconoce supliendo el vacío legal con el establecimiento de un procedimiento de negociación y un acuerdo que fije el proceso de retirada, lo que destaca el peso específico que tienen los estados en la UE como ya reconocía la *sentencia de Maastricht* que reconocía la pertenencia a la Unión como algo que puede ser reversible.

gran peso político<sup>95</sup> o como se desarrolla en proceso de incremento de competencias autonómicas, de un modo claro se observa tanto en la no aprobación por las Cortes del proyecto presentado por el *Lehendakari* IBARRETXE<sup>96</sup> la negociación entre el Gobierno y Gobierno catalán sobre los términos del proyecto de *Estatut*<sup>97</sup>.

7. La actualidad nos ofrece de un modo cercano una nueva realidad política a la que no se le han de crear barreras innecesarias (zanjando el asunto al negar que el estado exista como tal, o eludiendo que se produce una alteración en las competencias de las que dispone el Estado, negando el protagonismo político de los distintos entes, etc.) y que no debe ser ignorada. Por ello, es necesario su estudio para su mejor conocimiento y comprensión.

Como hemos subrayado en las primeras líneas de este trabajo, el nuevo constitucionalismo va más allá del estatismo clásico. En él no podemos hablar de la existencia de una soberanía única y suprema. La figura del Estado ha sido superada, las regiones ven como necesario el incrementar su autogobierno a la vez que la Unión Europea va a asumiendo más ámbitos competenciales del Estado español. Esa situación de *impasse* que atraviesa la figura estatal es una característica general de los Estados en un mundo globalizado, cabe plantearse la posibilidad de que nos encontremos ante una nueva etapa de su desarrollo.

Ante los nuevos problemas tanto internos como externos que se suceden es necesario aportar nuevas respuestas que estén conectadas con la práctica jurídica y política de los Estados hoy en día. El análisis de las características que presenta el Estado hoy y la identificación de elementos comunes con clases establecidas teóricamente puede aportarnos algo de luz sobre la verdadera dimensión que el Estado de las autonomías alcanza. El Estado federal y la idea de una soberanía compartida nos aporta un modelo de Estado que responde a las ideas de multigobierno y multiconstitucionalismo, por ello no ha de ser una respuesta que pueda ser ignorada. Cabría la posibilidad de entender nuevos modelos de Estado federal que agrupen a comunidades políticas integradoras, como la Unión Europea, o descentralizadas, como el Estado de las autonomías. El federalismo como proceso puede admitir variables lo que permite su adaptación como modelo estatal que permita el equilibrio entre la unidad y diversidad, entre gobierno y autogobierno compartido. Quizás lo único que habría que cambiar para comprender la verdadera naturaleza del Estado de las autonomías en el proyecto integrador europeo, simplemente sea las barreras o trabas que se establecen a los modelos teóricos de Estado establecidos al margen de una sociedad que evoluciona.

<sup>95</sup> Al respecto, nos remitimos al cuadro clasificador de competencias elaborado por AJA. (Cfr. AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Ciencias Sociales, Alianza, Madrid, 2003, p. 131).

<sup>96</sup> El periplo del llamado "plan Ibarretxe" comenzaría formalmente con la presentación ante la cámara vasca del proyecto de «nuevo pacto de convivencia» presentado por el *Lehendakari* vasco el 27 de septiembre del 2002 y formalizado el 25 de octubre del 2003 con una "propuesta de estatuto político de la Comunidad de Euskadi". En un principio las propuestas presentadas buscaban establecer un nuevo pacto de convivencia y el establecimiento de un nuevo *estatus* para Euskadi, lo que suscitó un profundo debate sobre conceptos teóricos como el de la libre asociación. En un segundo momento, el plan se manifiesta como un nuevo modelo de estatuto, una reforma estatutaria, en el que se alcanzan nuevas cotas de autonomía para Euskadi. El 30 de diciembre del 2004, el parlamento vasco aprueba el texto presentado pero, posteriormente, la propuesta fue rechazada, por el pleno del Congreso de los diputados, por lo que la reforma estatutaria vasca no pudo materializarse. (Cfr. AA.VV., *Estudios para la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, Victoria, 2003; y LÓPEZ PORTAS, B., "Un breve análisis de las propuestas regionales en el contexto multilevel europeo: el caso vasco" dentro de *Multigobierno: Estados e rexións na Unión Europea*, Cátedra Jean Monnet vol. 6, USC, 2005, pp. 366-410)

<sup>97</sup> Sobre el *estatut*, simplemente, revisar nota pie 6.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACTON, J., *Lectures on Modern History*, Macmillan and Co., London, 1952.
- AGRANOFF, R., RAMOS, J. A., “La evolución hacia una democracia federal en España: un examen del sistema de relaciones intergubernamentales”, en Agranoff, R. y Bañón i Martínez, R., *El Estado de las autonomías ¿Hacia un nuevo federalismo?*, IVAP, Vitoria, 1998, pp.55-103.
- AJA, E., “Igualdad competencial y hecho diferencial”, en Aja, E., *et alii*, *Uniformidad o diversidad de las comunidades autónomas*, Colecció Institut d’Estudis Autònomic, nº 23, Barcelona, 1995, pp. 69-104.
- Estado autonómico en España a los 25 años de Constitución*, ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional, celebrado en Sevilla 3-5 de diciembre 2003.
- El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Ciencias Sociales, Alianza, Madrid, 2004.
- ÁLVAREZ CONDE, E., “Homogeneidad y asimetría en el modelo autonómico español”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense: Las Perspectivas del Estado Autonómico I*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1997, pp. 107-118.
- AA.VV., *Estudios para la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, Vitoria, 2003.
- BLANCO VALDÉS, R., “El Estado federal interminable”, en García de Cortázar, F., *El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura definitiva*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, número 66, Madrid, 2001, pp.163-210.
- Nacionalidades históricas y regiones sin historia: a propósito de la obsesión ruritana*, Alianza, Madrid, 2005.
- BODINO, J., *Los seis libros de la república*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1992.
- BURGESS, M., *Federalism and European Union, Political idea, influences and strategies in the European Community, 1972-1987*, Roudge, London, 2000.
- ELAZAR, D., *Exploración del federalismo*, Hacer, Barcelona, 1987.
- “The Federal Dimensions of State-Diaspora Relations” en *Constitutional design and power-sharing in the post-modern epoch*, Ed. D. Elazar, University Press of America, Boston 1991. pp.143-162.
- Federal Systems of the World. A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements, 2<sup>nd</sup> Edition*, Londman Group UK, Londres, 1994.
- Constitutionalizing Globalization. The Postmodern Revival of Confederal Arrangements*, Rowman & Littlefield Publishers, INC., Oxford 1998.
- GROPPI, T., “La reforma constitucional en los Estados federales entre pluralismo territorial y no territorial”, en *Revista de Derecho Político*, nº 54, UNED, Madrid, 2002, pp. 113-128.
- HÄBERLE, P., “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, Sevilla, 2004, pp.11-24.
- HELLER, H., *La soberanía*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1965.

- JÁUREGUI, G., “La participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea”, *Revista catalana de dret públic*, nº 31, 2005, pp.137-172.
- JELLINEK, G., *Fragments de Estado*, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1978.
- Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, colección política y derecho, México, 2000.
- KUHN, H., *El Estado. Una exposición filosófica*, ediciones RIALP, Madrid, 1979.
- KING, P., *Federalism and Federation*, ed. Crom Helm, London, 1982.
- LA PERGOLA, A., *Los nuevos Senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- LÓPEZ PORTAS, B., “Un breve análisis de las propuestas regionales en el contexto multilevel europeo: el caso vasco” dentro de *Multigobierno: Estados e rexións na Unión Europea*, Cátedra Jean Monnet vol. 6, USC, 2005, pp. 366-410.
- ORTEGA, L., *Reforma Constitucional y Reforma Estutaria*, Civitas, Madrid, 2005.
- PECES-BARBA, G., “Una lectura de la Constitución española”, en Cuço, A., *et alii*, *La organización territorial del Estado: España en Europa: un análisis comparado*, Universidad de Valencia, 2002, pp. 67-77.
- PERNICE, I., “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, vol. 27, nº 5, 2002, pp. 511-529.
- REQUEJO, F., “Federalismos y grupos nacionales”, en Cuço, A., *et alii*, *La organización territorial del Estado. España en Europa: un análisis comparado*, Universidad de Valencia, 2002, pp.81-92.
- SÁENZ ROYO, E., *El Estado social y descentralización política. Una perspectiva comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Thomson, Civitas, Madrid, 2003.
- SILVA GARCÍA, F., “La Unión Europea. problemas constitucionales derivados de su estructura y funcionamiento institucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nº 104, mayo-agosto 2002, UNAM, México, pp 589-620.
- SUBIRATS, J., “El papel de las Comunidades Autónomas en el sistema español de relaciones intergubernamentales. Quince años de Comunidades Autónomas en España. Luces y sombras de una realidad aún en discusión”, en el *Estado de las autonomías ¿hacia un nuevo federalismo?* / coord. por Bañón R., y Agranoff, R., IVAP, 1998, pp. 161-180.
- WHEARE, K.C., *Las constituciones modernas*. Nueva colección Labor, ediciones Labor S.A, Barcelona, 1974.



# DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA



## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL MODERNO DERECHO PENAL Y SUS CONSECUENCIAS

ROBERTO A. DUFRAIX TAPIA<sup>1</sup>  
 Universidad Arturo Prat

### RESUMEN

Los veloces avances tecnológicos y las distintas complejidades que actualmente presenta la sociedad están poniendo en tela de juicio al Derecho penal liberal. Tal situación debe ser observada de manera muy cautelosa, pues el desmoronamiento de aquellos principios que se dieron a luz en momentos de la Ilustración, puede significar un grave atropello a la dignidad del ser humano.

*Palabras clave:* Derecho Penal Moderno - Expansión del Derecho Penal - Castigo - Principios Liberales - Ilustración - Seguridad Ciudadana - Miedo al Delito - Teoría de la Legislación.

### ABSTRACT

*The fast technological advances and the different complexities that nowadays the society presents are putting in question to the liberal criminal law. Such a situation must be observed in a very cautious way, because the crumbling of that principles that were given to light in moments of the Illustration, can mean a serious violation to the dignity of the human being.*

*Key words:* Modern Criminal Law - Expansion of the Criminal Law - Punishment - Liberal Principles, Illustration - Civil Safety - Fear of the Crime - Theory of the Legislation.

## I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que en la medida en que transcurre el tiempo, toda sociedad evoluciona según sus propias circunstancias históricas, políticas, económicas y culturales. Son estos factores los que necesariamente vienen a influir en las características más esenciales de un determinado grupo social, produciéndose de esta manera notables alteraciones en todo lo que diga relación con sus respectivas necesidades, prioridades, costumbres y valoraciones.

Frente a este complejo proceso evolutivo, el Derecho, como ente regulador de la sociedad, no puede ni debe mantenerse ajeno a los cambios que ella experimente, ya que, de lo contrario, pasaría a constituirse en un instrumento inútil, carente de contenido y, por tanto, lejos de brindar la mínima eficacia y oportunidad en la solución de conflictos sociales, que es su principal razón de ser.

Ahora bien, la dificultad que trae consigo este fenómeno radica especialmente en encontrar, de entre varias, la forma más adecuada por medio de la cual el Derecho sea capaz

<sup>1</sup> Máster en Derecho Penal y Criminología y Doctorando en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). Direcciones de correo electrónico: rduftap@alumno.upo.es /roberto.dufraix@unap.cl

de responder a tales exigencias, sin desconocer aquellos principios básicos que garantizan el respeto del ser humano en cuanto a su dignidad.

Así las cosas, el presente ensayo tiene por objeto, luego de describir en términos generales el estado actual en que se encuentra la Ciencia Penal, denunciar las consecuencias que sus modernas aplicaciones traerían, para luego proponer ciertos criterios normativos que sean capaces de satisfacer la función de salvaguarda de garantías que el Derecho penal debe mantener en un Estado social y democrático de Derecho.

## II. EL MODERNO DERECHO PENAL

Es un hecho que la ciencia del Derecho penal, durante los últimos 30 años, ha experimentado una serie de cambios, cuantitativos y cualitativos, que la doctrina dominante ha estimado denominar “moderno Derecho penal”.

Concretamente, la suma de ambos aspectos, se manifiesta de la siguiente manera<sup>2</sup>.

1. Comienza a producirse un adelantamiento de las barreras de protección penal, por medio de la utilización generalizada de delitos de peligro abstracto. De esta manera, se procede al castigo de la conducta que vulnera el sustrato formal de la norma prohibitiva, aunque aquella no cause lesión alguna al respectivo bien jurídico protegido, afectándose por tanto los principios de lesividad y proporcionalidad.
2. Se da inicio a la creación de ciertos bienes jurídicos colectivos (medio ambiente, estabilidad del sistema financiero, salud pública, seguridad, etc.), los cuales, por su carácter generalizador y abstracto, suelen provocar problemas en el ámbito de la tipicidad, vulnerándose, generalmente, el principio de legalidad (*nullum crimen sine legem certa*).
3. En virtud de lo anterior, nacen los denominados delitos de acumulación, que son aquellos en que, a pesar de que sea necesaria la acumulación de determinadas conductas para que se produzca un daño efectivo al respectivo bien jurídico, el legislador decide penar cada una de ellas, de forma aislada y previamente al daño del mismo, por el riesgo que significa la eventual propagación de tales conductas<sup>3</sup>. En estos casos, el individuo es penado no solo por el hecho mismo que comete, sino que además por el eventual hecho de muchas otras personas, infringiéndose por tanto los principios de responsabilidad por el hecho, lesividad y proporcionalidad.
4. Comienza a cuestionarse la necesidad de contar con un concepto de bien jurídico protegido propio del pensamiento liberal, toda vez que aquel, paulatinamente, va perdiendo la función crítica que, desde la Ilustración, se le encomendaba en la elaboración y tratamiento de normas penales.
5. Por su parte, con el fin de convertir al Derecho penal en un instrumento con mayor capacidad de adaptación ante los constantes cambios que experimenta la sociedad, el legislador incurre de manera creciente y reiterada en la utilización de tipos penales

<sup>2</sup> En este sentido, véase, entre otros, HASSEMER, Winfried-MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Tirant (Valencia, 1995), pp. 15 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Editorial Civitas (Madrid, 2001), pp. 149 y ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Editorial Civitas (Madrid, 2001), pp. 47 y ss.

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, si una persona tala un árbol protegido penalmente, será castigado, igualmente, como autor de un delito cometido contra el medio ambiente, aunque en realidad, su hecho, aisladamente considerado, no cause daño alguno a dicho bien jurídico.

en blanco, lo cual, en una cierta cantidad de casos, viene a transgredir el principio de tipicidad penal.

6. En el mismo sentido, al existir grandes dificultades para adecuar los criterios de imputación provenientes del “viejo” Derecho penal liberal a las nuevas exigencias del Derecho penal “moderno”, se da inicio a una flexibilización de las garantías propias de atribución de responsabilidad, tanto en el Derecho material como en el formal (Derecho penal y procesal penal respectivamente), vulnerándose los principio de responsabilidad por el hecho y el del justo y debido proceso<sup>4</sup>.

Todo lo anterior se ha justificado en la inseguridad que percibe el cuerpo social frente a los riesgos producidos, de un lado, por los desenfadados avances tecnológicos que actualmente está experimentando y, de otro, por la mayor complejidad que está adquiriendo debido a los efectos propios de la globalización<sup>5</sup>. Frente a tales circunstancias, y como se puede apreciar, el Estado ha optado por una política criminal tendente a la expansión e intensificación del instrumento penal, con el fin un tanto ingenuo (¿populista?), de disminuir los riesgos a que se encuentra expuesto el cuerpo social, sin preocuparse significativamente por la incipiente generación de un Derecho penal máximo, vulnerador de las garantías propias de un Estado social y democrático de Derecho.

Sin embargo, desde una política criminal propia de la sociedad de riesgos, el Derecho penal ha pasado a experimentar otra serie de transformaciones que poco (o nada) tienen que ver con ella<sup>6</sup>. Por un lado, se crean nuevas figuras penales completamente desligadas de las fuentes de riesgos antes mencionadas, como ocurre, a modo de ejemplo, con aquellos delitos que castigan fenómenos tales como la violencia doméstica o el acoso sexual. Por otro, se endurecen las penas de delitos ya existentes, como acontece respecto de aquellos que reprimen fenómenos tales como la delincuencia callejera, el narcotráfico y el terrorismo (incluso, en este último caso, en países que ni siquiera lo sufren, como sucede en el caso de Chile).

Ahora bien, no obstante los distintos objetos de regulación, en mi opinión, tal ambigüedad de modelos encuentra plena concordancia en cuanto a su causa efectiva: el desmoronamiento de la concepción liberal de bien jurídico protegido.

En efecto, desde el momento en que diversos grupos de presión (agrupaciones de consumidores, ecologistas, etc.) comenzaron a dirigir su actuar hacia la obtención de mayor control por parte del Estado sobre ciertas fuentes generadoras de riesgos, este optó por la solución más cómoda y supuestamente más eficaz: el endurecimiento del modelo político criminal. Pues bien, dado el notable efecto simbólico que trae consigo dicha decisión, la sociedad en general comienza a percibir que la única manera de abordar eficazmente el problema de inseguridad en que se encuentra inmersa, no es otra que la de echar mano a la

---

<sup>4</sup> A modo de ejemplo, ya no es del todo necesaria la existencia del nexo causal entre acción y resultado, precisamente por las dificultades probatorias a que ella conlleva (delitos contra el medio ambiente, entre otros); por su parte, se crean sistemas unitarios de autoría, lo cual implica elaborar tipos penales abiertos con el fin de abarcar la mayor cantidad de situaciones (delitos de tráfico de drogas, entre otros), además, se agilizan desmedidamente los procesos penales (juicios exprés) con el fin de aparentar una mayor eficiencia del sistema

<sup>5</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca, cit. (n. 2), pp. 52 y ss.

<sup>6</sup> En similar sentido, véase, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Universidad de Granada (N.º7, 2005), pp. 9 y ss. Disponible en World Wide Web: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

rigurosidad del recurso penal<sup>7</sup>, renunciándose, entonces y paulatinamente, al respeto de las libertades y garantías que un Estado social y democrático de Derecho debe asegurar.

De esta manera, el bien jurídico protegido deja de constituirse en un patrón concreto que se debe tener en cuenta a la hora de tipificar ciertas conductas, convirtiéndose en una idea abstracta, vaga y confusa, protectora de la seguridad en sí misma más que de la indemnidad de las personas.

### III. CONSECUENCIAS

Las consecuencias que trae consigo esta nuda existencia de bien jurídico protegido, como patrón concreto de tipificación, son muy variadas y se manifiestan en todo ámbito. A continuación mencionaré aquellas que, en mi opinión, parecen más desafortunadas.

1. *En la Criminología.* El alejamiento del concepto liberal de bien jurídico protegido, se traduce en la ausencia de patrones que contribuyan de manera crítica en la génesis de normas penales, restándose importancia, entonces, a la labor desempeñada por la criminología en cuanto a la tipificación penal de conductas.

En efecto, la Criminología, como ciencia de carácter empírico, se encuentra facultada para brindar al Derecho penal todos aquellos datos de la realidad que le fueren útiles en su labor criminalizadora o descriminalizadora de conductas.

Dicha función, se encuentra dada por una constante revisión crítica de las normas jurídico-penales, pues, por medio de ella, es posible determinar qué conductas merecen o no ser protegidas penalmente, atendiendo a criterios de lesividad y real eficacia. Ahora bien, tal crítica, tendrá una efectiva injerencia solo en la medida en que se aplique a un sistema penal que sea capaz de recogerla y asimilarla, lo que ocurrirá, a su turno, solo en la medida en que dicho sistema cuente con algún elemento que tenga por función la constante revisión autocrítica de sus normas. Pues bien, un país ciego y obsesivo de seguridad difícilmente permitirá que se eliminen del catálogo penal aquellos delitos que realmente poco daño causan, por más que se encuentre comprobado (empíricamente) que mantenerlos no solo no soluciona el problema, sino que lo incrementa y lo hace efectivamente más pernicioso.

Este nuevo paradigma penal, al contener un concepto de bien jurídico protegido definido en términos meramente funcionales, queda despojado de la posibilidad de recibir la crítica que otras ciencias, como la Criminología, pudieren aportarle, provocando así una carencia de filtro tanto en cuanto a la tipificación de conductas, como en lo concerniente a la propia aplicación de la ley penal.

En consecuencia, si la Criminología pretende tener alguna relevancia para el modelo penal actual, no tiene otra opción que la de acoplarse al mismo, como lo ha venido haciendo, por medio de la aportación de datos empíricos (¿reducidos a la sensación de inseguridad?) que sean capaces de justificarlo y promoverlo.

2. *En el Derecho penal.* Al constituirse el Derecho penal en el único medio con que cuenta el Estado para la persecución y castigo de las conductas calificadas como delitos, las víctimas directas de lo que significa el abandono de los principios del Derecho penal liberal, no son

<sup>7</sup> HULSMAN, Louk - DE CELIS, Bernat, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa.* (trad. cast. de Sergio POLITOFF), Editorial Ariel, (Barcelona, 1984), pp. 43 y ss.

otros que los integrantes del cuerpo social. Son ellos, personas de carne y hueso, quienes soportan las consecuencias más duras de este cambio de paradigma.

En efecto, y como ya hemos dicho, se crean figuras delictivas caracterizadas por su amplitud de redacción (en general, la ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes), se endurecen considerablemente las penas a la “delincuencia callejera” (por ejemplo en los delitos de hurto o robo por sorpresa), se adelantan las barreras de protección penal por medio de la creación de delitos de peligro abstracto (como en los delitos contra el medio ambiente), se endurecen las penas en consideración a los autores de la conducta (en general en los delitos de terrorismo), se alteran los fines de la pena desde la prevención hacia la retribución e inocuización.

El nuevo paradigma, comienza a romper con cada uno de los principios que sirven de base al Estado de Derecho, transgrediéndose significativamente los de fragmentariedad, subsidiariedad, proporcionalidad, tipicidad, e intervención mínima<sup>8</sup>.

El primero de ellos se vulnera toda vez que cualquier hecho que de alguna u otra manera atente contra la seguridad como ideal abstracto a proteger, tanto en su aspecto económico, cultural o social, será susceptible de ser reprimido por la vía penal. En este sentido, el Derecho penal ya no protege solo los atentados más graves que se realicen *en el* orden social, sino que protege cualquier atentado que se dé *al* orden social.

Con respecto al segundo principio enunciado, parte de la doctrina ha tratado de justificar su afectación fundándose en la inoperancia que sufren las demás instancias de control social en cuanto a la protección de bienes jurídicos<sup>9</sup>.

En mi opinión, el fundamento anteriormente expuesto no es del todo certero, ya que no es que las demás instancias de control social sean ineficientes en sus labores; lo que ocurre realmente es que estas ya no son funcionales a los nuevos fines del sistema penal. Al otorgarse al Derecho penal la supuesta capacidad de resolver la mayoría de los problemas que se den en el ámbito social, las demás instancias de control social quedan olvidadas en el último cajón de los recuerdos, convirtiéndose así en elementos totalmente carentes de importancia. Es así como el Derecho penal ha venido perdiendo su calidad de última *ratio*, constituyéndose progresivamente en la única vía existente para la solución de conflictos sociales.

Por su parte, al creerse ciegamente en la función tranquilizadora de la pena, el principio de proporcionalidad también se ha visto notablemente afectado, toda vez que un mayor endurecimiento de ella aritméticamente traería consigo un aumento en la sensación de tranquilidad de la sociedad. Sin embargo, lo único que se ha logrado por medio de tal razonamiento, es un duro y generalizado incremento del castigo, muchas veces incongruente con el efectivo daño que producen los respectivos delitos, manteniéndose impertérrita la sensación de miedo que experimenta el cuerpo social<sup>10</sup>.

En cuanto al principio de tipicidad, es posible establecer lo siguiente: lo que antes se constituía en un error del legislador, actualmente se considera como una nueva técnica de

<sup>8</sup> En este sentido, véase, HASSEMER, Winfried, *Crisis y características del moderno derecho penal*, en *Actualidad penal*, N° 43 (Madrid, 1993), pp. 640 y ss. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, en *Revista de Derecho penal de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Disponible en World Wide Web: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>;

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, cit. (n. 2), pp. 61 y ss.

<sup>10</sup> Al respecto, en profundidad sobre el miedo al delito en España, véase, MEDINA Juanjo, *Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada (N.º 05, 2003). Disponible en World Wide Web: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-03.pdf>;

tipificación<sup>11</sup>. En efecto, no son pocos los casos en que el legislador, a fin de evitarse posibles problemas de interpretación y por tanto de aplicación normativa, emplea una redacción que sea capaz de abarcar la mayoría de las conductas eventualmente “lesivas” para el bien jurídico protegido, cuestión que se puede apreciar en varios pasajes de la legislación relativa a tráfico ilícito de estupefacientes o a terrorismo.

Todas las infracciones antes anotadas traen como consecuencia la absoluta quiebra del principio de intervención mínima y con ello del Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, si dichas anotaciones ya son parte efectiva de un nuevo paradigma del Derecho penal, ¿no resultaría más fácil establecer un tipo penal en que se castigue todo acto contrario a la seguridad, como ocurrió en la Alemania nazi cuando se castigaba todo acto contrario al sano sentir del pueblo alemán?

#### IV. ALGUNAS PROPUESTAS

Frente a todo lo expuesto anteriormente, ¿qué se debe hacer? Sin duda alguna, y como ya hemos mencionado, conjugar de buena manera los cambios que viene experimentando la sociedad con los principios liberales del Derecho penal, resulta del todo una tarea difícil, pues, en definitiva, se trataría de aplicar una forma de Derecho a una sociedad que quizás ya no necesita garantías sino eficacia.

Sin embargo, considero, el piso mínimo que debe mantenerse inmutable frente a cualquier tipo de cambio que experimente el cuerpo social, se encuentra constituido por el de respeto a la dignidad humana, pues esta, al menos en un sistema social y democrático, no puede ni debe ser considerada como un objeto vulnerable.

Partiendo de dicha base, los principios elaborados por el Derecho penal de la Ilustración, deben mantener su validez y superioridad frente a los fenómenos expansivos que actualmente está experimentando, pues todos ellos apuntan a la necesaria protección de la dignidad del ser humano.

En mi opinión, la forma de llevar a cabo tal tarea, hoy desde un “discurso de resistencia”<sup>12</sup>, es sin duda un trabajo difícil y por tanto imposible de tratar en estas páginas. Sin embargo, y a modo de mantener encendida la luz de la esperanza, mencionaré algunas de las propuestas que en mi opinión podrían traer buenos resultados.

En primer lugar, creo que es necesario dejar de creer en la cárcel. Actualmente, la pena más utilizada por la mayoría de los países de nuestro ámbito de cultura es sin duda el encierro, y ello no ha evitado que se cometan a diario los mismos, sino más, delitos de igual o mayor gravedad. Una privación de libertad de relativa larga duración, lo único que produce es *desocializar*, en ningún caso *socializar*.

En segundo lugar, y en cuanto a los principios liberales del Derecho penal, si el problema que atañe al de subsidiariedad radica en lo insuficiente de otros mecanismos de control social para la debida protección de los bienes jurídicos, la solución está en potenciar

<sup>11</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*, en *Jueces para la Democracia* (Madrid, 2002), N° 44, pp. 21 y ss.

<sup>12</sup> Tomo la expresión “discurso de resistencia” de la obra elaborada por GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Editorial Tirant (Valencia, 2003).

dichas vías, haciéndolas más eficientes y eficaces, sin la necesidad casi obsesiva de echar mano al recurso penal.

Por su parte, para que el principio de fragmentariedad, y por tanto de lesividad y de intervención mínima, no quede como un concepto desprovisto de contenido, será necesario determinar fehacientemente cuáles, de todos los bienes jurídicos que merecen protección por el ordenamiento jurídico, requieren efectivamente ser elevados a la categoría de bienes jurídicos penales.

En mi opinión, a fin de tener éxito en dicha determinación, se hace absolutamente necesaria la elaboración y aplicación de una “teoría de la legislación”<sup>13</sup>, es decir, de una técnica de generación legislativa por medio de la cual se introduzcan nuevos estudios de carácter previo a la discusión parlamentaria, generalmente de carácter empírico, con el fin de asegurarse de que la conducta que se pretende castigar sea realmente merecedora de pena en atención a la lesividad que sea capaz de ocasionar.

Entre los procedimientos que se podrían adoptar para la aplicación de este tipo de técnica, podemos mencionar los siguientes: información empírico social sobre la realidad en que se va a operar, la configuración de necesidades sociales que se pretende satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención, análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses, manifestaciones de afectados, cálculos de costos económicos de la reforma legal, etc. Lo anterior en ningún caso pretende cuestionar las competencias del órgano constitucional en el que reside la soberanía popular. Se quiere simplemente asegurar que este, a la hora de tomar la decisión que solo a él compete, disponga de los materiales cognoscitivos y valorativos necesarios para llevar a cabo su cometido.

No debe olvidarse que el Derecho penal es el medio más violento con que cuenta el Estado para la vulneración legítima de los derechos fundamentales de las personas, razón que justifica en todo caso la preservación y fortificación de aquellos principios que lo limitan.

Pues bien, estoy convencido de que teniendo a la vista lo dicho, es posible generar un sistema penal que sea capaz de, por un lado, enfrentar los constantes e indudables cambios que viene experimentando la sociedad y, por otro, salvaguardar de igual forma la peligrosamente amenazada dignidad humana.

## BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIA, Manuel, *El Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*, en *Jueces para la Democracia*, N.º 44 (Madrid, 2002).
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada (N.º 07, 2005). Disponible en World Wide Web: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>; De él mismo: *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal ga* ABSTRACT: *rantista*, en *Revista de Derecho Penal de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 10, N.º 15, Disponible en WorldWideWeb:<http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2015/diez15.htm>

<sup>13</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, cit. (n. 8), pp. 7 y ss.

- Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Editorial Tirant (Valencia, 1995).
- HASSEMER, Winfried, *Crisis y características del moderno derecho penal*, en *Actualidad Penal*, Madrid, N.º 43 (Madrid, 1993).
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, Editorial Tirant (Valencia, 1995).
- MEDINA, Juanjo, *Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada (N.º 05, 2003). Disponible en World Wide Web: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-03.pdf>
- MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Editorial Civitas (Madrid, 2001). De ella misma: *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores DEL DERECHO penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII (Madrid, 1999).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Editorial Civitas, 2º ed. (Madrid, 2001).

## EL DELITO DE GIRO FRAUDULENTO DE CHEQUES Y LA REFORMA PROCESAL PENAL CHILENA

JUAN CARLOS MANRÍQUEZ ROSALES\*  
 Universidad Nacional Andrés Bello

El delito de giro fraudulento de cheque, previsto en el artículo 22 del DFL N° 707 de 1982, que fijó el texto refundido de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, no ha estado ajeno a importantes y novedosos efectos que le ha traído aparejados la Reforma Procesal Penal, tanto en los aspectos procedimentales como en los sustantivos involucrados para hacer efectiva la responsabilidad criminal del girador malicioso.

El 31 de mayo de 2002 se publicó la Ley N° 19.806 que introdujo “Normas adecuatorias del Sistema Legal chileno a la Reforma Procesal Penal”, para facilitar el tránsito del sistema escrito e inquisitivo a uno esencialmente oral y acusatorio, hoy vigente en todo el país desde el 16.6.2005, y particularmente para dar solución a problemas prácticos de compatibilidad entre uno y otro, provocados en el ejercicio diario de los tribunales<sup>1</sup>.

En lo procesal, las novedades apuntadas dicen relación con la titularidad de la acción penal, la procedencia y el monto de la caución para obtener la libertad provisional, cambio en la naturaleza de la acción penal y el procedimiento al cual queda sujeta la tramitación de las causales más comunes y dañosas de protesto de un cheque, cuales son, la falta de fondos o créditos suficientes, el giro contra una cuenta corriente cerrada y cuando después de expedido el cheque, se hubieren retirado de la cuenta corriente los fondos disponibles para su pago.

Se sustituyó en ese sentido por la ley adecuatoria el artículo 42 del DFL N° 707, para disponer que en lo sucesivo los delitos previstos y sancionados en el artículo 22 de la Ley del ramo, conferirán acción penal privada al tenedor del cheque protestado por dichas causales, razón por la cual en la persecución no tiene cabida el Ministerio Público.

Todo el peso de la tramitación civil y penal posterior, ante el Tribunal de Garantía, queda en los hombros e intereses del beneficiario capaz de querellarse, el que deberá ajustarse estrictamente al procedimiento y plazos establecidos en el Título II del Libro IV del Código Procesal Penal, artículos 400 y siguientes. Vale decir, el procedimiento se iniciará solo por

---

\* Profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Andrés Bello, Academia Judicial de Chile y Miembro del Foro Penal para la Redacción del Anteproyecto del Nuevo Código Penal Chileno. Consejero Secretario Ejecutivo del Colegio de Abogados de Valparaíso A. G.

<sup>1</sup> Vid, *fr* por todos, OSSANDÓN W., Magdalena, *El giro doloso de cheques como delito de acción penal privada en Semana Jurídica*, Santiago de Chile (2003), 3, N° 137.

querella, a la que deberán acompañarse todos los antecedentes suficientes para notificar al querellado antes de la audiencia de conciliación a que se refiere el artículo 404 del Código Procesal Penal, que ante todo tiene por objeto "...*buscar un acuerdo que ponga término a la causa...*". Si el querellante no asiste a la audiencia o deja inactivo el procedimiento por más de 30 días, sin realizar diligencias útiles para darle curso y siempre y cuando fueren de su cargo, se producirá el abandono de la acción privada debiendo el Tribunal de Garantía decretar, de oficio o a petición de parte, el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 402 CPP).

Entonces, los restantes delitos establecidos en esa disposición y en el artículo 43 (por ejemplo, protesto por orden de no pago fuera de los casos previstos en la Ley) darán lugar a una acción penal pública, que será de cargo de los Fiscales del Ministerio Público, quienes únicamente iniciarán la pesquisa cuando reciban del interesado el cheque protestado y los comprobantes de que aquellos han realizado las notificaciones judiciales del protesto y que no se han consignado los fondos en el plazo legal, se haya o no opuesto tacha de falsedad en el momento del protesto, o dentro de los tres días siguientes a la notificación judicial de aquel. Mientras ello no ocurra, con certeza se decretará por la Fiscalía el archivo provisional que prevé el Art. 167 del CPP.

Así las cosas, conforme el Art. 111 inciso 1º del CPP y a la definición de víctima contenida en el Art. 108 del mismo, el endosatario en cobro no podrá deducir por sí la acción penal como querellante, si no que siempre requerirá obrar como tal el beneficiario del cheque protestado, poniendo fin a una de las prácticas forenses más extendidas en esta materia.

En cuanto a la libertad provisional, al desaparecer la libertad bajo fianza en la Reforma Procesal Penal como regla, salvo casos excepcionales, como ocurre en el Art. 145 del CPP, o sea, sustitución de la prisión preventiva y revisión de oficio, por las medidas cautelares del Art. 155, menos intensas que aquella, como el control ante la autoridad, el arraigo nacional o regional, etc.; el tema de la cuantía de la caución para recuperar la libertad ya no tiene la relevancia que históricamente tuvo, en cuanto verdadera limitante para obtener el beneficio procesal de la libertad (al obligar la norma literal y original a consignar el "...*total del capital, intereses corrientes y costas del cheque protestado...*"), puesto que la última tendencia jurisprudencial sobre el Art. 44 inciso 1º del DFL 707 había entendido derogada tácitamente la exigencia de esa caución por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Chile, que se encontraren vigentes, entre ellos el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, o el de San José de Costa Rica, que prohíbe la prisión por deudas, habiéndose asilado en él la interpretación foral del asunto, argumento que se vio beneficiado con la modificación al artículo 5º de la Constitución Política del Estado, precisamente para hacer cabida al Derecho Internacional de las Garantías Fundamentales.

Hasta ahora, la práctica de los Tribunales en la Reforma Procesal Penal enseña que si el querellado comparece a la audiencia de conciliación o a la investigación del Ministerio Público y manifiesta por qué no ha podido pagar antes el cheque protestado y al mismo tiempo, expresa su voluntad de hacerlo en la audiencia o *a posteriori* conforme a sus capacidades pecuniarias, ello desacreditará una necesidad de cautela mayor, como la prisión preventiva, y se pasará a explorar salidas alternativas, como el acuerdo reparatorio (Art. 241 del CPP) o la suspensión condicional del procedimiento (Art. 237 del CPP)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> En efecto, el Mensaje del Ejecutivo que acompañó el envío del Proyecto de Código Procesal Penal a la H. Cámara de Diputados, en su Párrafo 2º Principios Básicos, inciso duodécimo, contempla el fundamento de tales prácticas: "*Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción*

Esta última cuestión es una novedad de fondo, ya que históricamente se había tratado al cheque como un medio de pago cuya protección penal venía justificada por la necesidad de proteger “...*el orden económico en general...*”<sup>3</sup>.

Esa línea interpretativa traía como conclusión lógica que el bien jurídico tutelado no podía ser disponible para los interesados del conflicto penal, y por tanto, no podría dar lugar a salidas alternativas o de solución pronta y directa, como los acuerdos reparatorios o las suspensiones condicionales que involucran el pago de una suma de dinero a favor de la víctima, o cualquier otra que resulte adecuada al caso (Art. 238 letra h) del CPP) sin o con intervención del Ministerio Público, según el caso.

Sin embargo, una interpretación patrimonialística que subyace en la Ley Adecuatoria y una clara opción de política criminal adoptada por el legislador, cual fue que “...*salvo ciertas conductas muy próximas a la estafa, y en la medida que se extingue la acción penal con el pago de la deuda, no es razonable que el Ministerio Público haga las veces de cobrador a favor del tenedor del documento...*”<sup>4</sup>, iniciaron un cambio en el eje argumentativo sobre la verdadera naturaleza del bien jurídico protegido y cuál era la tutela penal adecuada para ese interés, derivando del orden público económico al patrimonio.

Se ha permitido y facilitado, entonces, en la práctica diaria el uso amplio de las salidas alternativas, entregando a las partes la plena disposición del conflicto, lo que es lógico y concordante con el carácter de acción penal privada de las causales más comunes y gravosas de protesto de un cheque. Sin embargo, la práctica no ha demostrado hasta ahora una amplia capacidad de tutela penal en el caso de las otras causales que dan origen a una acción penal pública<sup>5</sup>.

Otro dato de interés es que a virtud del artículo 11 del Código Procesal Penal y según lo dispuesto en el Art. 18 inciso 2º del Código Penal, cierta corriente jurisprudencial ha entendido que las causas por cheques que se tramitaban con anterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma por hechos que hoy otorgan acción penal privada, pueden regirse retroactivamente a favor del procesado por los criterios más benignos introducidos por las leyes adecuatorias y los principios del Código Procesal Penal en materia de acciones penales privadas, por lo que si la causa queda sin movimiento por más de 30 días antes del

---

*de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de este se impone a los Fiscales la obligación de velar por sus intereses, y a los Jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento...*”. La idea se reitera en el Párrafo 4º, Salidas Alternativas y Procedimientos Abreviados, inciso sexto, al decirse que: “...*El establecimiento de los acuerdos reparatorios como forma de terminación de los procedimientos busca reconocer el interés preponderante de la víctima, en aquellos delitos que afectan bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles.* Luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, el 12.12.2000, de acuerdo al Art. 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y de acuerdo a la modificación introducida por la Ley N° 19.789, del 30.1.2002, se agregó al texto original del Art. 6º del estatuto procesal penal, bajo el título *Protección de la víctima*, la obligación funcionaria del Fiscal de “...*Promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales...u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima...*”.

<sup>3</sup> Vid. fvr por todos, SCS, 11.9.58, RDJ, 55, p. 154; *Repertorio del Código Penal*, Editorial Jurídica (Santiago, 1996), p. 377 y VÁSQUEZ, *Tratado sobre el Cheque*, Editorial Jurídica, (Santiago, 2000), pp. 441 y ss., entre otros.

<sup>4</sup> Vid. fvr, SENADO, Informe Comisión Constitución, (S. I, 16.10.2001), pp. 6 y 7.

<sup>5</sup> En este sentido, es interesante conocer el Instructivo N° 39 del 5.1.2001 del Fiscal Nacional, que dispone a los funcionarios del Ministerio Público cómo proceder para facilitar salidas alternativas en los casos en que les corresponda intervenir por estos ilícitos y atender especialmente a las características de los documentos o formularios de Protesto, los cuales “...*muchas veces encierran maniobras engañosas cercanas a los fraudes...*”, y también los Instructivos 45 del 26.1.2001; 70 del 17.7.2001, y Oficio N° 232, del 15.5.2002. Reglamentariamente, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, ha impartido instrucciones a los operadores del mercado para frenar el aumento injustificado de protestos irregulares detectados el último año en el país, los que claramente impiden la configuración cabal de los ilícitos nombrados.

procesamiento o de la acusación en el sistema antiguo; o esta no se presenta particularmente dentro del plazo que para ello estableció el artículo 581 del antiguo Código de Procedimiento Penal (1925), deberá entenderse que la acción penal está abandonada y podrá procederse al sobreseimiento definitivo, de oficio o a petición de parte<sup>6</sup>.

Una manifestación evidente de esta interpretación, que parece la correcta, aunque aún en minoría, es la sostenida en el fallo de la ECS del 1.12.2005<sup>7</sup> por Cury, al expresar que “...*La norma que transforma a un delito de acción pública en uno de acción privada es una norma de carácter sustantivo, más favorable al procesado, en cuanto importa contraer la potestad punitiva del Estado; por ello, debe regirse por los artículos 18 del Código Penal y 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, norma esta última que –por consagrar una garantía individual– prevalece sobre cualquier otra, incluso del propio texto Constitucional*”.

Con todo, una opinión también sostenida por el Tribunal Superior es la de no aplicar el nuevo Art. 42 inciso 2° de la Ley de Cheques en la Región Metropolitana para el juzgamiento de hechos punibles que, aun cuando con la modificación comentada confieren hoy acción penal privada para su persecución, se cometieron antes del inicio de la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal en dicha zona jurisdiccional y habían sido iniciados conforme la normativa anterior, ya que la Ley N° 19.806, en cuanto adecuatoria, solo habría comenzado a regir después del 16 de junio de 2005 para esa área, conforme al Art. 4° transitorio de la Ley N° 19.640<sup>8</sup>.

Entendemos que para fallar así, los Tribunales hayan considerado el principio de “*carga inicial cero*” que acompañó el inicio de la Reforma en las diversas áreas de vigencia, traducido en la opción de mayor eficiencia y eficacia en la administración financiera de los recursos asignados al proceso, el cual imponía la decisión de evitar que el proceso se iniciara “arrastrando” lastres del sistema antiguo. Sin embargo, ese criterio –que si bien parece entendible en la lógica organizativa– no es precisamente una “mejor limitación” al *ius puniendi*.

En conclusión, es evidente que el nuevo sistema adjetivo ha impuesto, por la vía de satisfacer funcionalmente las necesidades urgentes de las víctimas del delito de giro fraudulento de cheque, exitosa presión sobre la dogmática tradicionalmente desarrollada respecto del ilícito comentado, y sin perjuicio del valor que como medio de pago e instrumento mercantil propio del comercio tiene el cheque, su protección penal queda enmarcada en las soluciones procesales concebidas para los bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial.

Criminológicamente estos efectos práctico-dogmáticos podrían derivar en un desincentivo del uso del cheque, estimulando el comercio y la extinción de obligaciones dinerarias mediante el uso de los medios de pago electrónicos y del mercado de securitización del dinero o de formas de pago asimilables a él, como las tarjetas de crédito o débito y, en

<sup>6</sup> Vid. fvr SCA Valparaíso, Rol IC N° 5966/2004 c/ASJ, redacción del Ministro L. Alvarado Th.

<sup>7</sup> Rol 6.175-2005 / 1.12.2005, 2ª Sala Penal y otro afín, en Gaceta, (Santiago, abril 2006); Jurisprudencia Penal, E. Corte Suprema.

<sup>8</sup> Vid. fvr, SCA Santiago, Rol N° 21.040-2005, Recurso de Amparo rechazado, y Rol ECS N° 3.861-2005, que confirma el rechazo.

general, el “*dinero plástico*”<sup>9</sup>, por lo que es previsible pensar que las ilicitudes tradicionales que tenían cabida a propósito del uso de este medio de pago muten o se trasladen, con sus particulares adecuaciones, a esta nueva realidad.

---

<sup>9</sup> Reconociendo esta realidad es que el Foro Penal, en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal Chileno (ANCPCh) entregado al Presidente de la República en el mes de diciembre de 2005, introdujo en el Título X, De las Falsedades, Párrafo 1, tipos referidos a la alteración y falsificación de moneda “*y otros medios de pago*”, sin entrar a la discusión dogmática habida –entre otros países– en España, sobre si cabe o no identificar con el dinero corriente el dinero plástico. Es más, en el artículo 234 inciso 2º del ANCPCh se dijo expresamente que “Para los efectos de este artículo se entiende por moneda la metálica y los billetes de papel moneda de curso legal, tanto en Chile como en el extranjero”, diferenciando el caso con aquel previsto en el Art. 235, en que se sanciona con reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo y multa de 11 a 15 UTM, al que comete falsedad “forjando en todo o en parte efectos, títulos, valores *tarjetas de crédito, débito o pago u otros documentos o dispositivos empleados como medios de pago equivalente a la moneda...*”. Congruente con esta postura, el Art. 237 sanciona como autor de falsedad al que “...*haga uso del dinero u otro medio de pago falso...*”



## LOS VARONES FRENTE A LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

FRANCISCO ÁLVAREZ BELLO\*  
 Universidad Arturo Prat

### INTRODUCCIÓN

En nuestro país, el maltrato que varones ejercen contra mujeres al interior del ámbito doméstico constituye un fenómeno extendido y de graves consecuencias a nivel psicológico, económico y de salud, tanto para las propias mujeres como para sus hijos<sup>1</sup>. Una investigación realizada en la Región Metropolitana<sup>2</sup> mostró que un 50,3% de las mujeres entre 15 y 49 años con pareja presente o pasada, había vivido alguna vez violencia en esa relación; desglosándose este resultado en un 32,1% de mujeres víctimas de violencia física, un 14,9% de agresión sexual (de parte de su pareja) y un 16,3% violencia psicológica.

A pesar de existir desde hace muchos años, solo recientemente este fenómeno ha sido reconocido como un problema que requiere una intervención decidida de toda la sociedad, y del Estado en particular. Esta acción frente a la violencia se ha plasmado –entre otras iniciativas– en la promulgación de las leyes 19.325 y 20.066 de Violencia Intrafamiliar. Esta última, en particular, tiene por objeto “prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”.

La efectividad de esta normativa y, en términos más generales, del enfrentamiento de esta problemática, dice relación con una diversidad de factores, uno de los cuales es la capacidad de los actores involucrados –sistema judicial, instancias gubernamentales, sociedad civil– de comprender los procesos involucrados en la génesis, la mantención y las vías de solución de la violencia que los varones ejercen sobre las mujeres en sus familias, para poder así aplicar dicho conocimiento en su accionar.

El presente artículo, en este sentido, se centra el estudio de tres aspectos de la violencia intrafamiliar relacionados con el victimario: a) los factores atribuibles a los varones que generan la conducta violenta, b) los medios que estos ejercen –en particular los de difícil identificación– para maltratar a las mujeres y c) la perspectiva que poseen hacia la violencia intrafamiliar misma. Ellos inciden, tal como se discutirá más adelante, en la detección, sanción y erradicación de esta problemática.

---

\* Magíster en Estudios de Género y Cultura (U. de Chile). Universidad Arturo Prat, Sede Santiago. franciscoalvarezb@gmail.com

<sup>1</sup> VV.AA., *Domestic violence and women's mental health in Chile*, en *Psychology of Women Quarterly* 28 (2004), pp. 298-308.

<sup>2</sup> VV.AA., *Detección y análisis de la prevalencia de la violencia intrafamiliar*, Servicio Nacional de la Mujer (Santiago, 2002), pp. 15 ss.

## PRECISIONES CONCEPTUALES

Por violencia intrafamiliar podemos entender toda forma de abuso de poder que se desarrolla en el contexto de las relaciones familiares y que ocasionan diversos niveles de daño a las víctimas de esos abusos<sup>3</sup>. Específicamente, la ley 20.066 en su artículo 5º la define como “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

Investigaciones muestran que la violencia intrafamiliar tiene dos vertientes: una referida al género (sexo de los involucrados) y otra a la generación (su edad)<sup>4</sup>; las víctimas, de este modo, son quienes pertenecen al género y a la edad considerados culturalmente como más débiles: las mujeres, las niñas y niños y los adultos mayores. Los varones, si bien son los principales ejecutores de la violencia, no son los únicos: también puede ocurrir (y ocurre) el abuso ejercido por una mujer adulta hacia una niña, o hacia un adulto mayor. Por tanto, el abuso hacia las mujeres no es sinónimo de violencia intrafamiliar: es, antes que nada, su forma más frecuente, y aquella sobre la cual se centrará este artículo.

### LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: CAUSAS RELACIONADAS CON EL COMPORTAMIENTO MASCULINO

La violencia constituye esencialmente una forma de resolver un conflicto mediante el empleo de la fuerza, ya sea de modo físico o psicológico, para crear o mantener un desequilibrio de poder entre las partes, permanente o momentáneo. En el caso de la violencia intrafamiliar, la absoluta predominancia de los varones en su ejercicio muestra que existe un conjunto de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores que las sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual y que asigna posiciones jerarquizadas a varones y mujeres. Este tipo de organización social, denominada sistema de sexo/género<sup>5 6</sup>, se caracteriza por la hegemonía que los varones poseen sobre las mujeres, dominio que también recibe el nombre de patriarcado<sup>7</sup>. La violencia intrafamiliar masculina, por tanto, constituye una forma de violencia patriarcal.

La perspectiva de género, que releva las formas culturales, políticas y económicas a través de las cuales el patriarcado opera, permite comprender cómo la violencia intrafamiliar masculina constituye un fenómeno estructural, que va más allá de lo meramente individual.

<sup>3</sup> CORSI, Jorge, *Violencia masculina en la pareja: Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*, Paidós (Buenos Aires, 1995), pp. 11 ss.

<sup>4</sup> CORSI, Jorge, cit. (nº 4); véase también del mismo autor el capítulo “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar”, en CORSI, Jorge (coord.), *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Paidós (Buenos Aires, 1994).

<sup>5</sup> RUBIN, Gayle, *El tráfico de mujeres. Notas para una “economía política” del sexo*, en *Nueva antropología VIII(30)* (1996), pp. 95-145.

<sup>6</sup> DE BARBIERI, Teresita, *Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica*, en *Ediciones de las mujeres 17* (1992), pp. 111-128.

<sup>7</sup> APULEO, Alicia, *Patriarcado*, en AMORÓS, Celia (ed.), *10 palabras claves sobre mujer*, Estella (Navarra, 1995), pp. 21-54.

Los diversos estudios acerca del orden patriarcal de género concluyen que el ejercicio de la violencia hacia las mujeres se encuentra firmemente enraizado en el modo en que la sociedad y la cultura definen lo que debe ser un varón<sup>8</sup>. Los denominados Estudios de masculinidad muestran que no existe un modo único de ser varón, sino que el orden de género define diversas formas de comportamiento para los hombres. En este sentido, R. Connell, el autor más influyente en esta área, ha señalado que existen cuatro formas básicas de masculinidad: la primera, denominada *masculinidad hegemónica*, corresponde a la configuración de prácticas que encarna los valores y símbolos del patriarcado, garantizando la posición dominante de los varones y la subordinación de las mujeres. La forma hegemónica de masculinidad, sin embargo, tiende a ser cumplida por una minoría de varones: otros hombres, en cambio, participan de las ganancias de la masculinidad hegemónica sin cumplir con todos sus mandatos: ellos se ajustan a la *masculinidad cómplice*.

En las relaciones jerárquicas de género existen también grupos de varones subordinados: ellos, posicionados en la parte inferior de la jerarquía masculina, corresponden a lo culturalmente ilegítimo; ejemplo de esta *masculinidad subordinada* lo constituyen los varones homosexuales. Finalmente, cabe señalar que la dinámica de género interactúa con variables tales como etnicidad, clase, ámbito cultural y etapa del ciclo vital. Las prácticas que encarnen lo ilegítimo de ambas variables (como en el caso de los varones pobres homosexuales) son denominadas *masculinidades marginales*, como contrapuestas a la autoridad que la hegemonía de género dota a determinados varones al interior de cada clase, grupo étnico, etc.<sup>9</sup>.

Esta categorización resulta importante porque muestra que no todas las formas de ser varón participan igualmente en el génesis de la violencia hacia las mujeres: por el contrario, investigaciones tanto en Chile<sup>10</sup> como en el extranjero<sup>11</sup> señalan la estrecha asociación entre masculinidad hegemónica y violencia de género. De este modo, la violencia intrafamiliar masculina es ejercida principalmente por varones con prácticas hegemónicas de masculinidad, quienes se adhieren con mayor fuerza a las creencias patriarcales acerca de los roles que les corresponden a sí mismos y a las mujeres.

Como se ha señalado anteriormente, la ideología patriarcal legitima la violencia masculina. Una consecuencia de ello es que los varones en general, y los adscritos al modelo hegemónico en particular, no tienen conciencia de la situación de subordinación en que se encuentran las mujeres y cómo la violencia forma parte integral de este orden jerárquico<sup>12</sup>. La consideran un medio válido de relacionamiento, y aquellas mujeres que también concuerdan con el modelo patriarcal tampoco realizan un cuestionamiento importante de ello. De este modo, la violencia intrafamiliar masculina queda invisibilizada para ambas partes (y la sociedad en general), en un fenómeno que el sociólogo Pierre Bourdieu ha denominado la

<sup>8</sup> KAUFMAN, Michael, *Las experiencias contradictorias del poder entre los hombres*, en VALDÉS, Teresa y OLAVARRÍA, José (eds.), *Masculinidades. Poder y crisis*, ISIS Internacional-Flaco (Santiago, 1997).

<sup>9</sup> CONNELL, Robert, *Masculinities*, University of California Press (Berkeley, 1995), p. 251. Véase también CONNELL, Robert y MESSERSCHMIDT, James, *Hegemonic masculinity. Rethinking the concept*, en *Gender & Society* 19(6) (2005), pp. 829-859.

<sup>10</sup> ABARCA, Humberto, *Discontinuidades en el modelo hegemónico de masculinidad*, en GOGNA, Mario (comp.), *Femineidades y masculinidades. Estudios sobre salud reproductiva y sexualidad en Argentina, Chile y Colombia*, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (Buenos Aires, 2000), pp. 193-244.

<sup>11</sup> AGUILERA, Armando, *Características psicológicas del hombre golpeador de su compañera permanente, residente en la ciudad de Bucaramanga*, en *Medunab* 7(20), (2004), pp. 73-83. Véase también GARDA, Roberto, *La experiencia de violencia de género de los hombres jóvenes*, presentación ante la Conferencia regional "Varones adolescentes. Construcción de identidades de género en América Latina", 6-8 de noviembre de 2002, Santiago de Chile.

<sup>12</sup> Kaufman, Michael, cit. (n. 10), p. 35.

*paradoja de la doxa*: el uso de la fuerza, ejercido en nombre de un principio simbólico (el patriarcado) admitido tanto por el dominador (varón) como por el dominado (mujer), es considerado como “natural” y no se cuestiona<sup>13</sup>.

Esta situación posee una consecuencia directa sobre el reconocimiento de la importancia y uso de la legislación relativa a la violencia intrafamiliar: aquellos varones que presenten una masculinidad hegemónica o cómplice (así como las mujeres con creencias similares) no considerarán necesaria su existencia, sino más bien un “exceso” que restringe comportamientos “naturales” y “legítimos” de ser varón. Esto se aplica no solo a los victimarios, sino también a todos quienes se involucren en el hecho: familiares, miembros de Poder Judicial, miembros de las fuerzas de seguridad, incluidas las mismas víctimas.

El tipo de masculinidad al cual el varón pertenezca no constituye, sin embargo, la única variable referida al victimario que participa en la génesis de la violencia. Investigaciones sobre el tema relevan la influencia que ejercen fenómenos tales como la presencia de trastornos psicopatológicos, el uso de sustancias psicoactivas y alcohol, aislamiento social y la vivencia de eventos estresantes, entre otros. Sin embargo, las investigaciones en violencia intrafamiliar muestran que el orden de género patriarcal constituye el principal responsable del génesis de la este fenómeno<sup>14</sup>.

#### LAS FORMAS SUTILES DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR MASCULINA

El autor Michel Foucault ha planteado que el poder constituye un fenómeno “microfísico”, sutil, que se construye en las relaciones interpersonales; es una acción cotidiana y frecuentemente pasa inadvertida<sup>15</sup>. Esta afirmación toma especial sentido cuando se revisan los modos a través de los cuales la violencia intrafamiliar es ejercida por los varones. La forma de categorización más frecuente es la ya referida a violencia física, sexual y psicológica. De las tres, la última es la más difícil de detectar y probar, toda vez que las acciones que la componen no suelen ser consideradas como una forma de violencia por las partes involucradas –recuérdese lo analizado anteriormente respecto de la paradoja de la doxa–.

Como una forma de facilitar la identificación de las maniobras masculinas de violencia psicológica, resulta conveniente revisar la tipología construida por el investigador Luis Bonino Méndez, quien elabora el concepto de *micromachismo* para describir “un amplio abanico de maniobras interpersonales que realizan los varones para intentar mantener el dominio y su supuesta superioridad sobre la mujer objeto de la maniobra, reafirmar o recuperar dicho dominio ante una mujer que se ‘rebela’ por ‘su’ lugar en el vínculo, o resistirse al aumento de poder personal o interpersonal de una mujer con la que se vincula, o aprovecharse de dichos poderes”<sup>16</sup>.

Un primer tipo de micromachismo lo constituye el coercitivo, en el que el varón usa su fuerza moral, económica o de otra naturaleza para doblegar a la mujer y hacerla sentir

<sup>13</sup> BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Anagrama (Barcelona, 2000), pp. 35 ss.

<sup>14</sup> Aguilera, Armando, cit. (n. 13), p. 78; López, Elena, La figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención, en *Papeles del psicólogo* 88, (2004), pp. 31-38. Véase también VV. AA., ¿Se puede y debe tratar psicológicamente a los hombres violentos contra la pareja?, en *Papeles del psicólogo* 88 (2004), pp. 10-18.

<sup>15</sup> FOUCAULT, Michel, *Discurso, poder y subjetividad*, Editorial El Cielo por Asalto (Buenos Aires, 1995), p. 22.

<sup>16</sup> BONINO, Luis, *Los micromachismos y sus efectos: claves para su detección*, en RUIZ, Consuelo y BLANCO, Pilar (ed.), *La violencia contra las mujeres. Prevención y detección*, Editorial Díaz de Santos (Madrid, 2004). Disponible en World Wide Web: < <http://www.luisbonino.com/pdf/mM%20y%20sus%20efectos%202004.pdf> >

que no tiene la razón de su parte. A esta categoría corresponden amenazar (con palabras o gestos) con el uso de la fuerza, tomar decisiones sorpresivamente y sin consultar, la retención y uso manipulativo del dinero, la invasión y monopolio de los espacios físicos comunes, la insistencia abusiva y la “apelación al argumento lógico”, en el cual solo los argumentos racionales (o sea, los del varón) son los válidos en la toma de decisiones en pareja.

En segundo lugar se encuentran los micromachismos encubiertos, en los que se bloquea el accionar de la mujer aprovechando su dependencia afectiva, generándoles sentimientos de desvalimiento, confusión, impotencia y disminución de la autoestima. Ejemplos en este sentido son fomentar la maternalización de la mujer, para que priorice sus conductas de cuidado incondicional (sobre todo hacia el mismo varón), desautorizar sus decisiones o la formación de relaciones sociales fuera del ámbito doméstico, criticar el éxito femenino, resaltar a la mujer-objeto, recordar las tareas femeninas tradiciones en contextos no pertinentes y la autoindulgencia hacia la propia conducta violenta (“hay otros peores que yo”).

Finalmente se encuentran los micromachismos de crisis, utilizados cuando el desequilibrio de poder se ve en entredicho. Aquí podemos observar la formulación de promesas y realizar cambios superficiales cuando existen amenazas de separación y ejecutar comportamientos autolesivos (adicciones, enfermedades, amenazas de suicidio) para dar lástima y apelar al hábito femenino de cuidado del varón.

Como se puede observar, las tácticas de violencia psicológica ejercidas por varones son múltiples y con fines diversos. Todas ellas, sin embargo, tienen en común la finalidad de mantener el control sobre la mujer.

Su descripción y estudio pormenorizado, de acuerdo a lo planteado por los Estudios de masculinidad, puede contribuir a una mejor detección y prueba en contextos judiciales, e intervención por parte de organismos profesionales de diversas áreas dedicados al tema.

#### LA PERSPECTIVA DE LOS VARONES FRENTE A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Tal como se ha señalado anteriormente, la forma en que los varones perciben la gravedad de la violencia intrafamiliar está determinada por la legitimación que esta tiene en la sociedad, fenómeno mediado por la paradoja de la *doxa*, en la cual tanto el victimario como la víctima consideran estar viviendo una situación “natural” y “esperable” dentro de las relaciones hombre-mujer. Por supuesto, esto no ocurre del mismo modo en todos los casos, y son particularmente las mujeres quienes toman primero conciencia de lo anómalo y perjudicial de la situación que experimentan.

La definición “objetiva” de los roles de género (a través de leyes, políticas gubernamentales, organizaciones estatales y privadas relacionadas con la familia, etc., lo que autores como Bourdieu denominan “prácticas materiales”) al interior de una cultura no constituye el único factor determinante en la perspectiva que los varones poseen de la violencia intrafamiliar. La posición del varón agresor está mediada también por los discursos que circulan en la sociedad respecto a lo que significa ser un varón, qué derechos y obligaciones le corresponden y cómo es una relación de pareja “correcta”. Entendemos por discurso, en este sentido, un conjunto de prácticas lingüísticas que mantienen y promueven ciertas relaciones sociales<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> ÍÑIGUEZ, Lupicínio (ed.), *Análisis del discurso. Manual para las ciencias sociales*, Editorial Universitat Obertá de Catalunya (Barcelona, 2003), p. 99.

Esta situación es aplicable a todas las formas de violencia, pero en particular a la violencia psicológica: dar “permisos” a la mujer para salir del hogar, increparla por “dejar de lado sus responsabilidades naturales” al intentar esta un reparto equitativo de los roles en el hogar, por poner algunos ejemplos (en general, todas las formas de micromachismo descritas anteriormente) adquirirán un carácter legítimo o no (y, por tanto, violento o no) dependiendo de los relatos y las creencias socialmente existentes respecto a cómo debe ser una relación de pareja. Una cachetada o un grito adquieren el carácter de violencia intrafamiliar cuando las creencias sociales así lo estipulan: no son, por tanto, violentas “en sí”.

De este modo, para comprender la perspectiva que los varones poseen frente a la problemática objeto de este artículo es menester revisar los discursos presentes en el mundo masculino acerca de qué es aceptable o no para sí mismos y para las mujeres.

En una investigación acerca de los discursos de la masculinidad existentes en Chile<sup>18</sup> se ha encontrado que existen tres perspectivas que los varones toman acerca de qué es ser un hombre y cómo debe plantearse frente a las mujeres. El primero y más conservador de ellos, denominado *queja apocalíptica*, se caracteriza por una visión pesimista acerca de las relaciones de género, al considerar que los cambios que las mujeres han experimentado en los últimos años (el avance en el respeto de sus derechos) resulta un fenómeno negativo, puesto que “pierden su femineidad”, “abandonan el lugar que por naturaleza les corresponde” y entrarían en una competencia con los varones. A ellos les compete ser guía del núcleo familiar, ordenar y ser obedecidos: la jerarquización patriarcal, en este sentido, queda plenamente legitimada.

El segundo tipo de discurso, *gatopardismo paternalista*, está dado por un reconocimiento de la inevitabilidad de los cambios y, superficialmente, no enjuiciarlos de modo negativo. En una postura más pragmática, implica que los varones deben entrar a negociar con las mujeres, pero siempre manteniendo el control, aunque de modo subreptico. En resumen, implica “saber cómo darle más permiso a la mujer”, tomar una postura “moderna”, pero bajo la cual subyace la intención conservadora de mantener el orden patriarcal: de allí el carácter gatopardista de este discurso<sup>19</sup>.

Finalmente se encuentra la *improvisación utópica*, posición caracterizada por la celebración de los cambios tendientes a una mayor equidad entre varones y mujeres, desarrollo de la autonomía de estas y percepción de que los nuevos roles deben irse creando “al andar” (improvisación): no está claro completamente cómo será el futuro de equidad de género (la utopía), pero existe seguridad respecto a que deben abandonarse los esquemas patriarcales de comportamiento, en que el control de las mujeres por los varones es algo legítimo. Este discurso es lo que se ha venido a denominar recientemente “nueva masculinidad” y es el que rechaza más decididamente la violencia intrafamiliar.

La investigación sobre las relaciones de género en Chile ha confirmado la existencia de diferentes grados de apoyo de los varones a la equidad con las mujeres<sup>20</sup>. Ahora bien,

<sup>18</sup> COTTET, Pablo, *Los discursos de la masculinidad en Chile: Informe de resultados*, en *Praxis 1*, (1999), pp. 31-49.

<sup>19</sup> “El gatopardo”, novela escrita por Giuseppe Tomasi di Lampedusa, trata de un aristócrata italiano del siglo XIX que, para adaptarse a los cambios políticos adversos y mantener en lo posible el orden feudal existente, se guía por la consigna “cambiar todo para que nada cambie”: transformar lo superficial para que lo fundamental permanezca inalterado.

<sup>20</sup> SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER, *Hombres y mujeres: como ven hoy su rol en la sociedad y en la familia*. Documento de Trabajo [online], n° 78 [citado 20 de abril de 2005], pp. 38-40. Disponible en World Wide Web: < <http://www.sernam.cl/estudios/ultima%20modificaci%F3n/ultiest/HomMujvenhoyrolsociefamilia.pdf>>. Véase también OLAVARRÍA, José, *¿Hombres a la deriva?*, Flasco (Santiago, 2001), pp. 11-37.

esto es sumamente relevante al momento de valorar la opinión que ellos tienen acerca de la violencia intrafamiliar: si bien existe en nuestro país una opinión mayoritaria en la sociedad (lo que incluye a los varones) acerca de la gravedad de este fenómeno y un rechazo a este (existe un consenso social acerca de que “la violencia es mala”), la legitimidad de diversas maniobras de control de la mujer y, consecuentemente, su rotulación como violencia o como una acción válida en el contexto de la relación de pareja, está dado por los discursos referentes a lo que a un varón “le corresponde” realizar con una mujer. De este modo, quienes compartan un discurso conservador (de queja apocalíptica o –en menor medida– gatopardista, de acuerdo a la denominación de Cottet) definirán su actuar de dominio sobre la mujer como algo legítimo y, por tanto, no como un acto de violencia, invisibilizándola. Esto es, tal como se ha señalado anteriormente, aplicable en especial para los casos de violencia psicológica.

### CONCLUSIÓN

Como ha podido observarse a lo largo de este artículo, la violencia intrafamiliar constituye un fenómeno que resulta invisible a los ojos de diversos varones, debido a que se encuentra legitimado en discursos sociales referentes a lo que resulta válido para un varón, lo cual se plasma en tipos de comportamientos patriarcales, en particular la denominada masculinidad hegemónica.

De este modo, el ejercicio de la violencia intrafamiliar queda enmarcado en formas de relacionarse que son considerados “naturales” y propios de lo que a un varón le corresponde hacer con respecto a una mujer: controlarla. El velo de la legitimidad patriarcal esconde en especial a la violencia psicológica, la cual se ejerce para doblegar la voluntad de la mujer, estimular su sentimiento de dependencia o colocar cortapisas sutiles a sus intentos de autonomía.

Este marco social genera una dificultad manifiesta para que los varones reconozcan estas maniobras de poder como una forma de violencia. Así, cuando se desea intervenir en esta situación y confrontar a los victimarios ante este tipo de hechos, ellos –en su inmensa mayoría– no reconocen este accionar como algo ilegítimo, y mucho menos como un delito sancionable jurídicamente.

Ahora bien, resulta imprescindible realizar una aclaración a este respecto. Las prácticas masculinas hegemónicas y los discursos sobre la masculinidad no constituyen fenómenos que se circunscriban exclusivamente al ámbito de quienes ejercen agresión contra sus parejas, a los victimarios. El orden de género traspasa toda la sociedad, y ello implica, por supuesto, a todos sus miembros: ministerios, poder judicial, organizaciones no gubernamentales, sistema educativo, fuerzas de seguridad, etc. La invisibilización de la violencia es producto de las creencias y las acciones de diversos actores, uno de los cuales son los propios victimarios.

Reconocer este hecho significa considerar que, para que se realice una aplicación efectiva de la legislación referente a la violencia intrafamiliar, debe prestarse atención no solo a la identificación de los tipos de comportamiento y las representaciones que poseen los agresores, sino también de aquellos sostenidos por todos quienes se encuentran involucrados directa o indirectamente en el enfrentamiento de los hechos delictivos objeto de este artículo. Mientras los organismos estatales que deben acoger a las víctimas y enfrentar a los imputados y la comunidad que observa y puede denunciar esta situación se encuentren impregnados, en mayor o menor medida, de los discursos patriarcales que legitiman la violencia, esta

permanecerá invisibilizada, y el objetivo de erradicar este grave problema social continuará obstaculizado.

Otra consecuencia relevante en este sentido dice relación con los objetivos primordiales a la hora de intervenir en varones que ejercen agresión. Existen enfoques acerca del tratamiento del victimario –provenientes del ámbito de la psiquiatría– que consideran a la violencia doméstica como una forma de enfermedad<sup>21</sup>, de alteración de la salud mental, una “disfunción en el autocontrol”. Las enfermedades se *padecen*, por tanto, esta perspectiva refuerza la idea de que el agresor no es responsable totalmente de su comportamiento.

Si bien la presencia de fenómenos psicopatológicos resulta frecuente, no constituye el centro del problema: por tanto, enfocar la intervención psicosocial sobre el victimario desde estas premisas a través de una psicoterapia –sobre la misma base metodológica que se usa para un trastorno fóbico o una depresión– conlleva una desresponsabilización del sujeto, lo que dificulta aún más la visibilización de su comportamiento como un medio de control patriarcal, intencional y, con ello, la solución de esta problemática.

Esto no quiere decir, en lo absoluto, que la psicoterapia resulte contraproducente, sino que debe darse en el contexto de otro tipo de intervenciones, que apunten a develar el orden patriarcal, invisibilizado para los diversos actores de este fenómeno, y promover comportamientos masculinos más equitativos. La acción psicosocial (talleres con agresores, intervenciones en las familias y la comunidad, etc.) resulta imprescindible en este sentido, como una de las herramientas de las que dispone el Estado para enfrentar esta problemática.

---

<sup>21</sup> VV.AA., cit. (n. 16), p. 15.

# DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL



## CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

RICARDO SANDOVAL LÓPEZ\*  
Universidad de Concepción

### INTRODUCCIÓN

Durante el 38° período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), celebrado en Viena, desde el 4 al 15 de julio de 2005, se discutió y aprobó la Convención sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, (en adelante la Convención).

La Convención es un instrumento internacional cuyo objeto fundamental es eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al desarrollo del comercio electrónico, sobre todo aquellos que provienen de otros textos legales y dar mayor confianza en el empleo de los medios electrónicos para celebrar actos y contratos, poniendo fin de esta manera a ciertos abusos y fraudes comerciales que se cometen en este dominio.

Es preciso también destacar que se trata de un conjunto de disposiciones de carácter atributivo o interpretativo, en el cual no se crean reglas de naturaleza sustantiva, lo que se estima es propio del derecho interno de los distintos países, en la mira de que la Convención tenga mayores posibilidades de ser adoptada por un gran número de Estados y de Organizaciones Regionales de Integración Económica.

Otro aspecto útil de este instrumento internacional consiste en que en él se retoman algunas soluciones ya dadas por CNUDMI respecto de las principales materias del comercio electrónico y al mismo tiempo se introducen grandes novedades como es el caso de las disposiciones relativas a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas a través de medios electrónicos, que se consideran simples invitaciones a formular ofertas, pero que bajo ciertas circunstancias obligan al que las ha emitido y la validez de los contratos internacionales celebrados a través de sistemas automatizados de comunicaciones electrónicas, no obstante el hecho que no interviene persona física alguna.

Destacamos asimismo el hecho que la Convención contempla un ámbito de aplicación muy vasto, según el cual ella puede ser aplicada en países que no la han suscrito ni ratificado, lo que constituye una excepción notable al principio de Derecho Internacional Público, en

---

\* Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Grenoble Francia. Doctor de Estado en Derecho Privado República de Francia. Profesor de Derecho Comercial Universidad de Concepción y Universidad Diego Portales Santiago. El autor de este artículo es el delegado de Chile ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y participó en la discusión y elaboración de la Convención.

virtud del cual los tratados obligan solo a los Estados partes que los han ratificado. Con todo, es preciso no magnificar la excepción al principio ya indicado, porque se trata de un instrumento que pertenece al Derecho Internacional Privado, que se aplica entre las partes de un contrato internacional, que es de naturaleza atributiva o interpretativa, en tanto que no crea, sino muy raramente, normas sustantivas o de derecho material y tampoco pretende invadir los dominios legislativos propios del derecho interno de los países, relativos a la regulación de los contratos y de las obligaciones.

### *Sección I*

## ESFERA DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

1. *Estructura.* La Convención está dividida en cuatro capítulos, el primero de los cuales se refiere a la esfera de aplicación de la misma, el segundo concierne a las disposiciones generales, el tercero regula la aplicación de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales y, por último, el cuarto contiene las disposiciones finales. Como es costumbre en estos instrumentos internacionales, cada artículo tiene su propia denominación y ella coincide exactamente con la materia de que trata<sup>1</sup>.

2. *Ámbito de aplicación.* El artículo 1º alude al ámbito de aplicación del instrumento internacional que nos ocupa y en su origen transcribía el artículo 1º de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, lo que equivale a decir que el campo de aplicación estaba determinado, desde el punto de vista geográfico, por el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, siempre que fueran partes del aludido texto internacional. Esta disposición se debatió teniendo en cuenta su relación con los artículos 18 y 19 del mismo instrumento.

En cuanto al ámbito geográfico, la Convención puede ser aplicada por países que no la hayan suscrito ni ratificado, cuando según las reglas del Derecho Internacional Privado se llegue a la aplicación del derecho interno de un país que sea Estado contratante, en cuyo caso la Convención se aplica como parte del ordenamiento jurídico de ese Estado extranjero. Esto no es nada extraño, si se tiene en cuenta que la aplicación del derecho extranjero es una consecuencia lógica, aceptada por la mayoría de los países, dentro de un régimen de Derecho Internacional Privado. Este campo de aplicación no es tan vasto como pudiera parecer a primera vista, si se tiene en cuenta que se trata de una Convención de naturaleza *sui generis*, que no contiene normas de derecho objetivo, sustantivo o material, sino solamente reglas atributivas o interpretativas, que se tienen que aplicar conjuntamente con el derecho interno de los países relativo a los contratos y a las obligaciones.

Desde el punto de vista de su objeto, la Convención se aplica al empleo de las comunicaciones electrónicas en la celebración y en el cumplimiento de contratos internacionales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El tenor de los artículos de la Convención está contenido en el Anexo 1 del documento A/CN.9./577, como así también en los documentos A./CN.9/ XXXVIII/CRP Add. 1 a 29, por lo que nos remitimos a dichos textos para evitar su transcripción en este trabajo. Este documento puede obtenerse en el sitio web: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>2</sup> El artículo 1º relativo al ámbito de aplicación de la Convención fue aprobado sin que fuera necesario modificar su párrafo I, aunque debería hacerse una aclaración en el comentario oficial o en las notas explicativas de la Secretaría de la Comisión.

3. *Exclusiones a la aplicación.* Al igual que otros instrumentos de la CNUDMI, como es el caso de la Convención de Viena de 1980, el artículo 2 de la Convención contempla situaciones en las que ella no se aplica. Se estimó que las exclusiones previstas en este artículo eran justificadas, porque el texto internacional que estamos analizando va dirigido a la celebración y ejecución de contratos entre empresas, es decir, al sector del comercio electrónico denominado *business to business*, de manera que quedan fuera los contratos entre empresa y consumidores y entre consumidores. El artículo en comento expresa esta exclusión refiriéndose a los contratos celebrados con fines familiares, o para fines domésticos. Cuando se alude a fines familiares, en manera alguna se está haciendo referencia a los regímenes patrimoniales que se establecen en el matrimonio, materia a la que tampoco se aplica la Convención. Asimismo, es explicable que queden fuera del ámbito objetivo de aplicación de la Convención, los títulos-valores negociables representativos tanto de prestaciones dinerarias (letras de cambio, pagarés, cheques) como los de entrega de mercancías (cartas de porte), que son regulados por el derecho interno de los países<sup>3</sup> y respecto de los cuales ya existen convenios internacionales. En párrafo 2°, del artículo 2° de la Convención, se detallan otras situaciones en las que se excluye su aplicación, como es el caso de las operaciones del mercado bursátil, reguladas por leyes especiales, las operaciones de cambio de divisas, los sistemas de pago interbancarios, etc.

4. *Autonomía de las partes.* El artículo 3° del instrumento internacional que nos ocupa, acoge el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, en virtud del cual se permite excluir la aplicación de las normas del instrumento internacional que comentamos. Esta es una disposición que, muy frecuentemente, se encuentra contenida en los textos de Derecho del Comercio Internacional, elaborados por la CNUDMI. Este artículo plantea un problema de interpretación, en cuanto que no indica la forma en que las partes han de hacer uso de la facultad de excluir disposiciones de la Convención, esto es, si han de hacerlo de un modo explícito o implícito. Si se hace en la primera forma indicada, no hay duda alguna de la exclusión, porque ella constará en el contrato que las partes han celebrado. Creemos que también podría admitirse la exclusión implícita, en el bien entendido que tanto esta como la explícita, se aplican solo al contrato de que se trata, que no importan en manera alguna la derogación de la Convención misma y que en virtud de la libertad contractual, no se permite excluir las exigencias mínimas de forma, impuestas por el artículo 9° del instrumento internacional que analizamos.

## *Sección II* DISPOSICIONES GENERALES

1. *Definiciones.* Se trata de los conceptos esenciales que se emplean en el instrumento internacional y, como es la práctica en estos casos, se establecen definiciones para determinar el sentido preciso de los mismos. Las definiciones contenidas en el artículo 4° corresponden

---

<sup>3</sup> En el caso de Chile, la Ley N° 19.799 de 12 de abril de 2002, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dichas Firmas, al acoger el principio de equivalencia funcional, admite la posibilidad de que los títulos valores puedan ser emitidos y transferidos a través de medios electrónicos. Véase SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho del Comercio Electrónico*, Editorial Jurídica (Santiago de Chile, 2003).

a los conceptos de: a) “comunicación”; b) “comunicación electrónica”; c) “mensaje de datos”; d) “iniciador”; e) “destinatario”; f) “sistema de información”; g) “sistema automatizado de mensajes” y h) “establecimiento”.

Durante el debate se previno por la Secretaría que cualquiera modificación que se le introduzca a las definiciones puede implicar un cambio en las disposiciones de la Convención. En términos generales, las definiciones se aprobaron tal cual estaban previstas, porque se trata de ideas respecto de las cuales ya había consenso en el Grupo de Trabajo y además, algunas de ellas ya habían sido definidas en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996 y en la Ley Modelo sobre Firma Electrónica de 2001. El único concepto que se define por primera vez es el de establecimiento, aunque la idea ya había sido reiteradamente empleada en otros instrumentos de la Comisión.

*2. Interpretación.* El artículo 5° trata de esta materia y por tratarse de un precepto que forma parte de casi todas las leyes modelo y convenciones elaboradas por CNUDMI, se aprobó en la forma que estaba redactado. Según este artículo, la Convención será interpretada teniendo en cuenta su carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de velar por la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

La buena fe es un principio que adquiere particular relevancia en el campo de la contratación internacional por medios electrónicos, dado que las partes no están presentes para celebrar el negocio y el empleo de las redes abiertas de comunicaciones electrónicas, como es el caso de Internet, expone a los contratantes a una serie de riesgos. Todo esfuerzo en orden a reiterar la actuación de buena fe es loable y más aún en este tipo de operaciones.

*3. Ubicación de las partes.* El artículo 6° disciplina este aspecto que es esencial para determinar el carácter internacional de los contratos, en cuya celebración se han empleado comunicaciones electrónicas.

El lugar donde el contratante tiene su establecimiento debe ser indicado en el contrato y se presume que el lugar que indica es precisamente aquel donde este está situado, salvo que la otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar. En el párrafo 5, de esta disposición se establece que el hecho que se haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico, vinculada a cierto país, no hace presumir que el establecimiento de esa persona se encuentre situado en dicho Estado. A este respecto se señaló que había otros elementos aparte del nombre de dominio y de la dirección de correo electrónico, como los mensajes resumidos de texto, que también podrían ser mencionados en este artículo, para ponerlo al día con el avance tecnológico<sup>4</sup>.

*4. Requisitos de información.* El artículo 7° dispone que ningún precepto de esta Convención impide u obsta a la aplicación de cualquier otra norma jurídica, en virtud de la cual las partes estén obligadas a revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni tampoco exonerará de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas, incompletas o falsas.

<sup>4</sup> Sin embargo, se privilegió la idea que esto último se indique solamente en el comentario que, sobre la Convención, hará la Secretaría de la CNUDMI. En lo demás, el texto del artículo 6°, se aprobó tal como estaba propuesto en el documento A/CN9.1577, Anexo 1. Véase además: SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho del Comercio...* (cit. n. 3), pp. 133 y ss.

La regla recién comentada pone de manifiesto el carácter atributivo de la Convención, según el cual ella no contiene ni contradice normas de derecho sustantivo de los ordenamientos jurídicos de los Estados que la suscriban y apliquen.

### *Sección III*

## UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

*1. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas.* Como lo indica su nombre, el artículo 8° de la Convención, tiene por propósito dar plena eficacia jurídica a las comunicaciones electrónicas y a los actos y contratos que se celebren mediante el empleo de ellas.

La redacción del párrafo 1° de este artículo, corresponde al tenor del artículo 5°, de la Ley Modelo de CUNMDI sobre Comercio Electrónico de 1996 y en él se recoge el principio fundamental de la *equivalencia funcional* del soporte electrónico respecto del soporte tradicional papel, como asimismo la equivalencia funcional de la firma electrónica respecto de la firma manuscrita.

La reiteración de este principio en este instrumento internacional es muy importante, porque aunque en el hecho todos los países que han dictado leyes para regular los aspectos esenciales del comercio electrónico, se han inspirado en él, como es el caso de nuestra Ley N° 19.799, de 12 de abril de 2002, sobre Documentos Electrónicos, Firmas Electrónicas y Servicios de Certificación de dichas Firmas, que lo menciona en su artículo 1° inciso 2° y lo recoge expresamente en sus artículos 3° y 4°, esta idea tendrá ahora mucha mayor fuerza al estar contenida de una Convención Internacional, que sin duda, atendido su objeto, será suscrita o ratificada por la mayor parte de los países del mundo.

El alcance de un principio jurídico es diferente según que se encuentre consagrado en una Ley Modelo o en una ley del derecho interno de uno o de varios países, o según que, por el contrario, forme parte del texto de una Convención internacional. Solo en este último caso pasa a ser norma internacional obligatoria, porque cambia la categoría jurídica del instrumento que la contiene, que ahora viene a ser superior.

El párrafo 2° de este artículo establece que el texto internacional que nos ocupa, no obliga a las partes del contrato a utilizar o aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad respecto del uso de la misma, puede deducirse de su conducta. Es una disposición nueva que no estaba en los textos anteriores de CNUDMI, pero se había incorporado en varias leyes nacionales sobre la materia, con lo cual se reitera el principio de libertad contractual en cuanto a la forma para celebrar los actos y contratos, respecto de cual puede admitirse o rechazarse el empleo de medios electrónicos.

*2. Requisitos de forma.* El artículo 9°, bastante extenso en su contenido, se refiere a las exigencias formales mínimas para la celebración y la prueba de los actos y contratos, en cuya celebración o cumplimiento se han empleado comunicaciones electrónicas.

Según este artículo ninguna norma de la Convención obliga a que un contrato tenga de celebrarse o probarse de alguna forma particular. Agrega que cuando la ley requiera que un contrato conste por escrito, se cumplirá el requisito si la comunicación electrónica contiene información accesible para su consulta. Además dispone que cuando la ley requiera que un

contrato sea firmado por una parte o prevea consecuencias de la falta de firma, se considerará que reúne este requisito en relación con una comunicación electrónica si:

- a. Se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar que esa parte aprueba la información que figura en la comunicación electrónica; y
- b. El método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó la comunicación electrónica atendidas todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo pertinente.

El precepto regula finalmente los requisitos de forma que debe cumplirse respecto de una comunicación electrónica que se emplee para celebrar un contrato internacional, en el caso que la ley exija que se presente o conserve en su forma original.

*3. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas.* El artículo 10 de la Convención tiene por objeto establecer en qué momento y en qué lugar se entiende enviada o recibida una comunicación electrónica, que puede haberse empleado para la celebración o para el cumplimiento de un contrato internacional.

En términos generales, según este artículo la comunicación electrónica se ha expedido en el momento en que ella entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador y se entiende recibida en el momento que sea susceptible de recuperación por el destinatario o cualquiera otra parte designada por este. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, como se determine según el artículo 7 de la Convención.

*4. Invitaciones para presentar ofertas.* A ellas se refiere el artículo 11, del instrumento internacional en estudio. Se trata de las ofertas que no van dirigidas específicamente a una persona determinada, para proponer la celebración de un acto o contrato, por lo que la Convención estatuye que ellas solo pueden ser consideradas como invitaciones a celebrar actos o contratos, a menos que el que formula la oferta, indique claramente su intención de quedar obligado, en caso que ella sea aceptada.

Es importante que este artículo forme parte de la Convención, porque tiende a proteger a las partes, cuando se trata de comunicaciones que contienen ofertas de celebrar contratos que se envían a través de sistemas de información que son accesibles por todo el mundo o cuando la propuesta se hace mediante el uso de sistemas interactivos, porque queda en claro que la proposición no obliga al oferente, sino en el caso en que indique sin lugar a dudas que su intención es la de obligarse<sup>5</sup>. Como hemos señalado a propósito del artículo 1°, la Convención no se aplica a los contratos entre proveedores y consumidores, pero sí a los contratos internacionales celebrados entre empresas o empresarios que tienen sus establecimientos en diferentes Estados. Siendo esto así, los contratos entre proveedores y consumidores convenidos a través de medios electrónicos, quedan protegidos por la Ley

---

<sup>5</sup> Esta norma en cierta forma está prevista en la legislación chilena, particularmente en la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, gracias a una reciente reforma introducida por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, donde se contempla expresamente el derecho de retracto del consumidor en los contratos celebrados por medios electrónicos, el que tiene de hacerse dentro del plazo y bajo las condiciones que señala el aludido texto. Véase además: SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho del Consumidor*, Editorial Jurídica (Santiago de Chile, 2004).

Nº 19.496, sobre la materia y los contratos internacionales entre empresas celebrados o ejecutados de la misma manera, estarán amparados por la Convención.

5. *Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato.* Bajo este epígrafe el artículo 12 de la Convención, consagra una de sus grandes novedades, porque incorpora directamente una norma de derecho sustantivo, que formará parte del ordenamiento jurídico de todo Estado que firme o ratifique este texto internacional.

Gracias a este precepto, no se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya celebrado por la interacción de un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas o el contrato resultante de tales actos.

La incorporación de este artículo en la Convención, comporta el reconocimiento más amplio y categórico del principio de equivalencia funcional o de no discriminación de los diversos soportes a través de los cuales puede expresarse la voluntad negocial de las partes. Además de soporte oral y escrito documental, la voluntad para celebrar actos y contratos puede expresarse a través de medios electrónicos, originándose los mismos efectos jurídicos, con prescindencia total del contenido o de los derechos y obligaciones que constituyan el objeto de tales actos o contratos. Puede advertirse que lo único que cambia es la forma de expresión de la voluntad, que ahora se hace a través de sistemas automatizados de mensajes y el solo hecho de operar a través de ellos, implica aceptar las consecuencias jurídicas que genera su empleo.

En cuanto a su contenido el artículo fue admitido por la Comisión, con ligeras modificaciones de redacción, que fueron encargadas al grupo que realiza esta tarea.

6. *Disponibilidad de las condiciones contractuales.* Obedeciendo a su denominación, el artículo 13, norma dispone que lo previsto en este texto internacional, no afectará la aplicación de regla de derecho alguna, por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato, mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas, a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones generales de dicho contrato, ni tampoco la exonerará de las consecuencias por no haberlo hecho.

7. *Error en las comunicaciones electrónicas.* Se trata de una regla, contenida en el artículo 14, que contempla el caso de una persona física que comete un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada en el sistema automatizado de mensajes de la otra parte y dicho sistema no le brinde oportunidad de corregir ese error, dándole en consecuencia derecho retirar la comunicación electrónica en la que se produjo el error, siempre que se cumplan los requisitos previstos en las letras a), b) y c) del párrafo 1º de este artículo.

El análisis párrafo por párrafo de este artículo dio lugar a un amplio debate donde se escucharon opiniones diversas. Hubo propuestas en orden a que se autorizara solamente a retirar la palabra o la cifra respecto de la cual se había cometido el error y no toda la comunicación. También se señaló que habría que distinguir entre un retiro total y un retiro parcial de la comunicación donde se había cometido el error. Se hizo presente también que el retiro parcial podría significar que el contrato no se llegare a celebrar. Asimismo se expresó la

idea de dejar al derecho interno de cada país que regulara los efectos jurídicos de los errores en las comunicaciones electrónicas. Tras el debate, la Comisión decidió que en el párrafo 1° de este artículo, se introdujeran entre las palabras: “a retirar” y “la comunicación electrónica”, las palabras: “la parte de”; suprimiendo el apartado o letra b), pero manteniendo la letra c) del mismo. Al ser así, el párrafo quedó aprobado. El párrafo 2° del este precepto se aceptó, con algunas variaciones de redacción, para dar cabida a las opiniones dominantes que se expresaron en el debate.

#### *Sección IV* DISPOSICIONES FINALES

1. *Explicación.* Las normas finales de la Convención aluden a los aspectos técnico-jurídicos propios de todos los textos de esta naturaleza para los efectos de su suscripción, ratificación, entrada en vigencia, modificación etc., algunos de los cuales vamos a abordar sucintamente.

2. *Depositario.* El artículo 15 dispone que el Secretario General de las Naciones Unidas, será el depositario de la presente Convención. Se trata de un instrumento para cuya aprobación no se convocará una Conferencia Internacional de Ministros Plenipotenciarios, sino que será suscrita por cada Estado, dentro de un cierto plazo, en la Sede de Naciones Unidas en Nueva York.

3. *Firma, ratificación y aceptación.* En conformidad con lo previsto en el artículo 16, la Convención estará abierta para la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Es probable que la suscripción pueda hacerse cuando la Comisión se reúna en su 39° período de sesiones, que se tendrá lugar en Nueva York en 2006.

La disposición contempla que la Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios. Que ella estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean signatarios desde la fecha de su firma y que los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

4. *Participación de organizaciones regionales de integración económica.* Constituye una novedad el hecho que este instrumento admita la participación de las organizaciones regionales de integración económica, como si fueran Estados, cuando ejerzan competencias sobre los asuntos que se regulan en la Convención. Así lo dispone el artículo 16 bis. Queda en claro que, en toda cuestión para la que sea pertinente el número de Estados en esta Convención, la organización económica regional no será contabilizada a título adicional respecto de aquellos de sus Estados miembros que sean Estados Contratantes.

La Unión Europea, a través del Consejo de Europa, que estaba representado en este período de sesiones de la Comisión, propuso agregar un párrafo 4° a este artículo, para asegurar el predominio del derecho comunitario frente a la posibilidad que algún Estado miembro de dicha Unión, quisiera hacer prevalecer las normas de esta Convención. Como se trata de una regla que afecta solo a los países miembros de una organización regional, tras un intenso debate, se aceptó la idea de incorporar este párrafo cuya redacción definitiva fue la siguiente: “La presente Convención no prevalecerá sobre ninguna norma contradictoria

de una organización regional de integración económica que sea aplicable a las partes cuyos respectivos establecimientos estén situados en Estados miembros de una organización de ese tipo, tal como se especifique en una declaración efectuada conforme al artículo 20”.

*5. Declaraciones sobre el ámbito de la Convención.* Según el artículo 18 de la Convención:

1. Todo Estado podrá declarar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, que solo aplicará la presente Convención:

- a) Cuando los Estados mencionados en el párrafo 1° del artículo 1° sean Estados Contratantes de la presente Convención;
- b) Cuando las reglas del derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado contratante; o
- c) Cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable.

2. Todo Estado podrá excluir del ámbito de aplicación de la presente Convención todo asunto que haya señalado en una declaración efectuada de conformidad con el artículo 20.

Cabe señalar que el Estado de Chile no tendría necesidad de hacer declaraciones que limiten la aplicación de esta Convención, porque ella no afecta nuestro derecho interno de las obligaciones y contratos y no es contraria a nuestro sistema de Derecho Internacional Privado previsto en el Código de Bustamante.

*6. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales.* En el texto del artículo 19, se establece que las normas de la Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo relativo a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo, al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda ser parte: Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958); Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su protocolo (Viena 11 de abril de 1980); Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena 11 de abril de 1980); Convenio de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena 19 de abril de 1991); Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995); Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).

En el párrafo 2, de este artículo se establece que la Convención puede aplicarse también a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable otra convención no mencionada en el párrafo 1, en que un Estado Contratante sea o pueda ser parte, a menos que dicho Estado Contratante haya declarado conforme al artículo 20, que no quedará obligado por este párrafo de la Convención. En el párrafo 3, se señala que el Estado que haya hecho la declaración prevista en el párrafo 2, de este mismo artículo, de todas maneras puede aplicar la Convención, si hace una declaración en este último sentido. Por último, el párrafo 4, dispone que todo Estado puede declarar que no aplicará la Convención al empleo de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo, al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional consignado en la declaración de dicho Estado y en que ese

Estado sea o pueda ser parte, incluidos los instrumentos mencionados en el párrafo 1 de este artículo.

7. *Reservas.* El artículo 21 dispone que no se podrán hacer reservas a la Convención.- La Comisión aprobó el texto de este artículo habida consideración que existe la posibilidad que los Estados hagan las declaraciones previstas en los artículos 18 y 19 de la Convención

8. *Entrada en vigor.* De acuerdo con el artículo 23, la Convención entrará en vigencia el primer día del mes siguiente del plazo de seis meses contado de la fecha en que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Atendida la naturaleza e importancia de la Convención, para el desarrollo del comercio electrónico, ella entrará en vigencia luego de ser depositado el tercer documento de ratificación, siguiendo la tendencia de promover la rápida entrada en vigor de los instrumentos mercantiles internacionales.

9. *Disposiciones transitorias.* De acuerdo a lo previsto en el artículo 24, la presente Convención será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha de su entrada en vigencia”. Esto implica que ella no tendrá efectos retroactivos.

10. *Denuncia.* Como en todo instrumento internacional, el artículo 25, contempla la facultad que tiene todo Estado Contratante para denunciar la Convención, en cualquier momento, mediante notificación hecha por escrito al depositario de la misma.

### CONCLUSIONES

El instrumento que la CNUDMI acaba de aprobar en su 38° período de sesiones, tiene gran interés para nuestro país, si se tienen en cuenta los siguientes aspectos:

- 1° Reviste la forma jurídica de una Convención Internacional que será sometida la firma, ratificación, aceptación o adhesión, mediante su depósito en sede de las Naciones Unidas de Nueva York, sin considerar la convocatoria de una Conferencia de Ministros Plenipotenciarios, lo que irroga mayores gastos a los Estados y complica su suscripción;
- 2° El hecho que sea una Convención implica que sus normas jurídicas tienen mayor valor que si se tratara de una simple Ley Modelo, situación esta última en que las reglas se ofrecen voluntariamente a los Estados para que las sigan cuando promulguen las leyes sobre las materias comprendidas en modelo de ley. La Convención obliga a cumplirla al Estado que se hace parte de ella;
- 3° Se trata de una Convención de Derecho Internacional Privado, cuyas normas en consecuencia son de naturaleza atributiva y no sustantiva, por lo que no va al encuentro de las disposiciones de nuestro derecho objetivo interno de las obligaciones y de los contratos;
- 4° Las materias que trata relativas al empleo de las comunicaciones electrónicas en la formación y el cumplimiento de los contratos internacionales, constituyen un

complemento fundamental de las normas elementales que el derecho chileno contempla en la Ley N° 19.799, sobre Firmas Electrónicas, donde están temas que no están realmente contemplados;

- 5° En la medida en que esta Convención tenga el éxito que de ella se espera, al igual que la Ley Modelo de CNUDMI sobre Comercio Electrónico, se habrán eliminado innumerables obstáculos para el desarrollo futuro del comercio electrónico, cuyo empleo va *in crescendo* en el mundo entero.



# HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO



## LOS MITOS DEL DERECHO “MODERNO-CONTEMPORÁNEO” EN GROSSI\*

HUGO VILCHES FUENTES\*\*  
 Universidad Arturo Prat

A este lugar de reflexión y debate acerca de la naturaleza del Derecho me ha parecido útil traer, para su conocimiento y comentario crítico, una pequeña obra intitulada *Mitología jurídica de la Modernidad*, del italiano historiador del Derecho, Paolo GROSSI<sup>1</sup>. Primero, porque me han provocado profundamente sus ideas al analizar la ontología del Derecho actual y, segundo, porque a través de ellas también nosotros podríamos someter a rigurosa prueba nuestras ideas y creencias acerca del Derecho “moderno-contemporáneo”<sup>2</sup>.

Estimo que esta obra permite, sin necesariamente estar de acuerdo con el pensamiento de su autor, hacer filosofía del Derecho combinándola con las coordenadas metodológicas más elementales de la ciencia historiográfica: el tiempo y el espacio, a pesar que pueda resultar intelectualmente denso combinar Derecho, Filosofía e Historia.

No entrego aquí un panorama demasiado detallado del contenido de esta obra, sino una síntesis de sus ideas más esenciales para, a partir de ahí, hacer algunas reflexiones pertinentes para nuestro tiempo y realidad jurídico-social más inmediatas. Nuestro autor plantea unas ideas que condensamos en los siguientes acápites:

*Primero.* Que el historiador del Derecho debe ser hoy (o ha de convertirse) en la conciencia crítica del estudioso del derecho positivo descubriéndole la complejidad a aquello que en su visión unilateral puede parecerle simple y relativizando sus certezas.

---

\* Estas notas fueron elaboradas para ser presentadas al Claustro de profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique el 6 de septiembre de 2006. Hoy se publican aquí, con leves retoques y acomodados, omitiendo las palabras de circunstancia ahí señaladas.

\*\* Profesor de Historia del Derecho. Doctorando en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hvilches@unap.cl

<sup>1</sup> GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Editorial Trotta (Madrid, 2003), 93 pp. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*.

<sup>2</sup> He preferido usar este neologismo para referirme a una época, que no he encontrado en uso entre los cultores del mundo de las ciencias sociales y/o humanidades. Entre los historiadores genera desconcierto. Casi todos entienden que por modernidad nos referimos a aquella edad de la historia europea cuyos orígenes se encuentran en el Siglo XVI, que coincide con quien originalmente acuñó la expresión, Keller o Cellarius. No obstante, en lo que no hay consenso es acerca de su época de término. Para muchos lo sería con la emergencia de las revoluciones liberales (como la norteamericana o francesa) ocurridas en la segunda parte del siglo XVIII, y para otros lo sería en la segunda parte del siglo XX, con la desaparición de los grandes metarrelatos histórico-políticos y “el fin de la historia” proclamada al fin de la Guerra Fría; y para otro grupo, en fin, aún estaríamos en la modernidad. Parece que el mundo moderno en nuestro autor, Grossi, tiene sus orígenes en el siglo XVI y se extiende hasta nuestros días. Por otro lado, lo contemporáneo es, para otros historiadores, la etapa histórica que se inicia con las señaladas revoluciones liberales y que se extiende también hasta hoy. De allí nuestra intención de hacer inteligible con la expresión “moderno-contemporáneo” todo tiempo histórico que viene en desarrollo desde el siglo XVI europeo hasta el presente, que coincide con lo que es la modernidad en Grossi, y abarcante, para otros, lo que es equivalente a lo contemporáneo. Entonces, algo tiene aún de moderno eso que ya es contemporáneo y/o algo dejó de ser moderno porque ya es contemporáneo.

*Segundo.* Que un grueso nudo de certezas axiomáticas se han ido sedimentando en el intelecto y en el corazón del jurista moderno que ha aceptado pasivamente y sin discutir, lo que ha permitido la formación de mitos al trasladar sus conocimientos a un nivel de creencias, de modo que el derecho no se cultiva como un objeto susceptible de ciencia sino que se tiene fe en él como un objeto religioso, una “religión jurídica”.

*Tercero.* Que este nudo de certezas axiomáticas el jurista moderno no discute o no pone en duda y cree en él porque está fundado en un lúcido proyecto de mitificación. La mitificación a que alude nuestro autor ha consistido en la absolutización de nociones y principios relativos y discutibles.

*Cuarto.* Lo Central que GROSSI cuestiona drásticamente y frontalmente es el fundamento en que descansa el derecho moderno tanto en cuanto está marcado por su esencial vinculación con el poder político. El derecho ahí aparece como el mandato de un superior a un inferior, visión imperativa que lo identifica con una norma, es decir, con una regla autorizada y autoritaria, visión reforzada fuertemente en el siglo XX con la ráfaga kelseniana<sup>3</sup>.

*Quinto.* Esta realidad jurídica ha significado, en opinión del autor, la pérdida de la dimensión sapiencial del derecho desde que este, en su versión moderna, se concreta en un sistema legislativo, con una sola fuente plenamente expresiva de la juridicidad como es la ley. La ley de los modernos se concreta más en un acto de voluntad<sup>4</sup> que de conocimiento, ocasionalmente puede ser redactada por estudiosos y tener un gran contenido sapiencial, pero su fuerza no las obtiene de su contenido sino de proceder del máximo órgano del poder político; poder que artificiosamente se identifica con la asamblea legislativa como expresión de la voluntad popular (“voluntad soberana” como dice nuestro Código Civil) y a la vez como única expresión de esa voluntad. GROSSI cree que estas son solo presunciones acuñadas por una hábil estrategia de política jurídica.

*Sexto.* La pérdida de la dimensión sapiencial no solo quiere decir sustracción de la producción del derecho a una clase de personas competentes: los juristas, sean ellos maestros teóricos o jueces prácticos, sino también a la pérdida de su carácter óntico, del derecho como algo propio de la naturaleza de la sociedad, que se descubre y lee en la realidad cósmica y social y se traduce en reglas. Así la tarea del historiador consiste, entonces, en llamar la atención del jurista actual sobre el íntimo carácter sapiencial del derecho en culturas diferentes a la consolidada en los momentos finales de la edad moderna en la Europa continental<sup>5</sup>: el *ius commune* medieval y posmedieval y en la civilización jurídica del *common law*.

<sup>3</sup> Nuestro autor, más adelante, señala que el camino de la norma moderna, que conduce al formalismo, lo recorre Hans Kelsen donde el poder domina directa o indirectamente todo su edificio a pesar de su sincera búsqueda de hacer una seria reflexión jurídica en medio del convulsiónado siglo XX.

<sup>4</sup> Véase la definición de ley en el artículo 1º del Código Civil chileno. ¿La ley es expresión de la razón o de la voluntad? En los romanos, *ius* proviene de quienes tenían *auctoritas*, y la *lex* de los titulares de la *potestas*, es decir, aquella del saber, esta del poder. Así el legislador, sea el autócrata absoluto o la asamblea legislativa, ¿no sabe, no obstante puede? ¿Por lo que el jurista sabe y no puede?

<sup>5</sup> Esto que estando dicho para la Europa continental es plenamente aplicable a la realidad jurídica de los países de América conquistados y colonizados por países de esa misma parte de Europa, desde los comienzos de la Modernidad.

*Séptimo.* Simplismo y optimismo parecen las características más llamativas del jurista moderno confirmado por las certezas ilustradas y por una fácil satisfacción desde que no logra preguntarse: ¿cuál es el verdadero rostro del pueblo soberano de que hablan las declaraciones revolucionarias? ¿Qué democracia es capaz de realizar un Estado que permanece rígidamente monoclasa? ¿Constituye un filtro fiel de voluntad popular el partido político y hasta qué punto la democracia de partidos es expresión del pueblo soberano? ¿Es satisfactoria, desde el punto de vista de la justicia, la garantía ofrecida por la legalidad, la certeza del derecho y la división de poderes?

*Octavo.* Como podemos apreciar, GROSSI hace una revisión crítica<sup>6</sup> de algunos de los fundamentos de la modernidad jurídica aceptados pasivamente como una dogmática meta-temporal todavía demasiado absolutizados en la mente del jurisconsulto contemporáneo.

*Noveno.* El método usado por nuestro autor para destacar sus críticas a la modernidad jurídica es el comparativo<sup>7</sup>, colocándose a horcajadas entre la civilización medieval y la moderna para ver cómo se ha vivido en ambas la triple relación entre justicia, derecho y ley. Establece que frente a la solución formalista de la ley como justicia, erige la solución sustancialista de la justicia como ley y que estas diversas soluciones provienen de mundos que tienen fundamentos antropológicos radicalmente distintos<sup>8</sup>.

*Décimo.* El orden jurídico medieval, por un lado, tuvo un poder político incompleto, es decir, la ausencia de un proyecto totalizador y omnicompreensivo que permitía que la sociedad viviera sin restricciones todas sus posibilidades en todos los planos. Así el derecho no nace como fruto de la voluntad del Príncipe sino que es un fenómeno primordial que no se funda en la polis sino en la sangre, el credo religioso, el oficio, la solidaridad cooperativa y la colaboración económica de las organizaciones comunitarias. En suma, primero existe el derecho, el poder político viene después. No es que no exista un derecho, en esta época, que hoy calificaríamos de constitucional, pero el derecho por excelencia, la razón civil llamada a regular la vida cotidiana de los hombres toma forma directamente de la sociedad y sus canales genéticos son la costumbre y un rico ordenamiento obra de maestro teóricos, jueces, notarios o simples mercaderes inmersos en la práctica de los negocios donde el legislador está ausente.

Este derecho tiene su propia onticidad, pertenece a un orden objetivo, está dentro de la naturaleza de las cosas donde se puede y se debe descubrir y leer. Íntima sabiduría del derecho: escrito en las cosas por una suprema sabiduría y cuyo descifrado y traducción en reglas solo puede ser confiado a un estamento de sabios, los únicos capaces de hacerlo cuerdamente: los juristas, cuyo trabajo es esencialmente interpretativo. En el derecho medieval la dimensión

<sup>6</sup> La ácida crítica de GROSSI forma parte de la emergencia de un revisionismo jurídico de una postmodernidad desencantada con los magros logros de la modernidad? Como quiera que sea, nuestro autor declara que el valor de su escrito es exclusivamente crítico.

<sup>7</sup> La comparación es un precioso método en manos del historiador. Resalta las diferencias y las oposiciones, pero corre el riesgo de proponer en los dos términos opuestos el bien y el mal y puede caer en un anacrónico maniqueísmo. El autor reconoce que la comparación solo quiere y sirva para agudizar el sentido crítico de la perspectiva.

<sup>8</sup> No estaría tan seguro de declarar cuán “radicalmente distintos” sean tales fundamentos puesto que solo advierto diferencias de matices o de grado de importancia que ocupan los fundamentos de cada uno. O más bien diría que la Reforma protestante, por ejemplo, uno de los fenómenos más resaltantes de comienzos de la Modernidad, que comienza a presidir nuevas perspectivas, no tiene unos fundamentos antropológicamente muy diversos de los del catolicismo medieval, aunque no sin una suerte de inversión y revisión de varios de sus dogmas.

subjetiva cede el paso a la dimensión objetiva, en que lo relevante no es el sujeto del que emana, sino su contenido objetivo establecido por la razón<sup>9</sup>, donde el eje de la definición se desplaza del sujeto al objeto. Se trata que la función de ordenar se identifica con la razón para el conocer: el conocimiento es el mayor acto de humildad que un sujeto puede realizar frente al cosmos y la sociedad, ya que es proyección del sujeto más allá de su propia individualidad para descubrir en la realidad exterior la realidad en ella contenida, para descubrir el orden proyectado y actuado por la Divinidad. Así la racionabilidad de la *lex* es la correspondencia de su contenido a un modelo que debe descubrir en la ontología de lo creado. Entonces la dimensión cognoscitiva prevalece por sobre la volitiva en tanto la *lex* es ante todo contenido sustancial más que forma y mandato.

*Undécimo.* Desde los albores de la Modernidad, por su parte, lenta pero incesantemente emerge una nueva figura de Príncipe con una nueva conexión entre él y el derecho. El Príncipe encabezará un proceso histórico destinado a liberar al hombre medieval de sus ataduras, dando paso al surgimiento del individuo, de cada individuo. El plano político del Príncipe se sitúa del mismo lado del fundamento antropológico del individuo moderno. Se libera el hombre y surge un individuo en absoluta soledad, un nuevo sujeto político que solo en sí mismo encuentra justificación, motivos y finalidad; el poder limitado se transforma en potestad absoluta y perpetua, del que hablaba BODINO, fruto de su voluntad. Entre el Príncipe y la dimensión jurídica hay una nueva conexión: la vieja psicología de indiferencia hacia amplias zonas de lo jurídico es sustituida por una psicología de vigilante atención, una actitud invasiva y arrasando con el pluralismo social y jurídico<sup>10</sup>. Sobresale ahora el protagonismo de la ley, en sentido moderno, como volición autoritaria del soberano que se identifica con el legislador.

Nace la “mística de la ley”, herencia del absolutismo regio que las revoluciones antiabsolutistas de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX asumen sin pestañear, secularizándola aún más y recubriéndola con una pátina democrática<sup>11</sup> que se mantiene hasta nuestros días. Así aparece paradójica la mitificación de la ley en una sociedad cada vez más secularizada. El nuevo culto hoy debido a la ley, porque nace en los altares del poder político (mitología aceptada sin críticas) desemboca en la codificación del derecho que caracteriza la presentación de lo jurídico en nuestro tiempo. La ley moderna nace sacra porque desciende de los altares del poder político. La ley se hace mito. Así para nuestro autor, el drama jurídico del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua. De ahí, entonces, que Georges RIPERT dirá en su libro *La declinación del derecho* que “Cuando el poder político se manifiesta en leyes que ya no son manifestación del derecho, la sociedad está en peligro”.

<sup>9</sup> Recordamos aquí la definición de *lex* de Santo TOMÁS como “Ordenación de la razón”.

<sup>10</sup> Este proceso histórico puede observarse más nítidamente en la historia política de Francia desde el siglo XIII al XVIII, caracterizado por la concentración progresiva del poder político y de la valoración de lo jurídico como instrumento ahora de objetivos políticos de un Estado auténticamente moderno y absoluto y religiosamente nacionalista.

<sup>11</sup> Me parece de interés que, más que detenerse a destacar las diferencias entre lo medieval y lo moderno, tiene más relevancia ocuparse de buscar y explicar las causas que produjeron tal proceso histórico, o diríamos, el porqué de los hechos que provocó tales eventos.

*Duodécimo.* La Ilustración político-jurídica de tan fuerte manifestación en la historia de la Europa continental tiene necesidad del mito porque tiene necesidad de un absoluto al que acogerse. El mito jurídico de la modernidad, tan crudamente descrito por nuestro autor, ha venido a suplir de modo notable la carencia de absoluto que se ha producido en el mundo moderno y contemporáneo<sup>12</sup>.

*Decimotercero.* No es curioso que este libro muestre a su autor descreyendo de la idea del derecho actual, cuando señala que lo que siempre lo ha alarmado, desde sus tiempos de estudiante de Derecho, es la terca desconfianza que el hombre de la calle, el hombre común y corriente, muestra hacia el Derecho y se atreve a establecer que ello se debería a que el derecho de hoy identificándose con la ley como mandato autoritario es algo distinto de la justicia y que esta desconfianza fue la misma que sintió el proletario de la era burguesa que percibía la juridicidad como algo extraño a él, confeccionado en los arcanos de los palacios del poder y que le evocaba siempre los aspectos desagradables de la potestad sancionadora, el juez o el funcionario de policía, y donde el derecho más cruda y severamente sancionador, el penal, parece elevarse como modelo de la juridicidad por consistir en la expresión plena de la potestad político-jurídica, la potestad punitiva.

En suma, lo visible del derecho hoy es su dimensión potestativa, el ser el instrumento coercitivo del soberano (no importan cuáles son las características de ese soberano si absoluto o democrático) y no lo que realmente es: experiencia y dimensión de la vida social. Así, el derecho, espejo de la sociedad, debería reflejar su estructura abigarrada, estratificada y diferenciada y no cristalizarse en la idea que Derecho es igual a norma y mandato imperativo.

#### ALGUNAS REFLEXIONES ADICIONALES

El estudio de este texto me ha sugerido repensar antiguos y nuevos aspectos del Derecho, particularmente en torno a su debate teórico, el que advierto un poco abandonado. No obstante, y a riesgo de ser esquemático, me he animado, con esta lectura, a hacer un ejercicio un poco simplista (y para algunos sinsentido, tal vez) consistente en agrupar las corrientes o escuelas de estudio del Derecho en tres segmentos a los cuales podríamos denominar de diverso modo, según la ubicación del ángulo de su mirada.

Nuestra tipología resulta de su mayor o menor aceptación, concordancia, o acuerdo de lo que entendemos hoy por Derecho<sup>13</sup>. Así, dejando de lado a las radicalmente escépticas en la materia, distinguimos incluyendo la variable del tiempo (pasado, presente, futuro) las siguientes distinciones: 1º las que ven la mejor expresión del derecho en el pasado, particularmente en el mundo antiguo y medieval europeo; 2º las que valoran como la mejor expresión de lo jurídico el que rige hoy, el vigente, el actualmente aplicable a la sociedad de nuestro tiempo; y 3º más desdibujadamente aparecen las que ven la perfección del derecho

<sup>12</sup> Aún debato interiormente la relación entre lo moderno y lo contemporáneo. Desde niño aprendí a distinguir estas dos edades, con la cual se supera la tríada periodificadora de la historia occidental en Antigüedad, Medioevo y Modernidad. Lo contemporáneo permite hacer la distinción, en materia de forma de gobierno, entre el Antiguo Régimen, absoluto y monárquico, y la República representativa democrática, y de paso aceptar la creencia que lo moderno significó una superación de lo medieval, que aún se arrastraba, en cierta forma y fondo, hasta fines del XVIII. Aun cuando para nuestro autor, su tal mitología jurídica es trasversal a estas dos últimas edades a pesar de sus notables diferencias. Véase nota 2.

<sup>13</sup> Aquí la palabra Derecho la usamos en su sentido tridimensional de *iustitia, ius y lex*, como en su dimensión valórico-afectiva, normativa-ordinamental, y vigencia o práctica sociológica (acatamiento y aplicación efectivos).

en el futuro, en un nuevo esquema de ordenación sociopolítica, cuyos atisbos de ese deber ser del Derecho podrían divisarse solo tímidamente hoy.

Una simplificación aún mayor nos indica que en el primer grupo militan los “conservadores”, en el segundo los “realistas” y en el tercero las corrientes “progresistas”. En el segundo grupo confluyen ambos extremos parcialmente con miradas entrecruzadas. Ambas posturas, la de los extremos, frente a la realidad jurídica, tienen buenas y sobradas razones de ser. Para evitar todo malentendido, y con el objeto de no conseguir enemistades nunca buscadas, no suponemos un juicio valorativo determinado de “lo conservador” y “lo progresista”, sino constatar su existencia y como posibilidad de existir, de más o menos razonable de una y otra posición ante lo que es más genuinamente jurídico.

Más bien nos parece de interés asumir tales categorías como herramientas metodológicas de notable valor para adentrarse en esta ciencia-arte que denominamos derecho, y especialmente del derecho del pasado, adoptándolas como perspectivas hermenéuticas en torno al sentido de su devenir en el tiempo.

Acepto que mi manera de entender esto puede resultar ingenua desde que clásicamente se ha considerado lo “conservador” y lo “progresista” trasunto resumido e ineludible de la postura político-ideológica del jurista y del jurista historiador, es decir, de su pensamiento acerca del cómo de la ordenación de la vida social o comunitaria de la especie humana. No obstante esa consideración no resulta muy clara porque están implicados en los asuntos políticos aspectos no propiamente políticos, sino sociales, económicos, morales, religiosos y demás que nos habrán de llevar a distinciones más precisas y sutiles.

Interesa destacar más centralmente ahora que lo “conservador” y lo “progresista” frente al Derecho arroja al menos dos perspectivas metodológicas opuestas (una de ellas puede ser desplegada en dos sentidos no siempre complementarios) en que ambas intentando dar una luz a las preguntas ¿qué es el Derecho? y ¿cuál su origen?: la primera lo hace valorando positivamente el pasado y cierto pasado concreto del Derecho; el segundo lo hace valorando ciertos aspectos del derecho pasado solo en cuanto antecedentes afortunados del derecho de hoy. Una distinción al interior de esta última perspectiva nos lleva a reconocer que el derecho del pasado nos hace valorar algún lugar del derecho solo en la medida que forma un antecedente para lo que debería ser el derecho futuro.

Es decir, estas miradas estudian el pasado jurídico esmerándose en descifrar sus misterios: el primero, el “conservador”, lo hace con nostalgia, el segundo con realismo y el tercero, el “progresista”, con puro idealismo, como futuro jurídico posible y deseable, como método y como estado anímico-intelectual.

Lo “conservador” intenta rescatar la idea, de la que hablan algunos historiadores, que hubo una época de esplendor, una época de gloria o una Edad de Oro<sup>14</sup> que la sociedad humana ha vivido en tiempos y lugares diversos. Confinado al mundo jurídico, esto equivale a que la juridicidad ideal es todo lo occidentalmente premoderno<sup>15</sup>. Lo “progresista”, en

<sup>14</sup> Véase KREBS WILKENS, Ricardo, *La actualidad de la historia en el mundo contemporáneo*, en *Cuadernos de Historia*, Universidad de Chile (Santiago, 1981), pp. 111-121, quien hace una bella referencia acerca de las Edades de Oro en la historia y su significado en ella. Señala críticamente, en p. 114, que “... el historiador sabe que el Siglo de Oro es una utopía y que no existe el mundo feliz, ni en el pasado ni en el futuro”. No obstante en la noción de la “edad de oro” hallamos un socorrido recurso humano a que hubo tiempos de sublime felicidad y fácil y plena abundancia. Piénsese en el “paraíso adánico” bíblico; en la pureza y bondad esencial del hombre del “estado de naturaleza”, etc.

<sup>15</sup> La lúcida reflexión de GROSSI parece, a primera vista, establecer que la “Edad de Oro del Derecho” se encontraría manifestada en plenitud en el mundo medieval europeo y algunas de sus posteriores expresiones supervivientes en la modernidad europea y también en la América hispana hasta el triunfo del movimiento separatista

cambio, imagina una especie de futura Sión jurídica, un paraíso sociopolítico y jurídico de una sociedad perfecta e ideal a la que no hemos arribado, pero que queremos y pensamos. Moralmente ambas posturas se sienten conminadas a rescatar nociones (verdades) que la fundamentan hasta llegar a hacer de ello una cruzada y procurándose los medios que la faciliten y que la materialicen en la experiencia concreta de hoy, trayendo el “conservador” el pasado al presente, y el “progresista” el futuro al presente.

Es evidente que en esta contradicción y choque de visiones hay una expresión concreta de una candente lucha política actual, abierta, declarada, o bien soterrada, tácita, cuyo escenario de maniobras es el campo del conocimiento (la ciencia) y el pensamiento o sabiduría (la filosofía). Se instala entonces en el panorama intelectual y muy especialmente desde los centros del saber (las universidades y centros de investigación y reflexión), la confrontación de estas perspectivas y la lucha, a veces muy fuerte<sup>16</sup>, por imponerse una a la otra, exhibe resultados, al parecer, nunca definitivos<sup>17</sup>.

---

de comienzos del XIX. No obstante, no creo que Grossi reivindique una vuelta a ese pasado sino solo hacer una apología de sus rasgos más esenciales y afortunados y cómo puede sernos de utilidad hoy. Esto por sí solo otorga gran mérito a su propuesta logrando ladinamente sus objetivos de historiador del Derecho atento y crítico: relativizar nuestras religiosas certezas jurídicas y cuestionar sus bases fenomenológicas (intra y extra Derecho) más caras y sagradas. Todo lo cual no impide hacer fuertes críticas al Derecho de nuestro tiempo, como por ejemplo 1) desliza una fuerte crítica a la sociedad democrática moderna, a sus formas de crear el Derecho, el que no es tal sino expresión normativa del poder político expresada a través de la ley, por lo tanto la mitología no es solo jurídica sino político-jurídica, 2) señala que la monopolización del Derecho por el poder se debe a una cultura burguesa muy atenta a la esfera patrimonial, 3) que se ha perdido la dimensión autoritativa del derecho y se ha sustituido por la dimensión potestativa del mismo. Esta última está descarriada. Señala que lo propio del Derecho es estar compenetrado con la sociedad, como en el mundo medieval. El derecho es antes que todo experiencia, es decir, dimensión de la vida social, y 4) que el derecho de la modernidad es estatismo y legalismo. Me parece, no obstante, que la debilidad del autor está en que ve solo los aspectos jurídicos negativos de la modernidad y solo los aspectos jurídicos positivos del mundo medieval.

<sup>16</sup> Lo encarnizado del combate se traduce que siendo una confrontación de tesis en el plano del pensamiento puede desatarse, y de hecho se ha desatado, el enfrentamiento bélico real a nivel social con resultados desastrosos, humanamente hablando.

<sup>17</sup> Puede no parecer tan adecuado advertir que en esto está presente la eterna “lucha de contrarios” o “confrontación de los opuestos”, o, lo que es lo mismo, el viejo “principio de contradicción”. Aquí reside el saludable juego dialéctico de ir y venir propio del debate intelectual.



# TEORÍA DEL DERECHO



*Corpus Iuris Regionis.*  
*Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* 7  
 (Iquique, Chile, 2007) pp. 137-148

## UN INTENTO DE CARACTERIZACIÓN NO INGENUO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA\*

HANS MUNDACA ASSMUSSEN\*\*  
 Universidad Arturo Prat

*A Gonzalo Oliva,  
 el primer hambriento de nuestra generación.*

*“La situación de la investigación jurídica contemporánea es de alguna manera irónica. Estudiando el Derecho nos convertimos en parte de él. La consecuencia es que nuestro más profundo compromiso cultural, el compromiso con el Estado de Derecho, permanece como uno de los elementos menos explorados de nuestra vida en común...”*  
 (Paul Kahn)

### RESUMEN

En este artículo se presenta una crítica a la visión tradicional de la dogmática que pretende verla como una actividad científicamente “pura”, sin interferencia de valoraciones o ponderaciones propias de otras disciplinas y aun de concepciones sociales. Se propone una visión fijada en la contingencia social misma que involucre la mirada de los actores sociales otorgando al jurista, como científico del Derecho, una posición mediadora entre el sistema jurídico vigente con las valoraciones que la comunidad posee de ese ordenamiento en particular, a fin de evitar que la norma jurídica carezca de eficacia. Se otorga una importancia preponderante a la función simbólica que el Derecho posee en la comunidad.

### 1. PRESENTACIÓN

Un legado de la modernidad es considerar a la dogmática jurídica como “la” ciencia del Derecho lo que se ha asentado en la cultura jurídica de nuestro tiempo prácticamente sin contrapeso, generando un extraño consenso en torno a una “verdad” que por lo menos hasta ahora la postmodernidad no ha podido deconstruir.

No obstante en estas líneas pretendemos reflexionar en torno a esta “ciencia” de una forma diversa a la que plantea la visión tradicional. Entendemos y trataremos de explicar

\* Este trabajo fue presentado al Claustro de Profesores de la Escuela de Derecho durante el año 2006.

\*\* El autor es profesor de Derecho Político y Constitucional en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique. Doctorando en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hmundaca@unap.cl

un modelo de dogmática jurídica al amparo de una visión crítica del Derecho y de su legitimidad.

En todo evento no es nuestra pretensión encontrar un nuevo derrotero a las concepciones ya existentes. Tarea para la que no contamos con los elementos intelectuales mínimos necesarios<sup>1</sup>. Nuestra intención es más modesta: solo buscamos hacernos eco de algunas interrogantes que giran medularmente en torno a la función de la dogmática jurídica en la construcción de una sociedad democrática en el nuevo escenario de la censura social<sup>2</sup>.

Además entendemos que estas líneas puedan ser consideradas por algún jurista de recta formación como verdaderas herejías, y ello sobre todo en una cultura jurídica donde la ingenuidad de algunos cree seguir viendo en la letra pura y dura de la norma la verdad jurídica suficiente para estructurar el Estado de Derecho y darle legitimidad. No obstante desde nuestra óptica la cuestión es diversa, al cambiar los tiempos también habrán de hacerlo los métodos de análisis de la realidad jurídica, por ello esa ingenua mirada no nos puede ser satisfactoria y será necesario buscar nuevas explicaciones que se hagan cargo de la textura abierta<sup>3</sup> que posee el Derecho como mecanismo de control social.

Si de herejías se trata digamos desde ya que en este trabajo se abordará en primer término el problema de la adhesión formal al derecho positivo, lo que no implica entender la “positividad” del Derecho en la forma tradicional, sino de una forma mucho más amplia y que abarca diversos niveles y reflexiones previas que el jurista se debe formular para afirmar qué es el derecho positivo. Enseguida nos referiremos a la vinculación entre la actividad principal del jurista: la interpretación jurídica y la realidad social, de lo que se sigue la función política que este debe asumir para enfrentar los problemas que trae aparejada la censura social, y de

---

<sup>1</sup> Replicando, y para nuestros propios fines, las palabras de Soriano respecto de introducirse en una vívida polémica entre dos maestros del Derecho Administrativo contemporáneo: “saldría sin plumas y cacareando”: SORIANO, José Eugenio (1993) *Privatización, Desregulación y Derecho Administrativo* (Bologna, Colegio de España), p.11.

<sup>2</sup> Utilizamos la expresión censura social como equivalente a la de control social, y la hemos tomado de MANZANOS, César (1998) *Control Social e Industrialización de la Censuras: hacia una sociología de la extinción*, en AAVV *Transformaciones del Estado y del Derecho Contemporáneos. Nuevas perspectivas de la investigación Socio-jurídica* (Madrid, Dykinson). Por otro lado, es posible observar que la idea de control social presenta dos ideas diversas, por un lado un sentido activo y otro en sentido reactivo. El activo ofrece fundamentos para la acción de un tipo positivo, por ejemplo: las normas sociales y en el caso de la libertad de expresión la posibilidad de usar para exponer las ideas de los medios de comunicación social. En cambio el reactivo afecta la motivación de los sujetos a través de la negación de algo que a la persona a quien considera un valor, se basa en la censura, y es propia de los regímenes autoritarios. Melossi sitúa en este campo la sanción legal. Aun cuando en el modelo de Estado de Bienestar, lo cual es deseable en un sistema penal basado en el castigo. Melossi propone que este Derecho escrito se considere un vocabulario de motivos, cada sanción lo es, si un motivo proporcionado por la ley y su vigor es un hecho empírico social e históricamente determinado por aquellos grupos que organizados que respaldan una proposición social, para proporcionar a otros sectores del público un motivo para cumplir una norma. De esta forma, es que estos actores en realidad “utilizan” la ley en vez de hacerla “cumplir” o de “sujetarse” a ella y que el “uso” de este vocabulario es el resultado de una fórmula de transacción con los vocabularios no legales del motivo. MELOSSI, Darío (1992) *El Estado del Control Social* (traducción de Martín Mur U. Basart, México, Editorial S.XXI), pp. 200 y ss.

<sup>3</sup> Tomamos la expresión de Manuel CALVO de su *Método Jurídico*. Es así que en nuestro medio uno de los problemas más complejos que la cultura jurídica ha debido enfrentar proviene de la consolidación de los regímenes neoconservadores. Estos, sustituyeron el lenguaje jurídico por uno de corte económico, pasando el primero a constituirse en una lengua muerta y que en el caso de Chile se expresa con nitidez a partir de los años 80 con las reformas en materia previsional, minera, educacional y tributaria. Con ello los economistas pasan a ser los interlocutores del y con el poder, a la par que se sustituye la idea de voluntad general como fundamento de la ley por criterios de eficiencia, seguridad y maximización en el uso de los recursos, pasando ellas a ser las nuevas razones de legitimación del sistema, y reduciendo las actividades de la Administración del Estado a los nuevos niveles de legitimidad. El problema se torna más grave aun al reducirse, cuando no suprimirse, en los planes de estudio de las licenciaturas en Derecho las asignaturas vinculadas con ese lenguaje propio de los juristas y sustituirlas por aquellas que se vinculan a la economía defendida por los neoconservadores.

cómo hacer frente a las lógicas de desigualdad y exclusión que la postmodernidad ahondó. Para concluir señalando algunas características que posee una dogmática conscientemente política.

## 2. LA ADHESIÓN FORMAL AL DERECHO POSITIVO

El material con el cual el jurista debe trabajar, quiérase o no, es el Derecho positivo<sup>4</sup>, y aun en un escenario como el descrito en lo precedente. Lo anterior podría sonar inicialmente contradictorio, pero ello es una realidad respecto de la que no nos podemos zafar en cualquier análisis de contenido normativo, pretender desligarse del Derecho positivo es como si el geógrafo pretendiese hacer ciencia desconociendo su medio ambiente. Lo anterior no quiere significar el retorno a un modelo formalista de por sí agotado<sup>5</sup>. Por el contrario, estimamos que el Derecho actual cuenta con crecientes cuotas de contenido material, de manera que una de las cuestiones a resolver será el contenido del Derecho positivo.

En esta línea, el punto de partida que debemos observar se encuentra en reconocer al Derecho positivo como un específico mecanismo de control social y entendiendo por tal: “una categoría o clave de interpretación de la realidad humana que hace alusión al conjunto de estructuras, mecanismos y técnicas mediante las cuales una sociedad consigue recrear, mantener y estabilizar un determinado sistema de integración social tanto en situaciones de emergencia o conflicto social como en situaciones generales de normalidad establecida”<sup>6</sup>. Luego, no debemos asociar siempre la noción de control social con la idea de la coerción o lo punitivo, sino que debemos insertarla en un contexto más amplio como punto de referencia, o “dato” que permita reflexionar respecto de todo el ordenamiento jurídico vigente al vincularlo directamente con la realidad social y las estandarizaciones vigentes de aquello que se considera “normal” o “desviado”, sirviendo por ende el Derecho positivo para definir una determinada caracterización de la realidad de las relaciones sociales y la variedad de perspectivas para abordarlas.

De esta manera surge la primera cuestión esencial de una dogmática que dé respuesta a las necesidades actuales, y es que por derecho positivo no podemos entender solo la existencia de un conjunto de normas creadas por los mecanismos formalmente previstos para ello, siguiendo un cierto procedimiento en su origen, promulgación y publicación, ello sería positivismo puro y duro. Tampoco podremos aseverar que el Derecho positivo se encuentra revelado por un orden superior e inmanente que la razón de los hombres ha ordenado, y

<sup>4</sup> De esta aseveración no se salva ni el historiador, ni el filósofo, ni el sociólogo del Derecho puesto que en su trabajo siempre han de partir de la constatación de un cierto Derecho del pasado en el primer caso y derechamente del vigente en los restantes.

<sup>5</sup> Probablemente las causas de ese agotamiento, y la subsecuente dispersión del modelo habrá que buscarla en el mismo plano del agotamiento de la “plaza pública” como expresión de la ciudadanía y el fracaso del igualitarismo como método de concreción de derechos, abriendo paso con ello a una dispersión de los modelos de análisis jurídicos pero que curiosamente no representó una vuelta a la filosofía. Es más; la filosofía, y la del derecho en particular con sus actuales misiones no resulta ser sujeto de suficiente crédito para enfrentar la problemática a la que aludimos, como observa Pedro Serna: “En este escenario, la Filosofía del Derecho no desaparece, pero no puede afirmarse que haya recuperado el ámbito temático perdido con anterioridad en beneficio de la Teoría General del Derecho, sino que se mantiene como disciplina residual, dedicada a los asuntos relacionados con el contenido material del Derecho, mientras que bajo el rótulo “Teoría del Derecho” se agruparían los nuevos estudios, tan plurales en cuanto al enfoque y método que el único rasgo común que cabría señalar, según Kaufmann, es su mayor tendencia al estudio de los aspectos estructurales y formales.” SERNA, Pedro, *La Teoría del Derecho Actual. Panorama de un escenario de dispersión tras el agotamiento del modelo positivista* en, *Revista Jurídica de Derecho IUSTITIA* N.11 (Tecnológico de Monterrey, octubre 2004), p 14.

<sup>6</sup> MANZANOS, César (n. 2 p. 34).

que en los casos más extremos se la ha revelado, ya que con ello asumiríamos la idea que el Derecho no es un factor cultural, sino que tiene un origen divino, y caeríamos en el ámbito de las creencias de cada uno lo cual impediría hacer ciencia<sup>7</sup>.

Ahora bien, pareciera razonable entender que el Derecho positivo se encuentra conformado por varios elementos: por un lado, y desde luego, la letra pura y dura representada por la norma jurídica, pero además, junto a ella se encuentran una serie de principios, “generales” si se prefiere, los cuales a su vez tienen una composición mixta, por un lado se compone por aquellos valores respecto de los cuales existe consenso en la comunidad occidental que han de prevalecer<sup>8</sup>, por otro una serie de valores que la comunidad política, que la nueva ciudadanía admite como necesarios para el funcionamiento del sistema, y finalmente están aquellos elementos comunes al sistema y que han sido forjados por los juristas con el cultivo de las diversas disciplinas jurídicas.

Respecto de la norma no será suficiente el estudio formal de los procedimientos que la han creado, sino que se deberá efectuar un segundo control y es el referido a la conformidad con la Constitución Política de la República, es decir de un examen sustancial, del contenido de la misma norma y su correspondencia con el texto y *ethos* constitucional. De esta forma, y superada por la norma estos mecanismos de contención podremos entender que ella ha pasado a formar parte del Derecho positivo y por ende deberá armonizarse con los restantes elementos que componen la noción. Por el contrario, si la norma jurídica no supera el estándar de constitucionalidad habrá que estimar esa norma como ajena al concepto de Derecho positivo, virtualmente como inexistente y carente de efectos prácticos, caso en el que la norma en estudio no podrá ser considerada como parte del Derecho positivo, y por lo que no será posible adherir a ella.

Con lo expuesto aparece que la dogmática posee varias funciones que parten de esta adhesión formal. Por un lado una *función expositiva*, ordenadora y sistematizadora, por la que se describe el Derecho positivo cuyo contenido no sea considerado problemático. Una segunda función es una *función orientadora*, que postula como plausible una determinada interpretación, la cual igualmente es orientativa en el sentido de buscar generar adhesión en el receptor de la interpretación, de manera que prefiera esa interpretación por sobre otras. Ello supone lidiar con varios problemas, entre otros: a) la determinación semántica de los términos de las normas y principios a aplicar; b) problemas en torno a los fines de las normas;

<sup>7</sup> Como observa Paul KHAN, no se ha de preguntar al teólogo si es o no creyente o cuál es la concepción correcta sobre la trinidad, puesto que ello sería colaborar con una insidiosa forma de censura. Otro tanto –plantea este autor– se nos presenta con el investigador del Estado de Derecho no debería preguntarse si la ley es expresión de la voluntad del pueblo soberano y por tanto una forma de autogobierno. “Estas son formas internas a los sistemas de creencias. Una disciplina académica que estudia las formas culturales se aproxima no desde la perspectiva de su validez, sino desde la perspectiva del significado que estas tienen para el individuo que participa de la comunidad de creencias” KHAN, Paul (2001) *El análisis cultural del Derecho* (Barcelona, Editorial Gedisa) p.11.

<sup>8</sup> Y en ello sí podríamos admitir cierto tinte naturalista en su expresión genuina, y por ende un tanto metafísica, toda vez que estos principios –como observa GARCÍA DE ENTERRÍA– son expresión de un iusnaturalismo racionalista. Por su parte PÉREZ LUÑO distingue, entre: principios generales como metanormas (*principia cognoscendi*), como normas (*principia essendi*), y como conceptos de dimensión axiológica (prima principia). En el segundo nivel de distinción es donde podríamos ubicar la caracterización de GARCÍA DE ENTERRÍA. Cfr. PÉREZ LUÑO, Enrique, *Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?*, en *Revista de Estudios Políticos* 98 (Madrid, 1997), pp. 9 y ss. DEL MISMO (1993) *El desbordamiento de las fuentes del Derecho* (Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia) pp. 93 y ss. También: (1995) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid, Tecnos) p. 289 y ss. También de MODERNE, Franck (2005), *Principios Generales del Derecho Público* (traducción Alejandro VERGARA BLANCO, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), especialmente: 2ª parte: *Problemas metodológicos en materia de principios generales del derecho*, en pp. 119 y ss.

c) problemas sistémicos, como por ejemplo la existencia de dos instituciones con fundamentos contrapuestos; d) problemas de compatibilidad históricos; e) problemas de compatibilidad lógica. Una tercera función pretende ser crítico-descriptiva, la que tradicionalmente se denomina como *lege ferenda*, donde el jurista llega a la conclusión que la solución que se debe dar no se desprende del derecho positivo, y en tal caso la alternativa no es adherir al derecho positivo sino que rechazarlo. En general esta función va dirigida a los órganos legisladores a fin de que procedan a modificar la norma respectiva.

### 3. CONFORMIDAD ENTRE NORMA Y REALIDAD

La cuestión de la definición del Derecho positivo no se agota en la determinación de los elementos que le integran, antes bien creemos que resulta necesario hacer presente que el Derecho positivo no se presenta a todos de la misma forma, o si se prefiere, no se presente de manera “igualitaria” en todos los escenarios. Estimamos que el no entender ese aspecto de la realidad social lleva a la generación de prácticas que tengan mucho que ver con la noción de alteridad, la que si bien es propia de una sociología del control resulta útil tenerla en cuenta pues dan cuenta del “otro”. Como observa Pedro Alvite: “Estas construcciones del “otro” referencian a mutaciones de fondo que atañen, de manera aguda, en este final de siglo, a las estructuras y valores que constituyeron el modo particular en que nuestras sociedades desplegaron “el proceso civilizatorio” moderno. Estas mutaciones derivan de una profunda crisis que afecta no solo al conjunto de las estructuras, que como el Estado se ven desbordadas, redefinidas o cuestionadas por la globalización económica de los mercados y de las comunicaciones; sino que afecta también a los valores identitarios y producción de subjetividad preponderantes hasta ahora”<sup>9</sup>.

Con ello habrá que atender a la existencia de diversos niveles de análisis del Derecho positivo, y que dan cuenta de factores diversos imbricados en la subjetividad de las personas. Por de pronto un primer nivel: del cual ya se ha dado cuenta más arriba, es aquel que se determina por la producción de la norma jurídica, y que tiene que ver tanto con los aspectos procesales y sustantivos que ya se hiciera mención. Un segundo nivel es el de los operadores jurídicos y que se vincula a la forma en que los juristas, jueces y abogados entienden la aplicación de dicha norma, nivel en el que resulta fundamental el proceso de interpretación que respecto de dicha norma se haga y por ende entran en juego los principios generales como límite al alcance de la norma. Un tercer nivel, el más descuidado al parecer, es el de la función simbólica que los ciudadanos le asignan al Derecho positivo en su cotidianeidad y que fluye al segundo nivel desde que evidencia para el científico del Derecho la necesidad de recepcionar las ponderaciones que el grupo social hace sobre ciertas situaciones.

Creemos que entender el análisis de lo jurídico en estos niveles implica desatar la reflexión de las lógicas de la alteridad que representan los cauces a los que se quiere reconducir el Derecho en los tiempos actuales, en la medida que el jurista tenga una presencia en la sociedad como observador perspicaz de los procesos sociales podrá dar respuesta a las necesidades que ese mismo grupo posee, aquí creemos que la labor del jurista no es orientativa para la comunidad, sino que es la comunidad la que le orienta en su trabajo señalando las

<sup>9</sup> ALVITE, Pedro (1998), *El papel del Derecho en la producción social del neo-racismo: de las sociedades disciplinarias a las sociedades del control del riesgo*, en AA.VV., *Transformación del Estado y del Derecho Contemporáneos* (Madrid, Editorial Dykinson) pp. 77-90.

perspectivas y valoraciones que ella posee, con lo cual la sistemática que se construya a partir de dicha observación será acorde a la realidad social, dando con ello plena eficacia al Derecho positivo.

En este sentido cobra fuerza la idea que el Derecho es un mecanismo de control social y en ese orden el jurista deberá hacerse cargo en sus análisis de la problemática que representa la reproducción de las relaciones sociales del modelo vigente, y por tanto no podrá deshacerse de ideas como la de normalidad, exclusión, etiquetamiento, minorías, etcétera, y la cuestión no es tanto de terminología como de realidad. En efecto “el reconocer los modelos dominantes de referencia, que sin embargo no coinciden con la forma de vida real de las personas, solamente una minoría de la humanidad responde a ese estereotipo, y sin embargo, la globalización cultural trata de imponer este modelo de referencia como el único y universalmente válido y efectivamente muchas personas pobres, de otros colores distinto al denominado blanco que viven solas o en hogares monoparentales, homosexuales, mujeres, etcétera a pesar de no materializarse en su vida cotidiana este modelo dominante lo comparten como modelo de aspiración”<sup>10</sup>.

Oculto en lo que venimos señalando se encuentra el abandono de la idea de la igualdad como medida de las cosas, situaciones y personas, que en la forma en que se ha venido aplicando constituye verdadera desigualdad. En efecto si la sociedad refleja esta variedad de sentir y actuar por parte de los diversos grupos que la integran entonces veremos que el problema es el reconocimiento de la multiculturalidad<sup>11</sup> como nota distintiva de la sociedad actual, y que precisamente, los fomentadores de la globalización de los mercados financieros y de las comunicaciones tienden a negar. Misma interculturalidad que el megapoder legitimado del país del norte pretende eliminar por vía de su sustitución por el patrón de la seguridad global que conlleva, en nuestro concepto, una nueva forma de racismo. Problema que en Europa no se ha podido resolver con las inmigraciones y que en el aspecto religioso tiene solo una de sus aristas, y que nuestro medio se ha asumido con la llamada “seguridad ciudadana”. Creemos que tras estas estrategias de control solo se busca reproducir los mecanismos de poder que estructuran las relaciones socioeconómicas en la forma actual.

Sobre la base del reconocimiento de la interculturalidad será posible conciliar la aplicación del Derecho positivo a los distintos grupos que forman parte de la sociedad respetando la subjetividad y generando una nueva relación en la base de un medio de control social como es el Derecho que cuente con adhesión por parte de sus destinatarios, rompiendo con ello la reproducción de los modelos de exclusión y desigualdad. Enfrentar esta situación implica tener claridad respecto de las fuentes del Derecho, y no como una concepción abstracta y formal, sino como el resultado de la concurrencia de múltiples fuerzas, racionales e irracionales, formalizadas e informales, de tendencias autoritarias y de libertades, de presiones y resistencias. Es como observan García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: “Aunque lo ha pretendido secularmente, y sigue pretendiéndolo, con mayor o menor resolución, nunca el

<sup>10</sup> MANZANOS, César (n. 2 p. 35).

<sup>11</sup> ¿Como principio general del Derecho?: si le considera como principio general se encuentra sustentado y legitimado por la propia forma que ella representa: sobre la base de la comunidad misma, y en lo formal sería una fórmula válida y sustentable en diversas disposiciones del Derecho Público Chileno *v. gr.* artículo 54 de la Ley 19.253, o en una específica hermenéutica del artículo 19 N° 3 de la Constitución. Y desde luego el inciso segundo del artículo 5° en relación al *Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales* en sus artículos 13 y 15 letra a). Un análisis respecto de este aspecto superaría los objetivos de este trabajo, tarea que habrá de estimar reservada para un futuro cercano.

Estado ha alcanzado a ser dueño absoluto del Derecho, creador *ad nutum* del ordenamiento en su conjunto. En realidad, esa concepción esconde una concepción del Derecho como simple mandato, como regimentación, como disciplina social impuesta *ad extra*, normalmente por un imperante o una casta política<sup>12</sup>.

Desde esta perspectiva habrá que entender que el Derecho se constituye como un mecanismo articulador de un conjunto social con sus miembros y de estos entre sí, es decir como un mediador de realidades, de intersubjetividades, con lo cual el anhelo a ciertos principios expresados socialmente deben tener cabida dentro del proceso creativo del Derecho con la interpretación que se haga de él por los operadores jurídicos deberán tener en cuenta.

Pues bien, la noción de multiculturalidad se nos impone como un elemento que debe ser desgajado en varios sentidos. Por de pronto se nos alza como un criterio que nos permite salir de la disyuntiva entre disconformidad de la norma y la realidad social, es una forma de transformar el derecho formalmente vigente en el derecho que la gente vive. Entendemos, además, que este criterio debe ser tomado por la teoría del Derecho e incorporado reflexivamente al andamiaje metodológico que ella representa, con lo cual se quiere señalar la necesidad de determinar si su ubicación la hallamos a nivel del sistema interno o bien del sistema externo, tarea que nos supera en la finalidad de este trabajo.

Pareciera interesante, en todo caso y a título meramente ilustrativo reconocer la existencia del principio de la multiculturalidad dentro de la actividad interpretativa del jurista, puesto que ello permitirá generar las respuestas adecuadas en la construcción de un Derecho del más débil no ya desde una posición transitoria representada por quienes en un cierto momento son minoría en el poder. Por el contrario, el anhelo es la construcción de un sistema jurídico que siempre lleve incorporada la idea de protección al más débil, aun cuando aquellos que se encuentran existencialmente siendo hoy los más débiles el día de mañana sean los poderosos<sup>13 14</sup>. En opinión de Fernando Atria la idea que el derecho sujete al poderoso quiere decir que la interpretación autointeresada que se da a las reglas abstractas no es más fuerte por ser la interpretación del poderoso. El derecho mira el asunto que se trata solo rescatando aquello que resulta esencial para el cumplimiento de la norma dejando fuera todo lo demás, y entre aquello que se deja fuera está el hecho que es el poderoso una de las partes de la relación jurídica<sup>15</sup>. En nuestro concepto, lo medular de esta apreciación se encuentra en los procesos de “determinación” y “rescate” de los elementos esenciales para el cumplimiento de la norma, puesto que el proceso de creación y aplicación no se produce en un ambiente socialmente aséptico, lo que hace que ellos no puedan ser una aplicación “pura” sino que

<sup>12</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2003), *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Editorial Civitas, Tomo I) p. 69.

<sup>13</sup> Sobre el desarrollo del concepto Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo jurídico* (Editorial Trotta, Madrid). Del mismo *Derecho y Razón: la ley del más débil* (Editorial Trotta, Madrid, 2001). Al igual que PEÑA FREIRE, Manuel (1998) *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho* (Editorial Trotta, Madrid).

<sup>14</sup> Y es que el modelo contrario han tratado de imponer, como observa críticamente Luis Fernando Coelho: “El modelo de justicia que debe ser impuesto en el mundo global es el sentimiento de los pueblos ricos, que son definidos por John Rawls como sociedades bien ordenadas. Independientemente de las críticas que se puedan hacer a esta concepción rawlsiana de la justicia, se trata de una teoría de la justicia democrática neoliberal, un modelo neoliberal de justicia que tiende a ser impuesto en el mundo, especialmente en las naciones llamadas eufemísticamente sociedades del tercer mundo, periféricas, del sur, en desarrollo, etc., a través de la formación y control de la opinión pública mundial, que ya viene siendo formada para presionar a los gobiernos a adoptar esos criterios transnacionales de justicia”. COELHO, Luiz Fernando (2001) *La transmodernidad del Derecho*, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.35 (2001) p. 158.

<sup>15</sup> Cfr. ATRIA, Fernando, *El Derecho y la Contigencia de lo Político*, en *Doxa* 26 (2003), p. 325.

determinada por la contingencia. En tal sentido pareciera que usar solo los elementos propios de una metodología jurídica “aislacionista” que separe de sus análisis todo lo demás que rodea la norma deviene en un mecanismo insuficiente. Por el contrario, creemos que el uso de estas metodologías en la construcción que se genere a partir de dichos procesos podrá enriquecerse con los aspectos que entregados por la constatación de la realidad y la finalidad de construir un sistema jurídico sobre la base de una igualdad material y efectiva.

En este aspecto cobra particular relevancia la función de *lege ferenda* a la que nos hemos referido *ut supra*, puesto que es acá donde se evidencia el que la realidad social no va a la par con la normativa vigente, con lo cual se postula la sustitución de la regla vigente por otra regla nueva. Pero este aspecto no es sencillo y dependerá de la forma en que se asuman los procesos legitimación y deslegitimación de las fuentes jurídicas, de manera que acorde a este postulado la tarea principal del jurista es la crítica del sistema jurídico vigente, como también de las decisiones jurisdiccionales en particular.

#### 4. LA ACTIVIDAD DEL JURISTA

Con anterioridad señalamos que la forma tradicional de aproximarse al conocimiento jurídico ha sido por medio de la llamada dogmática jurídica. Esta forma de aproximación a lo jurídico es un proceso largo y complejo y que se centra en la aplicación del Derecho, es decir, de considerar el material normativo e impregnarlo de la realidad social. Se trata como observa Elías Díaz de una aplicación-realización<sup>16</sup>, que no puede representar la obtención de conclusiones particulares aplicables al caso concreto, es decir no puede ser pura subsunción<sup>17</sup> por medio de procedimientos formalistas de carácter silogístico-deductivos. El trabajo del jurista representa un esfuerzo intelectual superior, una labor rigurosamente científica de investigación, interpretación y de construcción-reelaboración de la norma jurídica<sup>18</sup>.

Cabe observar que en la creación del Derecho del Estado, normalmente son otros quienes confeccionan, promulgan y publican la norma, y en ello casi nada le cabe al jurista y en tal sentido se trata de un *positum*, de un derecho dado, puesto. Y en tal sentido se trata de un material extraño al científico el cual debe modelar más acorde a las necesidades de la sociedad que de quienes la dictaron, ello representa un primer compromiso del jurista: reconocer que la norma jurídica válida y vigente posee una fisonomía propia que se independiza de la voluntad de sus creadores<sup>19 20</sup>.

<sup>16</sup> DÍAZ, Elías (1978), *Sociología y Filosofía del Derecho* (Editorial Taurus, Madrid) p. 71.

<sup>17</sup> No es que se rechace la existencia de un sistema lógico conceptual como método para entender el fenómeno jurídico, sino que fundarse exclusivamente en ello resulta ser complejo producto de los problemas que en sí traen aparejado, además que configurar un modelo sistemático del Derecho en función de premisas mayores y menores equivale a construir soluciones jurídicas falsamente igualitarias, *Cfr.* GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Aporías, paradojas, antinomias y dilemas en el Derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales* 45, en especial sobre el *Razonamiento Jurídico*, Valparaíso, Primer y Segundo Semestre de 2000) pp. 501-527.

<sup>18</sup> DÍAZ, Elías, (n.16, p. 71)

<sup>19</sup> Con ello no negamos que la historia del establecimiento de la norma no sea un dato útil en el proceso interpretativo-recreativo de la norma, sino solo que él no se agota en lo dicho en el diario de sesiones de las cámaras, sino que por sobre ello estará el ambiente social que vinculó la gestación de la norma, en definitiva las fuerzas racionales o irracionales que se hayan detrás de la creación de la norma misma.

<sup>20</sup> CASTÁN TOBEÑAS distingue dos modos y cauces de significado diferente en que el jurista puede desarrollar su trabajo, así habla de elaboración creadora y elaboración reconstructiva del Derecho. La elaboración creadora del Derecho puede presentarse por tres vías: legislativa, consuetudinaria y jurisprudencial. La primera se lleva a cabo cuando los juristas participan como tales en los órganos o comisiones legislativas; la consuetudinaria se expresa a través de la influencia de las opiniones y determinaciones de los juristas alcanzan en la formación de costumbres dotadas de relevancia jurídica; finalmente, la vía jurisprudencial creadora se manifiesta en los diversos supuestos, en que, de una forma u otra, se reconoce a las decisiones de los tribunales de justicia el carácter de fuente del derecho.

De esta forma estimamos que la función que el jurista debe adoptar es fundamentalmente interpretativa, una interpretación recreadora del Derecho, ello implica una función investigadora tanto de la realidad social e histórica, como del reconocimiento de los valores que esa sociedad reconoce y plasmarlos en la interpretación de la norma, de manera que ella cuaje con la facticidad y permita considerar la existencia de una coherencia entre la norma y la realidad. No se trata de transformar la hermenéutica jurídica en puro voluntarismo, puesto que el Derecho representa también límites relativamente definidos en materia interpretativa<sup>21</sup> los cuales actuarán como valla de contención en este proceso. Lo que intentamos expresar es que el proceso interpretativo puede alcanzar una solución jurídica que plasme adecuadamente la necesidad de la sociedad sin vulnerar el límite máximo de interpretación de la norma, caso en el cual existirá plena correspondencia entre la ley y la realidad social. Pero una segunda posibilidad es que no resulte posible dar una solución adecuada al problema con la norma vigente, caso en el que la labor del científico será presentar las conclusiones de ese proceso a la comunidad a objeto que ella disponga la modificación o derogación de la misma, según sea el caso.

De esta forma el sistema jurídico se va recreando en cada uno de los niveles: producida la norma jurídica por los órganos competentes, está investigada por el científico, quien a su vez observa el comportamiento y valoración que la sociedad realiza del supuesto de hecho contenido en ella, en definitiva el simbolismo que le atribuye la comunidad. Esa mirada de la cuestión creemos permitir apreciar al Derecho en una función de articulador de relaciones sociales respetando la subjetividad de cada uno de los intervinientes del proceso. En tal sentido, el experto, el jurista, es el auténtico soporte de la continuidad y eficacia del orden dogmático de la ley tanto de los modelos autoritarios, científicos o políticos, como en los modelos racionalistas del mismo<sup>22</sup>.

## 5. CARACTERIZACIÓN DE UNA DOGMÁTICA NO INGENUA

Conforme las ideas señaladas en lo precedente es posible orientar una dogmática políticamente consciente del papel que le corresponda cumplir en una sociedad democrática y multicultural presenta las siguientes características:

- 1 Carácter práctico: La dogmática es una construcción teórica pero que debe tener consecuencias prácticas, en el sentido de servir de guía en la toma de decisiones de parte de los operadores. En tal sentido, se puede graficar esta finalidad en la función sistematizadora de la dogmática pero que resulta particularmente revelante al enfrentar

---

La elaboración reconstructiva del Derecho, recogiendo las normas suministradas por el legislador propiamente dicho o por la costumbre, las interpreta y sistematiza (tarea propia del jurisconsulto y objeto de la técnica y de la Ciencia del Derecho en sus más propios sentidos)” TOBEÑAS, Castán (1947), *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y Técnica operatoria en el Derecho privado positivo)*, (Editorial Reus, Madrid) p. 42. En lo personal estimamos que la distinción de Castán puede considerarse como vigente y útil, no obstante nos merece reparos el primer cauce de la fase creadora del Derecho, pues creemos que en ella la función del jurista es muy limitada, esporádico y normalmente carente de referente posterior en las decisiones legislativas.

<sup>21</sup> Cfr. BETTI, Emilio (1990), *Teoria Generale della interpretazione* (Milano, Giuffrè); GADAMER, Hans-Georg (1977), *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (trad. Ana Agud y R. Agapito, Salamanca, Editorial Sígueme); DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación Jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica).

<sup>22</sup> Ahora bien, la legalización de las relaciones sociales implica traspasar la indeterminación política al Derecho, con lo cual—siguiendo a Luhmann— “El sistema político debe, pues, para poder activar a través de sus fines el apoyo necesario, formular los fines del Estado de un modo tan amplio y vago que en definitiva resulten susceptibles de crear un consenso en torno a ellos; pero en cambio, fracasa en cuanto a estructura de racionalización, de división de trabajo y de control...” LUHMANN, Niklas (1983) *Fin y racionalidad de los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales* (trad. J.N. Muñiz, Madrid, Editorial Nacional), p. 109.

los aspectos problemáticos que se presenten al interior del sistema y que devienen en la reconstrucción del Derecho. Aun en esa línea las obras de mayor abstracción teórica sirven para entregar parámetros útiles en la resolución de los casos difíciles. Así también la crítica del derecho positivo vigente en el sentido que sea desactualizado o insatisfactorio posee el carácter de práctico en cuanto representa la aspiración a un cambio de la legislación<sup>23</sup>.

- 2 Dependencia contextual: esto implica que todo análisis dogmático representa una situación coyuntural sea a nivel legislativo, jurisprudencial y aun simbólico. La existencia de hechos “problemáticos” que deban ser resueltos por la dogmática dependerá en buena medida del consenso en la comunidad científica sobre los términos normativos. Así se evidencia que el Derecho posee una textura abierta –indeterminación lingüística, contradicción lógica, lagunas–, y la superación de estos aspectos se expresa en la adhesión a una determinada solución dogmática la que en todo evento no puede ser eterna<sup>24</sup>, ella puede ser superada por otra concepción dogmática, jurisprudencial o un cambio legislativo. Todo lo anterior representa la idea que la dogmática depende de una serie de relaciones expresadas por los agentes que ejercen crecientes cuotas de poder al interior de la comunidad<sup>25</sup>.
- 3 La dogmática como discurso polémico: La dogmática problematiza y da soluciones lo que genera a este tipo de investigación una determinada estructura; por un lado la determinación de un problema, lo que supone que el jurista sea un buen observador social. El paso siguiente en el procedimiento de investigación es justificar porque la argumentación que plantee debe ser preferida a otras argumentaciones, es decir se traduce en una argumentación que va en contra de otras de allí su carácter polémico. El dogmático debe entregar una argumentación que supere los problemas de que se hace cargo en el cuestionamiento que formula. Además la argumentación que entregue debe fundarse en criterios lingüísticos, lógicos, sistemáticos, históricos y teleológicos.
- 4 La discusión sobre valores: Detrás de toda solución dogmática existe una opción valorativa, pero no toda discusión dogmática se resuelve por medio de una argumentación en torno a valores. La discusión en torno a valores se producirá cuando el arsenal metodológico sea insuficiente para resolver el problema detectado. Una cuestión diversa es que un dogmático estime que el problema se supera con un criterio lógico y otro estime que se logra con un criterio semántico, lo que

<sup>23</sup> CALVO GARCÍA, Manuel (1994), *Los fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica* (Madrid, Editorial Tecnos) p. 255: “La función del orden dogmático no solo consiste en vivificar lo que se ha fijado abstractamente, también justifica las aplicaciones concretas de la ley, ya sea poniendo en conexión la manifestación concreta de lo fijo en el corpus de donde se desprende, como ocurría con la exégesis medieval o el método lógico deductivo, o dotándolo de una legitimidad específica como ocurre con las justificación-política de la aplicación del derecho o los últimos desplazamientos de la racionalidad hermenéutica. La instauración de sistemas de censuras y procedimientos para discriminar cuales son las interpretaciones correctas y cuales las incorrectas evita la necesidad de replantearse continua y absolutamente todo quehacer hermenéutico”.

<sup>24</sup> Todo ello implica que las soluciones que se presentan por la dogmática se insertan en un sistema que se construye sobre las notas de unidad y orden. Al efecto la sugerente obra de CANARIS, Claus-Wilhelm (1998), *El sistema en la jurisprudencia* (Editorial Fundación del Notariado, España), WIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, LARENZ, Karl (2002), *Metodología de la ciencia del Derecho* (Ariel, Barcelona).

<sup>25</sup> Este aspecto es denominado por Calvo como “Economía Política de la Imprecisión Legal”, y a su desarrollo utiliza el último capítulo de su *Método Jurídico*, citado *ut supra*.

evidencia el problema del contenido del Derecho positivo antes que un problema axiológico. Normalmente la discusión sobre valores en dogmática se representan en la argumentación respaldando una decisión que posee mayor sustento en los valores normativos, es decir consagrados expresa o tácitamente en el ordenamiento jurídico. En fin, las confrontaciones dogmáticas más ricas corresponden a aquellas donde existe una discusión ideológico-política entre modos distintos de entender cuales son esos valores, y en la que surge una discusión en el plano axiológico<sup>26</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

- 1 Uno de los problemas esenciales con los cuales nos encontramos dentro de la dogmática es el relativo a la conformidad o disconformidad de la norma con la realidad social, con la idea de un derecho vivido y por ende de una serie de conductas que el grupo humano le atribuye una función simbólica específica que pueden o no ser reconocidas por ese derecho formalmente vigente. Tal problema nos lleva a cuestionarnos en torno a la idea de la dogmática como “ciencia” del Derecho, la cual se construye por medio de la llamada Teoría del Derecho en cuanto metalenguaje de la dogmática. Dicho cuestionamiento se presenta precisamente por la ingenuidad de los juristas al tratar de construir sistemas que encuentren solo una explicación a nivel lógico, olvidando el desarrollo del plano empírico.
- 2 Para resolver dicho conflicto se hace necesario reconocer distintos niveles de la formulación de lo jurídico, superado que sea el hecho que el científico jurídico debe trabajar con la norma jurídica tanto como el geógrafo con el paisaje que le rodea. En tal escenario es posible concebir tres niveles de lo normativo; uno relativo a las fuentes mismas, un segundo nivel propio de la hermenéutica desarrollada por lo operadores jurídicos. Trabajo que es la nota esencial de este nivel, y un tercer nivel el cual se caracteriza por reflejar la función simbólica, el nivel propio de la comunidad con sus prácticas a las cuales se les atribuye un contenido normativo específico se encuentre o no contenido en el derecho formalmente válido.
- 3 En dicho nivel simbólico es posible concebir la posibilidad la de intersubjetividad de las relaciones sociales y jurídicas por medio del principio de multiculturalidad el cual supone reconocer a todos los componentes del grupo social e incorporar los aspectos relevantes de cada uno de dichos grupos en el modelo articulador que el derecho pasa a representar. De esta forma creemos se rompe la estructura excesivamente formal que se construye con el derecho positivo y podemos construir una dogmática jurídica que pueda satisfacer las necesidades del colectivo en términos reales.
- 4 Concebir de esta forma la dogmática es reconocer que ella ha perdido su ingenuidad como ciencia que se estimaba “pura” y pasa a reconocer un componente “político” que se manifiesta en la sociedad. Y es por ello que la hemos caracterizado como un ciencia práctica, contextual, altamente polémica y que genera una discusión en torno a valores. Dicha caracterización permite, en nuestro concepto entender que la

---

<sup>26</sup> PEÑA, Carlos, *Qué hacen los civilistas*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales (1993), p. 26, para quien la dogmática es “una función cognoscitiva de describir el derecho vigente, ordenándolo en términos más económicos y sencillos que aquellos que aparece en su presentación original”.

dogmática jurídica se encuentra alineada con la idea de multiculturalidad, y por ende con la noción de un Estado de Derecho, que sea a la vez democrático.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALVITE, P. (1998), *El papel del Derecho en la producción social del neo-racismo: de las sociedades disciplinarias a las sociedades del control del riesgo*, en AA.VV., *Transformación del Estado y del Derecho Contemporáneos* (Madrid, Editorial Dykinson).
- ATRIA, F., *El Derecho y la Contigencia de lo Político*, en *Doxa* 26 (2003).
- CALVO, M. (1996), *El Método Jurídico: una revisión crítica* (Madrid, Editorial Tecnos).
- COELHO, L., *La transmodernidad del Derecho*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001).
- DÍAZ, E. (1978), *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid, Editorial Taurus).
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo jurídico* (Editorial Trotta, Madrid).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2003), *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Editorial Civitas, Tomo I).
- GUZMÁN BRITO, A., *Aporías, paradojas, antinomias y dilemas en el Derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales* 45, en especial sobre el *Razonamiento Jurídico*, Valparaíso, Primer y Segundo Semestre de 2000.
- KHAN, P. (2001), *El análisis cultural del Derecho* (Barcelona, Editorial Gedisa).
- LUHMANN, N. (1983), *Fin y racionalidad de los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales* (trad. J. N. Muñiz, Madrid, Editorial Nacional).
- MANZANOS, C. (1998), *Control social e industrialización de la censura hacia una sociología*
- PEÑA, C., *Qué hacen los civilistas*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Santiago, 1993).
- SERNA, P., *La teoría del Derecho actual, panorama en un escenario de dispersión tras el agotamiento del modelo positivista* en *Revista Jurídica IUSTITIA* 11 (Tecnológico de Monterrey, octubre 2004).
- SORIANO, J. (1993), *Privatización, Desregulación y Derecho Administrativo* (Bologna, Colegio de España).
- TOBEÑAS, C. (1947), *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y Técnica operatoria en el Derecho privado positivo)*, (Editorial Reus, Madrid).

II.  
CRÓNICA JURÍDICA



## RECTIFICACIONES A UN ARTÍCULO SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Al leer el artículo *De los efectos Jurídicos que produce la técnica de reproducción asistida heteróloga. A propósito de la nueva ley de matrimonio civil* de don Hugo Cárdenas Villarreal, publicado en la Revista *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, año 5, N° 5, pp. 13-36, me he sentido en la necesidad imperiosa de hacer llegar a la misma Revista, para que se publique en un número siguiente, unas rectificaciones que me he sentido urgido a hacer.

Me parece necesario clarificar algunas opiniones ajenas que don Hugo Cárdenas Villarreal cita como parte de su argumentación en favor de la legitimidad jurídica de las técnicas de reproducción humana con aportación de gametos de un tercero extraño a la pareja que pretende devenir en padres del hijo así concebido, las llamadas técnicas reproductivas heterólogas.

Aunque no las comparto, respeto las conclusiones a las que llega el Sr. Cárdenas en su texto y no pretendo ahora refutarlas ni desarrollar argumentos en su contra.

Lo que sí merece un comentario es la forma en la que el autor invoca la autoridad de otros profesores de Derecho, pues las citas, a mi juicio, lamentablemente se prestan a equívocos. Y estas ambigüedades en materias tan delicadas no pueden dejarse pasar.

Parto con lo que a mí respecta: el Sr. Cárdenas tiene la amabilidad de citar algunos de mis trabajos sobre la materia y en general reproduce fidedignamente mis opiniones. Pero en la página 18 asienta como conclusión la afirmación siguiente: “entendemos que específicamente en lo que a este trabajo concierne (inseminación artificial heteróloga dentro del matrimonio), desde la óptica de la Lex Artis y a través del fundamento de la superación de la infertilidad en parejas unidas en matrimonio, se puede afirmar que en Chile la fertilización heteróloga es una práctica cuya admisión no presenta mayores inconvenientes”. A esta frase coloca en nota “Cfr. Diario El Mercurio, Revista del Domingo, Reportaje de Pedro Álvarez, *Nacer con ayuda*, 19 de agosto de 1990; CORRAL TALCIANI, Hernán (n. 6), pp. 6 y ss.....”. Pues bien en la nota 6 se hace una cita de un trabajo mío titulado *Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida. Comentarios después de una primera lectura*, que se atribuye a la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* pero que en verdad fue publicado en la *Gaceta Jurídica*, octubre de 1993, N° 160, pp. 26-31 (el mismo error se reproduce en la bibliografía del artículo). Pero más allá de este error de referencia, me molesta que se aluda a mi trabajo de una forma tal que un lector que no haya tenido acceso a él puede ser inducido a pensar que apoyo la conclusión ya citada, a saber, que en Chile la fertilización heteróloga es una práctica que no presenta mayores inconvenientes fundados en la Lex Artis.

Esto es una distorsión severa de mi pensamiento, como queda de manifiesto en las páginas siguientes en que el mismo Sr. Cárdenas deja claro que he sostenido y argumentado

que sí hay inconvenientes desde el punto de vista ético y jurídico para admitir este tipo de prácticas biomédicas en Chile.

Que estas se realicen de hecho en algunos centros médicos, con más o menos trabas, no es una razón atendible en pro de su moralidad o licitud jurídica.

Una segunda aclaración debo efectuar al trabajo mencionado y esta es de mayor envergadura que la anterior, porque ahora la víctima de la tergiversación es un profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica que, habiendo fallecido, no puede hacer valer sus puntos de vista por sí mismo. Me refiero al querido y recordado profesor Fernando Rozas Vial.

Aquí las citas equívocas –si no francamente erróneas– son numerosas. En primer lugar, el profesor Rozas resulta afectado también por la misma cita en apoyo a la conclusión de que la fertilización heteróloga en matrimonios no presenta mayores inconvenientes en Chile. Pero además se invoca la autoridad del profesor Rozas para apoyar la siguiente afirmación: “En conclusión, entendemos que la licitud de la inseminación artificial que se realiza utilizando los gametos sexuales de un tercero y dentro del seno de un matrimonio, ha de entenderse plenamente admitida en el ordenamiento jurídico chileno”. A esta frase conecta la nota 29 en la que se lee: “En este sentido dentro de la doctrina chilena Rozas Vial, F. (n. 18), p. 734”. Para remachar la conclusión se extrae una cita textual del trabajo del profesor Rozas que señala: “no porque algo sea inmoral debe soslayarse su reglamentación, o al menos la de sus consecuencias”, con la correspondiente cita de nota 30: Rozas Vial, F., (n. 18), p. 725).

La manipulación que el autor hace del pensamiento del profesor Rozas puede llevar a un lector no informado a entender que este ilustre académico estaba a favor de la reproducción asistida heteróloga si es practicada en el seno de un matrimonio. La situación es bien distinta y así queda claro si se lee con cuidado y honradez académica el trabajo citado del profesor Rozas, que, dicho sea de paso, fue uno de los primeros publicados sobre la materia en Chile. El artículo se titula *Problemas jurídicos y morales que plantean la inseminación artificial y la fecundación in vitro* y está publicado en la *Revista Chilena de Derecho* vol. 16, 1989, 3, p. 734. Allí el profesor Rozas, muy a su pesar, concluye de manera hipotética que sobre la base de lo dispuesto sobre donación de gametos en el Código Sanitario, su Reglamento y la Directiva Ministerial N° 1072, “habría que entender que en Chile no son ilícitas la fecundación *in vitro* ni la inseminación artificial, tanto la homóloga como la heteróloga”. Pero es claro que usa la expresión “lícita”, no en el sentido moral o de derecho natural, sino en el meramente formal de “legal” o no contrario a las reglas de derecho positivo.

Para el profesor Rozas toda reproducción heteróloga, sea la practicada dentro de un matrimonio o de una pareja no casada, es contraria no solo a la moral sino al derecho natural: o sea, es ilícita jurídicamente. En efecto, según su escrito, y después de asentar que “habría” que entender que las normas positivas permiten la técnica heteróloga, agrega “pero no todo lo legal es moral. Pensemos que a pesar de cualquiera disposición legal, la fecundación *in vitro*; la inseminación artificial heteróloga y casi siempre la homóloga; la donación o venta de espermios; los bancos de semen; su congelación, etc., son inmorales y atentan contra el derecho natural” (p. 734).

Es más, don Fernando se muestra partidario de que el legislador prohíba expresamente este tipo de técnicas: “No estamos de acuerdo con el señor Náquira solo en cuanto a que el legislador no pueda prohibir la inseminación artificial homóloga y la heteróloga. Creemos que puede prohibir tales conductas que salen del ámbito privado...” (p. 742). Incluso llega

a sostener que deberían ser castigadas penalmente: “Pensamos que deben prohibirse la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial heteróloga bajo sanción penal” (p. 747).

Como puede verse, es una injusticia seria la que el Sr. Cárdenas infiere al pensamiento y a la memoria del profesor Fernando Rozas, al mostrarlo como un exponente de la admisibilidad jurídica de las técnicas reproductivas heterólogas, cuando su posición es justamente la contraria, a saber que estas técnicas, independientemente de lo que puedan decir las reglas positivas, son ilícitas tanto en razón de su inmoralidad como de su contrariedad al derecho natural.

Tenemos la esperanza de que el autor querrá rectificar este error suyo, que queremos creer ha sido más producto de su inexperiencia que de mala fe (es alumno de un programa de doctorado) y hacer una enmienda expresa a su ensayo, que, por cierto, se ve más que menguado en su fuerza argumentativa con el uso de este tipo de recursos que debieran ser desterrados de raíz de nuestra práctica jurídico-doctrinal. Si esta nota aclaratoria, que he escrito con pesar, contribuye en algo a ese fin, junto con hacer justicia a la memoria del gran hombre y jurista que fue don Fernando Rozas, me consideraré satisfecho.

HERNÁN CORRAL TALCIANI.  
Universidad de los Andes



ACLARACIONES SOBRE EL ARTÍCULO QUE TITULÉ “*DE LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA*”, Y QUE SE PUBLICÓ EN *CORPUS IURIS REGIONIS. REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA* 5 (IQUIQUE, 2005), PP. 13-36.

Con ocasión de la publicación del artículo cuyo título aparece en la rúbrica de este escrito, el profesor Hernán Corral me envió una copia de una carta que envió a su Revista, en la que se me pide que rectifique el uso que hago de algunas citas de autores que, en su opinión, se presentan de manera ambigua, lo que no podría pasarse por alto en materias tan delicadas como aquellas sobre las que trata el artículo.

Respecto de la nota 18 de mi artículo, el profesor Corral se expresa de la siguiente manera: “me molesta que se aluda a mi trabajo de forma tal que un lector que no haya tenido acceso a él pueda ser inducido a pensar que apoya la conclusión ya citada, a saber, que en Chile la fertilización heteróloga es una práctica que no presenta mayores inconvenientes fundados en la *Lex Artis*. Esto es una distorsión severa de mi pensamiento como queda de manifiesto en las páginas siguientes en que el mismo Sr. Cárdenas deja claro que he sostenido y argumentado que sí hay inconvenientes desde el punto de vista ético y jurídico para admitir este tipo de prácticas biomédicas”.

Ante lo transcrito debe quedar claro que estuvo lejos de mi intención distorsionar el pensamiento y la imagen de tan ilustre autor; por lo que si la nota 18 de mi trabajo de alguna manera induce a ello, estoy conteste en que se tenga por no puesta. Aun así, me parece que en el cuerpo del artículo dejo claro –como el propio profesor Corral reconoce–, que mantiene una postura contraria a utilización de las técnicas de reproducción asistida heterólogas.

Aparte de lo tratado, entiende el profesor Corral, que al apoyar mi conclusión (de que en el ordenamiento jurídico chileno la licitud de la inseminación artificial heteróloga ha de entenderse plenamente admitida), con una cita del artículo del profesor Rozas, estaría también tergiversando el pensamiento de este último; pues en su trabajo –dice el profesor Corral– “el profesor Rozas, muy a su pesar, concluye de manera hipotética que sobre la base de lo dispuesto sobre donación de gametos en el Código Sanitario, su Reglamento y la Directiva Ministerial N° 1072, ‘habría que entender que en Chile no son ilícitas la fecundación *in vitro* ni la inseminación artificial, tanto la homóloga como la heteróloga’. Pero es claro que usa la expresión ‘lícita’, no en el sentido moral o de derecho natural, sino en el meramente formal de ‘legal’ o no contrario a las reglas del derecho positivo”.

Respecto de lo transcrito debo aclarar que, cuando cito al profesor Rozas Vial en la nota 29 y 30 de mi trabajo, para afirmar que las técnicas eran admitidas por el ordenamiento jurídico chileno, lo hice razonando precisamente sobre la equiparación entre orden jurídico

y derecho positivo. Al cerrar ese subapartado con la cita del profesor Rozas en la que expresa, que “no porque algo sea inmoral deba soslayarse su reglamentación, o al menos las de sus consecuencias”; lo que estaba intentando mostrar era, precisamente, mi posición moral sobre el asunto.

Ni qué decir tengo, que lamento profundamente esta situación que a nadie perjudica más que a mí; y espero haber satisfecho las inquietudes del profesor Corral. Empero, queden los textos abiertos al lector, para que tras estas aclaraciones, indague y saque sus propias conclusiones.

Hugo CÁRDENAS  
Universidad Andrés Bello







