



Revista de Derecho



Juan Carlos Ferrada Bórquez

La Administración Pública en la Estructura de Poder del Estado:
Algunas Reflexiones Iniciales

Kamel Cazor Aliste

La Reserva Legal y el Problema de la Relación Ley-Reglamento en la
Constitución Chilena

Juan Pablo Beca F.

Elecciones. Estado de Derecho y Constitucionalidad de la Ley N° 19.745

Mónica Fernández Gutiérrez

Aspectos Fundamentales del Sistema de Investigación de la Unión
Europea. Algunas Referencias al Mercosur

Rodrigo Lillo Vera

Los Derechos de los Indígenas y el Nuevo Sistema Procesal Penal

David Quintero Fuentes

Los Conceptos de Virtud y Acto Voluntario en la Ética de Aristóteles

Edison Lara Aguayo

El Aval Cambiario, una Perspectiva Jurídica Comparada

II

Diciembre
2001



Revista de Derecho



Número II
Diciembre
2001

Universidad Católica de Temuco
Escuela de Derecho
Manuel Montt N° 56 · Campus San Francisco
Fono-Fax (56 · 45) 205497
Temuco · Chile

Dirección

Rodrigo Coloma Correa

Comité Editorial

Rodrigo Coloma Correa
Jesús Escandón Alomar
Gonzalo Navarrete Villegas

Coordinación

Mónica Fernández Gutiérrez
E-mail de contacto: lmella@uct.cl

Colaboradores

Mónica Baeza Leiva
Vivianne Monsalve Cravero

Impreso en

Kolping Impresores Ltda.
Villa Alegre 896 B · Padre Las Casas · Temuco
Fono-Fax: (56-45) 317272
E-mail: kolimpreso@telsur.cl

Indice

Estudios e Investigaciones

Juan Carlos Ferrada Bórquez

La Administración Pública en la estructura del Poder del Estado. Algunas Reflexiones Iniciales 7

Kamel Cazor Aliste

La Reserva Legal y el Problema de la Relación Ley-Reglamento en la Constitución Chilena...... 25

Juan Pablo Beca F.

Elecciones, Estado de Derecho y Constitucionalidad de la Ley N° 19.745. 63

Mónica Fernández Gutiérrez

Aspectos Fundamentales del Sistema de Integración de la Unión Europea. Algunas Referencias al Mercosur. 69

Rodrigo Lillo Vera

Los Derechos de los Indígenas y el Nuevo Sistema Procesal Penal...... 87

David Quintero Fuentes

Los Conceptos de Virtud y Acto Voluntario en la Etica de Aristóteles...... 137

Edison Lara Aguayo

El Aval Cambiario, una Perspectiva Jurídica Comparada...... 157

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA ESTRUCTURA DE PODER DEL ESTADO: ALGUNAS REFLEXIONES INICIALES*

Juan Carlos Ferrada Bórquez
Abogado y Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Austral de Chile.

I. Algunas ideas preliminares

El Derecho Administrativo, como señala PAREJO¹, no es más que “el derecho de eso que llamamos Administración Pública”, es decir, de “una realidad política de bulto reconocida y regulada por los textos constitucionales”. En nuestra doctrina, AYLWIN AZOCAR y AZOCAR BRUNNER², identifican el Derecho Administrativo con la función misma que le corresponde a la Administración en el marco del poder público, señalando que es aquella “rama del Derecho Público que rige la actividad concreta y práctica que el Estado realiza para el cumplimiento inmediato y directo de sus cometidos”.

Estas definiciones, como se puede ver, parten por reconocer la presencia de dos elementos esenciales: por un lado, la existencia de un ordenamiento jurídico específico que contiene reglas de derechos y obligaciones de la Administración y del aparato administrativo, dando a reglas, conceptos e instituciones distintas del Derecho Privado, generando, lo que GARCIA DE ENTERRIA³ denomina, un derecho estatutario; por otro, el Derecho Administrativo supone siempre la presencia de un sujeto regulado esencial, la

* Este trabajo forma parte del Proyecto DID de la Universidad Austral de Chile N° S-200060, titulado “El régimen de gobierno y de administración regional después de la reforma de 1991. Las principales características que presenta y sus limitaciones estructurales”.

¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N°23, Caracas, 1984, pág.25.

² AYLWIN AZOCAR, Patricio y AZOCAR BRUNNER, Eduardo. *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile, 1996, pág. 30.

³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, 7ª ed., tomo I, págs.28 y 39-41.

Administración Pública. En el fondo, el objetivo primordial de esta rama del Derecho es regular la actividad del Estado Administrador, concibiéndolo como un sujeto obligado por el derecho y sometido a un juez, característica esta última que, como veremos, es consecuencia de la construcción del Estado de Derecho. En este punto, es preciso aclarar que al hablar de Estado Administrador, estamos haciendo referencia a lo que clásicamente MONTESQUIEU llamó “Poder Ejecutivo”, es decir, el complejo orgánico compuesto por el Gobierno y la Administración del Estado, que tiene como misión no sólo la función originaria de policía (orden y seguridad pública), sino además contribuir a las condiciones sociales que permitan el bienestar general de la población, dotando a los poderes públicos de poderes de intervención económica que hagan posible el cumplimiento de sus objetivos.

De lo expuesto queda en evidencia que no se puede entender el Derecho Administrativo sin la presencia de un sujeto destinatario esencial: la Administración Pública. Ello como consecuencia de que el Derecho Administrativo es, precisamente, el derecho propio y singular de la Administración Pública. Esto último es sin perjuicio de que la Administración Pública pueda usar normas del derecho privado de modo instrumental, pero ello ocurre sólo cuando existe una referencia específica en este sentido, y no como instrumento de integración interpretativa del derecho público. En este contexto se puede señalar que, desde la perspectiva funcional, la Administración Pública es una organización que realiza una actividad jurídica pública, que en ocasiones reclama la presencia de ciudadanos o administrados (expropiación, contratos administrativos, potestad impositiva, etc.), o que también supervisa a éstos en el cumplimiento de los mandatos legales.

Ahora bien, todo lo hasta aquí señalado parte de la base que se tiene absoluta claridad acerca de qué es concretamente la Administración Pública o Administración del Estado, desde el punto de vista organizativo, y cual es su relación con el concepto de Gobierno, aspecto central de este trabajo. Sin embargo, como veremos en las páginas siguientes, esto no es tan claro al analizar los distintos órganos que actúan en el ordenamiento jurídico público chileno, ni menos cuando se revisan los actos que realizan estos órganos, especialmente si se

considera la naturaleza eminentemente política de ciertos órganos estatales. Pero revisemos concretamente estas cuestiones.

II. Administración Pública y Poder Ejecutivo

En el derecho comparado no existen definiciones categóricas de qué debe entenderse por Administración Pública y cuáles son los elementos concretos que identifican su actividad. Así, el profesor español José Ramón PARADA⁴, siguiendo a Otto Mayer y la Ley norteamericana de Procedimientos Administrativos de 1946, conceptualiza la Administración Pública en forma negativa, señalando que forman parte de ella todas las organizaciones estatales o poderes públicos, excluidos los órganos que crean el derecho (Parlamento) y los que lo garantizan (jueces). Por su parte CASSESE⁵ señala que la Administración Pública -tomando como modelo el caso italiano- se descompone en órganos de participación o colaboración en la actividad de gobierno, de regulaciones o disciplinas de sectores, de prestaciones de medios financieros o de servicios, de actividades de recaudación, de actividades empresariales y de actividades "custodial o proprietary".

En nuestro ordenamiento jurídico administrativo tampoco existe una definición clara de qué debe entenderse por Administración Pública, aún cuando el propio texto constitucional utiliza la voz "Administración Pública" y "Administración del Estado" en diversas disposiciones (Art.3º, 24, 34, 38, 60 N°18, 62 N°4 y 103 CPR), las que, en todo caso, deben entenderse como sinónimas⁶. Esta carencia de definición antes apuntada es remediada, en parte al menos, por el Art.1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado —en adelante LOCBGAE— que entrega un

⁴ PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 9ª ed., tomo I Parte general, pág.15.

⁵ CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección Estudios, págs.40-41.

⁶ Téngase en cuenta que el Excmo. Tribunal Constitucional, cambiando la tradición jurídica vigente desde la Constitución de 1925, estableció claramente una identificación conceptual de ambas voces, fundando su decisión en un razonamiento lógico y sistemático del texto constitucional, especialmente a partir de lo dispuesto en el Art.38 CPR. Ver, en este sentido, STC 39/1986, especialmente considerando 5º.

concepto descriptivo de "Administración del Estado", señalando que ella "estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley". Esta definición ha servido de base a la Contraloría General de la República – en adelante CGR- para señalar que "el ordenamiento constitucional y legal determina expresa y claramente lo que debe entenderse por Administración del Estado o Administración Pública, la cual comprende, en forma amplia y genérica a todos los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa del Estado, quedando excluidos los órganos legislativos y jurisdiccionales. Según el mismo ordenamiento, la estructura básica de la Administración del Estado prevé como autoridad superior al Presidente de la República, quien actúa con la colaboración de los Ministerios, de los gobiernos regionales y las gobernaciones, y de los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, sean centralizados o funcional o territorialmente descentralizados y, además, contempla a las municipalidades, como corporaciones autónomas encargadas de la Administración comunal, y a otros dos órganos establecidos por la propia Carta Fundamental con carácter de autónomos que son el Banco Central y la Contraloría General de la República" (dictamen N°28091/1992).

III. Gobierno y Administración Pública

1. Algunas breves notas del derecho comparado

Hablar del Gobierno y la Administración Pública supone, en la práctica, interrogarse acerca del papel que debe asignarse al aparato administrativo en el esquema organizacional de un Estado democrático; o, en otras palabras, plantearse el problema de la distribución del poder

en el seno de la estructura pública, que es la que concentra la mayor cuota de poder dentro del Estado. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR⁷ señala que Gobierno y Administración no son conceptos precisamente organizativos, sino complejos de órganos de la estructura estatal y que se identifican con la función principal que desarrollan.

En la doctrina comparada más autorizada⁸, existe un claro reconocimiento del Gobierno y de la función gubernativa, como una función propia y específica de éste órgano constitucional. Tal identificación tiene como fundamento —en la mayoría de los casos— la asignación a este órgano de funciones de dirección política general que son la base de la actuación gubernativa. Así, en el caso español, el Art.97 de su Constitución de 1978 atribuye expresamente al Gobierno de la Nación la dirección de la política interior y exterior y la Administración civil y militar del Estado⁹. Algo similar ocurre en otros textos constitucionales de la Europa continental, como en Alemania (Art.65 Ley Fundamental de Bonn), Francia (Art.20 y 21), Italia (Art.95) y Portugal (Art.185), entre otros.

En términos generales, en todos estos textos se reconoce al Gobierno como un órgano constitucional, que asume el ejercicio de funciones directivas (en lo político), ejecutivas y normativas, todas las cuales se comprenden en la categoría más amplia de "función de gobierno"¹⁰. Esto implica que la organización

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Gobierno y Administración: una reflexión preliminar". *Documentación Administrativa* N°215, julio-septiembre 1988, págs.67-69.

⁸ Estamos tomando en consideración fundamentalmente, para estos efectos, la doctrina iuspublicista española, aunque sin duda no es la única que se ha pronunciado en este sentido. Véase, por todos, PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMENEZ-BLANCO, A. Y ORTEGA ALVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 213 y sigs. Para un estudio más detallado, ver *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*. Luciano Parejo Alfonso editor, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996. También se puede consultar en la doctrina iuspublicista italiana a MANNINO, A., *Indirizzo Politico e fiducia*, Milán, 1973 o FERRARI, G., *Corso Costituzionale di Diritto Pubblico*, Milán, 1976 y en la francesa a BELORGEY, G., *Le Gouvernement et l'Administration de la France*, Armin Cohen, París, 1980, por nombrar algunos.

⁹ El Art.97 de la Constitución Española de 1978 señala: "El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes".

¹⁰ Entendemos por "función de gobierno" —siguiendo a LOPEZ GUERRA— aquella cuya esencia es "la orientación y dirección general de la comunidad política, la fijación de objetivos y metas y la superación de las situaciones de crisis que exijan una acción inmediata". LOPEZ GUERRA,

denominada Gobierno se identifica con la función propia y preeminente que le atribuye el ordenamiento jurídico y, principalmente, como parte de ésta, la dirección política de la Nación o Estado.

En efecto, la función de dirección política, que es la que más identifica al Gobierno como órgano estatal, supone reconocer a éste "una capacidad de impulso originario, de creación, que se atribuye a un órgano y no a otro, y que puede calificarse de política en cuanto innovadora y creadora y no meramente ejecutora de mandatos de otro"¹¹. Lo anterior, no implica que esta función directiva corresponda sólo al Gobierno, sino que -como acertadamente sostiene LOPEZ GUERRA¹²- este último ostenta una posición preeminente en esta materia, que en ocasiones es complementada por otros órganos de naturaleza política¹³, los que también están afectos a la responsabilidad política correspondiente¹⁴.

Ahora bien, esta potestad directiva del Gobierno se traduce, en cuanto a su contenido material, en una plena libertad de iniciativa política, de elección entre diversas opciones que se le presentan y, en su ejecución, en una libertad de formas, respetando, claro está, el sistema de fuentes normativas que dispone el ordenamiento jurídico¹⁵. Ello se expresará, en definitiva, en normas y actos jurídicos o manifestaciones de simple valor político, las que serán el vehículo formal de la decisión en cada caso.

Esta potestad directiva, expresión principal de la función gubernamental que posee el Gobierno, también se expresa respecto de la Administración del Estado, en la medida que ésta se encuentra subordinada a aquél (actividad dirigida), como aparte

Luis. "Funciones del Gobierno y dirección política", *Documentación Administrativa*, N°215, julio-septiembre 1988, pág. 24.

¹¹ Idem, pág. 26.

¹² Idem, págs. 26 y sigs.

¹³ Nos referimos en particular a otros órganos constitucionales, como por ejemplo, el Parlamento o el propio Tribunal Constitucional. Ver, en este sentido, SAIZ ARNAIZ, Alejandro. "El Gobierno y la dirección de la política", *Revista Vasca de Administración Pública*, vol.II, N°34, septiembre-diciembre 1992, pág.190.

¹⁴ GARCIA FERNANDEZ, Javier. *El Gobierno en acción*, Centro de Estudios Constitucionales, N°57, Madrid, 1995, págs. 139-144.

¹⁵ Idem, págs. 192-193.

burocrático instrumental para llevar a cabo sus decisiones políticas¹⁶. Esto se concreta a través de actos que garanticen la comunicación y transmisión de directrices para su ejecución administrativa con criterios homogéneos, organicen internamente su funcionamiento conforme a la ley, aseguren los medios materiales para la realización del programa gubernamental o, por último, provean la designación del personal político y político-administrativo necesario para el cumplimiento de esa labor directiva¹⁷.

Por el contrario, la Administración del Estado —como complejo orgánico y funcional— adquiere una fisonomía distinta y separada del Gobierno. Lo anterior, no implica, por cierto, establecer una separación tajante y absoluta entre ambas, sino que conceptualizar éstas como funciones preeminentes asociadas al órgano, sin perjuicio que puedan desarrollar funciones administrativas gubernativas o administrativas, órganos que no tienen estrictamente este carácter¹⁸. Así, será frecuente que el Gobierno desarrolle una función administrativa de ejecución, lo que no es incompatible con su carácter de órgano principalmente de dirección política. Lo mismo ocurre con ciertas funciones jurisdiccionales que ejercen los parlamentos (en el caso chileno, el denominado “juicio político”), o las funciones normativas (legislativas, en último término) que desarrollan por habilitación legal expresa los tribunales superiores de justicia (autos acordados, en nuestro caso).

Ahora bien, sin embargo, esta misma doctrina no ha llegado a una definición precisa de la Administración del Estado y la función administrativa en el marco de la estructura de poder del Estado, sino sólo ha ido identificando progresivamente algunos elementos que permitan construir un concepto positivo de “función administrativa”¹⁹. Así, para GIANNINI²⁰, la función administrativa

¹⁶ PAREJO ALFONSO, L. et alli. *Manual de Derecho Administrativo*, ob.cit., págs. 46-47. Para un estudio más detallado de esta materia, ver JIMENEZ ASENSIO, Rafael. “La dirección de la Administración pública como función de Gobierno”, *Revista Vasca de Administración Pública*, vol.II, N°34, septiembre-diciembre 1992.

¹⁷ GARCIA FERNANDEZ, J. *El Gobierno en acción*, ob.cit., págs. 211-212.

¹⁸ Ver, en este sentido, PARADA VASQUEZ, R. *Derecho Administrativo*, ob.cit., págs.14 y sigs.

¹⁹ Véase al respecto, PAREJO ALFONSO, L. *El concepto del Derecho Administrativo*, ob.cit., págs. 71 y sigs.

constituye una actividad compleja que se relaciona, en cuanto al sujeto activo, con la organización que desarrolla esta actividad y, en cuanto a su contenido, con la tutela concreta de intereses públicos.

En este contexto, la referida función se diferencia sustancialmente de otras encomendadas a diversos órganos estatales, las que tienen como característica específica la creación del derecho o su garantía²¹. De este modo la función administrativa es definida por exclusión (concepto negativo del propio órgano), es decir, como aquella función que, tutelando intereses públicos, no crea ni garantiza derechos, ya que estos últimos cometidos están entregados dentro de un Estado democrático de derecho al parlamento y a los tribunales de justicia.

De ello se concluye que, si bien la función administrativa es difícil de conceptualizar positivamente, ella presenta ciertas características definidas que permiten identificarla, las cuales tienen relación más con la organización que la realiza que con el contenido material de las mismas²². En este sentido, la función administrativa es realizada preferentemente por órganos integrados en el complejo denominado "Administración Pública", la que constituye una organización finalista, cuyo objeto es servir a la comunidad, satisfaciendo las necesidades públicas concretas definidas por la norma, con objetividad y plenamente sometida al Derecho²³.

Ahora bien, el contenido de esta función administrativa ha ido variando a través del tiempo, lo que ha estado determinado principalmente por el modelo de Estado —desde la perspectiva económica y social— que se ha querido construir. Así, la función administrativa en el denominado Estado social, construido en la Europa continental principalmente después de la segunda guerra mundial, tiene alcances muy distintos de la mera conservación del orden público y la seguridad interior y la defensa exterior, relacionándose más bien con la configuración del orden social y la

²⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1991, págs.100 y sigs.

²¹ PARADA, R. *Derecho Administrativo*, ob.cit., págs. 14-15.

²² Por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*, ob.cit, págs. 28-32.

prestación de bienes vitales para los ciudadanos²⁴. De este modo, la Administración Pública en el Estado social tiene “funciones administrativas” de distinto signo del que tenía en el antiguo Estado liberal decimonónico, utilizando para ello nuevas formas de acción administrativa, asumiendo la Administración una mayor diversidad y heterogeneidad de posiciones jurídicas con respecto a los ciudadanos²⁵.

Este cambio en la función administrativa se explica no tanto por un cambio en la organización administrativa propiamente tal —que también—, sino por los nuevos fines o intereses generales que ha asumido el Estado en su conjunto. En este sentido, las nuevas formas de organización administrativa, los renovados instrumentos y medios de intervención de que se les dota y los nuevos términos que alcanzan las actuaciones administrativas para cumplir sus tareas, se derivan de esta nueva “misión institucional” encomendada, poniéndola así en posición de responder a los requerimientos que le impone el ordenamiento²⁶.

2. El planteamiento de la doctrina nacional

En nuestro caso, como ya se señaló, la doctrina mayoritaria no ha logrado conceptualizar claramente al Gobierno y la Administración del Estado como órganos diferenciados, así como definir las funciones que le corresponden a cada uno de estos órganos. Aún más, se ha sostenido por mucho tiempo que en nuestro ordenamiento jurídico existiría una cierta sinonimia entre las funciones de “gobierno y administración”, lo que impediría distinguir ambas tareas y, obviamente, los órganos que las encarnan, más aún cuando ambas están encomendadas, en el ámbito nacional, al mismo

²³ PAREJO A., L. et alli, *Manual de Derecho Administrativo*, ob.cit., págs. 45-46.

²⁴ Idem, págs. 12 y sigs.

²⁵ Idem, págs. 16-17.

²⁶ PAREJO A., L. *El concepto del Derecho Administrativo*, ob.cit., págs. 268-269.

órgano, el Presidente de la República (Art.24 CPR)²⁷. Esto último lleva a algunos²⁸ a sostener una identificación absoluta entre ambos vocablos, señalando que la voz "Gobierno" está referida al conjunto de órganos vinculados con el Presidente de la República, sea que éstos realicen funciones políticas, administrativas o ejecutivas. En este sentido, formarían parte del concepto "gobierno", todos los órganos relacionados con el Jefe del Estado y del Gobierno, esto es, Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos creados para la función administrativa, incluidas, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las empresas públicas creadas por ley, el Consejo Nacional de Televisión, los gobiernos regionales, los consejos regionales y las secretarías regionales ministeriales. Sólo se excluirían de esta mención, los órganos constitucionalmente autónomos, es decir, las Municipalidades, el Banco Central de Chile y la Contraloría General de la República, en cuanto su propio estatuto de autonomía y su regulación en un capítulo distinto de la Constitución, haría imposible su asimilación a aquélla²⁹.

Sin embargo, otros autores³⁰, inspirándose en un clásico del Derecho Constitucional chileno³¹, han aceptando -parcialmente al menos- la existencia de una diferencia material entre gobierno y administración como funciones generales distintas atribuidas a la organización estatal y, por lo mismo, asumidas por órganos distintos

²⁷ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961, tomo I, pág. 339 y II, pág. 224, respectivamente. En el mismo sentido, PRECHT PIZARRO, Jorge. "Gobierno y Administración en la Constitución de 1980 (Acepciones y radicación orgánica). *Gaceta Jurídica* N°67, págs.13 y sigs.

²⁸ Ver, en este sentido, FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Angel. "Qué es 'Gobierno' según la Constitución". *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N°202, año LXV, julio-diciembre 1997, págs. 85-91.

²⁹ Idem, págs. 86-87. Este autor lo que hace es entender Gobierno y Administración como una sola entidad orgánica, considerando como órganos que forman parte de ésta, a todos los señalados en el Art.1° LOCBGAE.

³⁰ Por todos, PANTOJA BAUZA, Rolando. *Bases Generales de la Administración del Estado*, Ediar Conosur Ltda, Santiago, 1986, págs. 23-26.

³¹ Nos referimos a don Jorge Hunneus, que en su obra "La Constitución ante el Congreso". siguiendo a Block señalaba: "No es improbable que la Constitución (se refiere a la Constitución de 1833, aunque vale perfectamente para la Constitución de 1980) siguiendo un error tan vulgar que en él incurre aún en el excelente libro que sirve de texto para la enseñanza del Derecho Administrativo en nuestra Universidad, haya considerado como sinónimas o equivalentes las palabras *gobierno y administración*. Sin embargo, la verdad es que ambas significan ideas perfectamente distintas, como muy bien lo explica Block". HUNNEUS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1891, tomo II, pág. 6.

habilitados al efecto. Así señalan que en virtud de la primera -función gubernativa-, al Presidente le cabe un papel central en la adopción de las decisiones políticas fundamentales del Estado, fijando las políticas, dictando las normas y controlando su grado de cumplimiento³². En cambio, la función administrativa, estaría referida más a la puesta en marcha de esas decisiones políticas fundamentales, aplicando las normas dictadas al efecto³³.

En este mismo sentido, OELCKERS³⁴ define la actividad de gobierno -por contraposición a la actividad administrativa- "como aquella vinculada a las decisiones más relevantes en la conducción del aparato público; constituye así una labor de dirección", caracterizando esta función por su autonomía, libertad de acción, discrecionalidad, exención del control jurisdiccional y responsabilidad política por sus cometidos. De este modo, aunque el Presidente de la República es el titular de ambas funciones -en el ámbito nacional- y, además, expresa de la misma forma sus actuaciones jurídicas -decretos supremos- ello no implicaría una identificación conceptual entre las mismas³⁵.

La jurisprudencia constitucional³⁶ ha asumido parcialmente la doctrina antes expuesta, señalando que una de las principales facultades entregadas al Gobierno es la definición de las políticas nacionales sectoriales, las cuales deberán llevar adelante los órganos administrativos competentes en cada caso.

³² En este mismo sentido, HUNNEUS concluía, siguiendo a BLOCK que el "gobierno comprende la *dirección* superior de los intereses generales del Estado, tanto en el interior como en el exterior; a la *administración* corresponde el *cumplimiento* regular de los servicios públicos destinados a concurrir a la ejecución del pensamiento del Gobierno y a la aplicación de las Leyes de interés general. El *gobierno* representa la *voluntad*; la *administración*, la *acción*. *Gobernar* es *dirigir*, *impulsar*; *administrar*, es *obrar*, *ejecutar*. La misión de gobierno supone más *inteligencia* que *actividad*; la de administración supone más esto último que aquello". Idem, pág. 6.

³³ PANTOJA BAUZA, Rolando. *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 134.

³⁴ OELCKERS CAMUS, Osvaldo. "Descentralización administrativa y regionalización", en *Revista Chilena de Derecho*. vol.24, N°2, pág. 355.

³⁵ CEA EGAÑA, José Luis. "Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno", *Gaceta Jurídica*, N°137, noviembre 1991, págs. 13 y sigs.

³⁶ Entre otras, STC 78/1989 y 155/1992.

En este contexto, algún sector de nuestra doctrina³⁷ hace un esfuerzo por reconstruir ambos conceptos, principalmente a partir de la reforma constitucional de 1991 (Ley 19.097) que, como sabemos, separó orgánica y funcionalmente ambas funciones. Así OELCKERS³⁸ señala que la actividad administrativa consiste justamente en la ejecución de las decisiones adoptadas en el ejercicio de la competencia de gobierno y cuyas características principales serían el constituir una actividad de acción, de gestión y servicio en vistas del interés público, sometida para ello a los controles jurídicos que dispone el ordenamiento. Lo anterior es coincidente con lo expresado por las Comisiones Unidas del Senado, al señalar que "la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos"³⁹.

Ahora bien, desde el punto de vista del contenido de la función administrativa, la doctrina nacional concluye que -al igual que en la doctrina comparada- ello está en directa relación con el modelo de Estado definido por el constituyente. Así, en el Estado liberal decimonónico, y bajo el influjo de la Constitución de 1833, la función administrativa se reducía a una actividad meramente ejecutiva de la ley, vinculada fundamentalmente a la conservación del orden público y la seguridad interior y exterior de la República. En cambio, a contar de la entrada en vigor de la Constitución de 1925, recogiendo de algún modo los planteamientos de la escuela social y existencial, la función administrativa se traduce en la prestación de servicios públicos y, posteriormente, en la actividad orientada por la preocupación por la existencia vital de las personas⁴⁰.

³⁷ Ver, en este sentido, PANTOJA, R. *El Derecho Administrativo*, ob.cit., págs. 122 y sigs. y OELCKERS, O. "Descentralización administrativa y regionalización", ob.cit., págs. 355-356.

³⁸ Idem, pág. 355.

³⁹ Diario de Sesiones del Senado, sesión 23ª, 6 de agosto de 1991.

⁴⁰ Ver, en este sentido, PANTOJA, R. *El Derecho Administrativo. Concepto...*, ob.cit., págs. 64 y sigs y 122-123; y, del mismo autor, *El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 73 y sigs.

Si bien la Constitución de 1980 volvió -según señala PANTOJA⁴¹- a una concepción administrativa individualista, lo que se expresa en una restricción del contenido de la función administrativa a la mera ejecución de las leyes, limitada a la conservación del orden público y la seguridad externa, la reforma constitucional de 1991 (Ley 19.097) otorgó una concepción más amplia a la función administrativa, que aunque siguió vinculada a la aplicación de las normas legales, la relacionó con objetivos generales del poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos⁴². En este sentido, la Administración Pública y, por consecuencia, la función administrativa, se entiende como una "organización para el desarrollo"⁴³, asumiendo la responsabilidad de mejorar la calidad de vida de los habitantes de la República, a través de políticas, planes, programas y acciones de desarrollo social, cultural y económico, nacionales, regionales y locales (Art.3 LOCBGAE)⁴⁴.

3. La Administración Pública y el Gobierno en el ordenamiento jurídico chileno

En el plano normativo, la Constitución Política de 1980 establece en su Art.24 que "el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado". Dicha disposición deja establecido, en consecuencia, que el Presidente de la República tiene dos funciones generales: la función de gobierno y la función administrativa. Ambas constituyen funciones o subfunciones distintas y separadas, que dan incluso lugar a actos jurídicos de naturaleza diferente y sometidos a reglas propias⁴⁵. En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha diferenciado la

⁴¹ PANTOJA, R., *El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*, ob.cit., págs. 161 y sigs.

⁴² Ver, en este sentido, lo señalado en el Art.100 CPR, al establecer como objeto principal del Gobierno regional -órgano encargado de la Administración superior de la región-, el desarrollo social, cultural y económico de la región.

⁴³ PANTOJA BAUZA, Rolando. *La organización administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, págs. 366 y sigs.

⁴⁴ PANTOJA, R., *El Derecho Administrativo. Concepto...*, ob.cit., pág. 134.

⁴⁵ CEA EGAÑA, J.L. "Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno", ob.cit., págs. 13 y sigs.

función de gobierno y la de administración que desempeña el Presidente de la República de acuerdo a lo dispuesto en el Art.24 CPR, conceptualizando la primera como aquella que le permite ser "el encargado del gobierno de la Nación, y, en consecuencia, le compete la dirección superior de los intereses generales de ésta, y su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República"⁴⁶. Ello permite al propio Tribunal dar una fisonomía propia a la función gubernativa, distinguiéndola de la función administrativa, aunque reconociendo que ambas debe ejercerlas el Jefe del Estado, dentro del marco de la Constitución y las leyes⁴⁷.

Lo anterior es corroborado en el plano infraconstitucional por la LOCBGAE y el DFL 7.912/1927, al disponer que "el gobierno y la administración del Estado" lo ejerce el Presidente de la República, con la colaboración de los Ministerios y demás órganos que establezcan la Constitución y las leyes (Art.1º y 19 LOCBGAE y 1º DFL 7.912/1927, respectivamente). Ello no hace más que confirmar el criterio distintivo del constituyente, en el sentido de reconocer la bifuncionalidad en nuestro ordenamiento jurídico del órgano presidencial y de sus más inmediatos y directos colaboradores (los Ministros), los que cumplen funciones de gobierno y administración estatal, definiendo las políticas y planes correspondientes y velando -en el caso de estos últimos- por su cumplimiento y aplicación⁴⁸.

Todo lo expuesto ha venido a ser confirmado por el constituyente en la reforma constitucional de 1991 a que ya se ha hecho referencia (Ley 19.097), al separar la función de gobierno y de administración no sólo en términos funcionales, sino que también orgánicos. En efecto, la primera de estas funciones -función de gobierno- ha sido encomendada al intendente, funcionario de la

⁴⁶ STC 78/1989, considerando 9º.

⁴⁷ STC 78/1989, considerando 11º.

⁴⁸ En términos similares se expresa don Arturo Aylwin al señalar que en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, "la Administración tiene un carácter esencialmente instrumental respecto del Gobierno". AYLWIN AZOCAR, Arturo. "Principios de la Ley Orgánica de la Administración del Estado y pautas para el análisis de su título I", *Revista Chilena de Derecho*, vol.16, N°2, junio-agosto 1989, pág.396.

exclusiva confianza del Presidente de la República y en quien reside el gobierno de cada región. Por otro lado, la función de administración de la región, se le atribuye al gobierno regional, órgano descentralizado de la Administración del Estado, por tanto, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio (Art.100 CPR).

Con esta última reforma -como señala PANTOJA BAUZA⁴⁹- se ha confirmado que, para el constituyente de 1991, el gobierno es una función específica dentro del Estado, la que se encuentra radicada en el Presidente de la República y sus colaboradores directos e inmediatos, y cuyo contenido se relaciona con la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República. En este sentido, la propia Comisión de gobierno interior del Senado señaló expresamente que la función de Gobierno "implica la potestad de tomar decisión y es, por tanto, una facultad de imperio. Es comprensiva, también, de todo cuanto tienda a la preservación del orden público y la conservación de la seguridad interna y externa. Finalmente, es característica de la potestad gubernativa la de poder adoptar resoluciones discrecionales"⁵⁰.

En este contexto, VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA⁵¹ -siguiendo la doctrina chilena y comparada mayoritaria- señalan que, en términos generales- "la función gubernamental trata de fijar las grandes directivas en la orientación política, en dirigir a la Nación por un camino determinado. Trazadas estas grandes líneas políticas, deben ponerse en ejecución para la satisfacción de las necesidades generales". Ello permite identificar esta función estatal con una gran variedad de atribuciones, entre otras, las distintas atribuciones gubernamentales especiales que tiene el Presidente de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el Art.32 CPR, además de las establecidas en otras disposiciones de la propia

⁴⁹ PANTOJA BAUZA, R. *El Derecho Administrativo*, ob.cit., pág. 127.

⁵⁰ VARAS ALFONSO, Paulino y MOHOR ABUAUAD, Salvador. *Reforma regional, provincial y municipal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 40.

⁵¹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 65.

Carta Fundamental⁵². En concreto, la doctrina distingue, sobre la base de la enumeración que realiza el Art.32 CPR antes citado, entre atribuciones gubernamentales de naturaleza política (numerales 4º, 6º y 7º), internacional (Nºs 10 y 17), militar (Nºs 18, 19, 20 y 21) y financiera (Nº 22). Todas ellas tienen en común que suponen adoptar decisiones políticas directivas, las que fijan el rumbo de la política interior y exterior del Estado y hacen responsable políticamente al Presidente de la República de las consecuencias que se generan.

Asimismo, el ejercicio de la función administrativa en Chile, en el ámbito nacional, está confiada al Presidente de la República (Art.24 CPR), quien desarrolla esta función, en primer lugar, con la colaboración de los Ministros de Estado (Art.33 CPR). Estos, en calidad de jefe inmediato de todos los servicios y funcionarios públicos dependientes de su Ministerio (Art.13 DFL 7.912/1927), tienen la responsabilidad de conducir cada uno de aquellos, en conformidad con las políticas e instrucciones que el primer mandatario señale (Art.19 y 20 LOCBGAE). A lo anterior se añaden las tareas que desarrollan las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la *función administrativa* (Art.1º LOCBGAE).

Todos estos órganos administrativos están encargados, precisamente, de satisfacer necesidades públicas de manera continua y permanente (Art.3 y 25 LOCBGAE), para lo cual deberán seguir las políticas, planes, programas y/o instrucciones que imparta el Presidente de la República y sus Ministros de Estado, velando por su aplicación y fiscalizando su ejecución (Art.19, 20 y 25 LOCBGAE). De este modo, los órganos administrativos llevan a cabo las políticas generales definidas por el Gobierno (Presidente de la República en colaboración con sus Ministros), aplicando las directrices fijadas por éste y supervisando el cumplimiento de las mismas.

⁵² Idem, págs. 36-37.

IV. Conclusiones

En suma, de lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

1. La Administración Pública es un complejo orgánico que se inserta dentro del concepto clásico de “poder ejecutivo”, aunque no lo abarca en su totalidad.
2. En el ordenamiento jurídico chileno está reconocida la distinción que ha hecho la doctrina comparada y parte de la doctrina nacional entre Gobierno y Administración del Estado, tanto desde una perspectiva orgánica como funcional.
3. El Gobierno y la función que le es propia –la dirección política-, se caracteriza por la naturaleza política de las decisiones que adopta, lo que supone el reconocimiento de un ámbito de acción propio y específico a este órgano, que no puede ser subsumido bajo la figura de la función administrativa.
4. En el ordenamiento jurídico nacional aparece reconocida la función administrativa, asociando la misma, con las potestades desarrolladas por los órganos y servicios públicos creados para ese efecto, los que desarrollarán su actividad bajo las políticas, planes y programas definidos por el Presidente de la República y sus Ministros.
5. La función administrativa queda caracterizada como una función ejecutiva, que pone en marcha las decisiones políticas del Gobierno, sirviendo a la comunidad y satisfaciendo sus necesidades públicas, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

LA RESERVA LEGAL Y EL PROBLEMA DE LA RELACION LEY-REGLAMENTO EN LA CONSTITUCION CHILENA.

Kamel Cazor Aliste

Abogado, Doctor en Derecho.

Profesor de Derecho

Político e Internacional Público, Facultad de Derecho,

Universidad Austral de Chile.

1. Breve referencia a la técnica de la reserva de ley en el constitucionalismo contemporáneo

En la actualidad, al desaparecer el principio monárquico, se mantiene como única fuente de legitimidad el *principio democrático*, que reconoce la primacía de la ley dentro de su estructura.

Existe unanimidad doctrinal a la hora de afirmar que la reserva de ley se ha interpretado conforme a dos modelos teóricos¹. De una parte, el sistema de *tradición jacobina* se construye con la vista puesta en la esencialidad del Parlamento como fuente *monista* de legitimidad y, a su través, en la entidad de la ley como *norma primaria*. De este modo, pues, la ley está en el origen de todo el sistema normativo, es decir, opera como premisa constitucionalmente exigida. Según ello, como señala A. GARRORENA, “la ley no se identifica por su referencia a una materia o contenido concreto (entre otras cosas porque no existen espacios o zonas materiales libres de ley) cuanto por su cualidad como técnica formal, es decir, como instrumento que formaliza las

¹ Para J. A. SANTAMARIA PASTOR en el siglo XVIII los fundamentos de la potestad reglamentaria se encuentran en Francia y Alemania. Los franceses, señala, que vivían un proceso revolucionario contrario a la monarquía, en un primer momento suprimieron la potestad reglamentaria por sus orígenes monárquicos, pero luego, y una vez establecido el nuevo régimen, utilizan esta potestad de una manera subordinada a la supremacía de la ley, en un sistema *vertical*. Por otro lado, prosigue este autor, en Alemania que vivía dentro de un proceso de monarquía limitada, al contrario de los países con sistema liberal, aplican una *horizontalidad* en la relación ley-reglamento: ley y reglamento no son, pues, normas de distinto rango formal, enlazadas por una relación jerárquica, sino tipos normativos que operan en campos materiales distintos (vid *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 696-701).

determinaciones primeras -coherentemente parlamentarias, reservadas "in toto" a la supremacía del Parlamento- en cualquier zona de la vida social".²

En síntesis, se sitúa una convicción bastante profunda sobre el imperio de la ley y la supremacía del Parlamento. Por esta razón la articulación entre ley y reglamento se fundamenta en la *vinculación positiva*. Lo que trae como consecuencia un total sometimiento del Ejecutivo al imperio de la ley, excluyéndose, de este modo, el ejercicio de poderes discrecionales y la posibilidad de dictar reglamentos independientes.³ Además, en esta construcción del "Estado legislador" puesta en marcha por la Revolución Francesa⁴, la identificación de la ley con el Derecho conduce necesariamente a la supresión de toda jerarquía en el interior del ordenamiento jurídico, es decir, la diferenciación de las normas que lo componen es más semántica que real. Por ello, como indica F. CAAMAÑO DOMINGUEZ, es particularmente relevante, más allá del *autocontrol* de la propia Administración, que los reglamentos ilegales, como productos normativos de ésta, no estaban sujetos a sanción. Excluyéndose, por ende, cualquier tipo de control (salvo la llamada "justicia retenida" que se encontraba en el propio seno de la Administración), por cuanto todo se fundamentaba en el principio *juger l'Administration c'est encore administrer*.⁵

A su vez, el *sistema germánico* de doble soberanía, del siglo XIX, basado en un principio democrático y en un principio monárquico, plantea también doctrinariamente el tema de la reserva de ley: en este sistema la relación entre ley y reglamento se articulaba sobre el principio de legalidad, pero en forma particular, con un régimen de *vinculación negativa*, esto es, existía la supremacía de la ley del

² El lugar de la Ley en la Constitución española. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980. págs. 22 y 23.

³ Ibidem, pág. 24.

⁴ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981, pág. 4.

⁵ Vid. *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 38.

Parlamento sobre el reglamento expedido por el Monarca, pero en los temas no regulados en la ley, el Monarca podía desplegar toda su capacidad normadora. La ley es norma superior y prioritaria sobre el reglamento, pero éste puede regular todos los aspectos en donde no haya actuado la ley. La dinámica estatal, en la práctica, favorecía la preeminencia del poder reglamentario del Monarca. Por esta razón se complementa el sistema de doble soberanía con el *principio de materias reservadas a la ley*; ciertas materias especialmente importantes son reservadas al procedimiento legislativo y sólo el Parlamento mediante ley puede regularlas.⁶

En el planteamiento general actual, el Derecho positivo se ha bifurcado en dos direcciones diferentes. En el caso del *Derecho francés*, el legislador sólo puede intervenir en las materias que se encuentran establecidas en la Constitución, así la reserva se presenta como un medio que limita la supremacía de la ley al repartir las competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo. En el *Derecho alemán*, a su vez, el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia, por lo que la reserva al contrario es un medio de protección de la supremacía de la ley.⁷ El primer caso plantea qué medidas normativas puede tomar el Ejecutivo y cuáles el Parlamento, limitando la primacía de la ley, mientras que en el segundo la reserva es un medio de protección de la supremacía de la ley.

Con el tiempo, se ha producido un *cruce de sistemas*. Así la Constitución francesa de la Vª República ha llegado a una concepción germánica clásica de la ley⁸, al tiempo que la Constitución alemana de

⁶ Vid. A. GARRORENA. *El lugar de la Ley en la Constitución española*, op. cit., págs. 26-32.

⁷ Vid. R. GARCIA MACHO. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 15.

⁸ Sin embargo, como bien señala J. MATIA PORTILLA: "La reserva de ley no se conecta hoy, como en el dualismo germánico, con un reparto de funciones entre el legislador y el gobierno; en la actualidad se concibe como una garantía de las minorías. Esta es la principal justificación -prosigue- (junto con el aseguramiento del principio democrático y el mayor valor que la ley presenta desde la óptica del principio de seguridad jurídica) de una institución como la reserva de ley, que implica que el legislador debe abordar personalmente la regulación de las materias, sin que pueda dejarla en manos del Gobierno" (Estudio que sirve de comentario a la reseña bibliográfica del libro de J. Tremeau: *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 55, enero-abril de 1999, pág. 372).

Bonn, aunque con otros matices, está mas cerca del sistema jacobino francés.⁹

En este sentido el *Derecho español*, más cercano al caso alemán actual, aplica el principio de supremacía de la ley sobre las demás fuentes del Derecho, y el efecto de la reserva es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en las materias reservadas. Según R. GARCIA MACHO: “En la Constitución española se reconocen dos tipos de reservas: la reserva ordinaria establecida en el artículo 53.1, pero también deducible del 53.3, aparte de las reservas concretas recogidas en diversos artículos de la Constitución, y la reserva orgánica, contemplada en el artículo 81.1”.¹⁰

No obstante la claridad del enunciado constitucional, la doctrina no se ha puesto de acuerdo en relación al carácter de la reserva. Así por ejemplo, para I. DE OTTO en el ordenamiento constitucional español existen numerosas reservas concretas, salvo la reserva de ley en favor de los derechos fundamentales (art. 53.1), por lo que habría que excluir la existencia de una reserva general.¹¹ Al contrario, E. GARCIA DE ENTERRIA señala que de las numerosas reservas de ley se desprende una reserva general en las materias de contenidos más relevantes del ordenamiento.¹² Además de estas dos posturas doctrinales se da lugar, en el primer caso, a la existencia de *reglamentos independientes*, y en el segundo se excluye totalmente dicha posibilidad. Los fundamentos de esta importante conclusión serán abordados más adelante con el tratamiento particular de los reglamentos independientes o autónomos.

⁹ Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., págs. 196-198.

¹⁰ *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, op. cit., pág. 17.

¹¹ Vid. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1998 (6ª reimpresión), págs. 151-156.

¹² Vid. *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 239-241.

A su vez, J. A. SANTAMARIA PASTOR parte analizando el concepto de ley en España, y dice que no es otra cosa que el conjunto de normas a las que la Constitución Española denomina como tales o atribuye rango o fuerza de ley.¹³ En este sentido, señala, la Constitución mantiene una posición ambigua respecto al instituto de la reserva de ley, por cuanto no define mediante fórmulas generales el dominio natural de la ley; ni tampoco hay en ella una enumeración específica de las materias que le están reservadas. Sin embargo, según el autor, numerosos preceptos permiten a la ley regular ciertas materias.¹⁴ Por esta razón, concluye señalando: *“Hay, en efecto, en nuestro sistema normativo, una reserva general de ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitado en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos; una reserva que se deriva del derecho fundamental al ‘libre desarrollo de la personalidad’ que el art. 10.1 CE consagra.* Esta expresión no es una invocación elegante y vacía, ni una profesión de fe en la filosofía personalista: es una transcripción literal del artículo 2º 1 de la Ley Fundamental de Bonn que expresa en lenguaje moderno la clásica reserva general sobre todo lo que afecte a la ‘libertad y propiedad’ de los ciudadanos”.¹⁵ De este modo, para J. A. SANTAMARIA PASTOR, en el sistema español la reserva constitucional de una materia a la ley, supone que queda en dicha materia excluida por completo la posibilidad de reglamentos independientes; pero, cabe la colaboración del reglamento en las materias reservadas, siempre que una ley previa la regule.¹⁶

Todo lo explicado hasta ahora refleja claramente que, en los sistemas constitucionales existentes, se encuentra implícita la tradicional dicotomía ley y reglamento, una de las manifestaciones fundamentales de la potestad normativa del Estado, cuyo estudio ha ido desarrollando la lucha político-institucional de los siglos XIX y XX.

¹³ *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 554.

¹⁴ *Ibidem*, págs. 776 y 777.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 781 (la cursiva está en el texto original).

¹⁶ *Ibidem*, pág. 783.

La doctrina aclara el fenómeno desde dos perspectivas muy distintas. Por una parte, se establece una clara separación entre ley y reglamento, asignándole a aquélla el carácter supremo en la creación del Derecho, cuyo fundamento arranca de su legitimación en la voluntad general; y, a su vez, el reglamento, como producto de la potestad administrativa, no expresa la hipótesis de la voluntad de la comunidad, al presentar a la Administración como un mero gestor u organización servicial.¹⁷

Por otro lado, se plantea el rompimiento del dualismo tradicional entre ley y reglamento, y se presenta al Gobierno como un actor legitimado, portador del liderazgo político, y la Administración pública, realizadora de esa política; es decir, se presenta al Ejecutivo como un ente con legitimidad propia, desvelando el manto de sospecha que recaía sobre él, especialmente durante el siglo XIX.¹⁸

De acuerdo al contexto del presente estudio, en principio no se puede sino adherir al segundo de estos postulados, que se acercaría de mejor manera al fundamento y origen de las disposiciones constitucionales chilenas. Hecho que encuentra su sustento, entre otras circunstancias, en la fuente dualista de legitimidad tanto del Ejecutivo como del Legislativo.

De esta manera, las *formas clásicas de gobierno* son una ayuda importante en el momento de establecer el modo en que se fundamenta la potestad reglamentaria, y, sin duda, de una gran relevancia a la hora de determinar su régimen jurídico y la relación entre

¹⁷ Suscribe esta tesis dentro de la llamada doctrina tradicional el profesor E. GARCIA DE ENTERRIA, para quien la representación política se reduce al Poder Legislativo, calificando al Ejecutivo como un mero gestor. En efecto señala: "La Ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma(...)" (*Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit., pág. 167).

¹⁸ En este sentido A. GALLEGO ANABITARTE presenta la época actual, como aquella donde la sociedad política Estado ha dejado de articularse dualísticamente como en el siglo XIX. Sobre el particular indica: "ya no hay *socialmente*, y por lo tanto, política y jurídicamente, razón a un *enfrentamiento* legislativo-ejecutivo, Ley-Administración". Y concluye expresando, que difícilmente esta época es la de la *fe en la ley* (*Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pág. 349).

el reglamento y la ley. En este sentido cabe hacer una breve mención de ellas.

Por una parte la forma *presidencialista* otorga al Presidente y al Congreso fuentes dualistas, originarias e independientes de legitimidad, donde el Jefe del Estado y el Congreso se transforman en los puntos de arranque de todo el desenvolvimiento institucional, con la toma de las decisiones políticas fundamentales.¹⁹ Por esta razón, aquí es lógico dar cabida no sólo a un papel legitimador de la ley como "presupuesto" necesario, sino también como un "límite" que determine un margen de acción más discrecional de parte del órgano Ejecutivo legitimado directamente por el pueblo. De este modo la Administración se presenta con un poder inherente que es la potestad reglamentaria, positivamente concebida desde la óptica del Estado de Derecho.

Por otro lado, en el sistema *parlamentario* donde la legitimidad monista del Parlamento -sistemas parlamentarios, racionalizados o no-, lo transforman en único órgano dotado de respaldo electoral directo, como punto de arranque de todo posterior desenvolvimiento institucional y la ley, obra del Parlamento, no es sólo "límite" sino, antes bien, principio y fundamento, "presupuesto" legitimador de la actuación de los demás poderes. Conforme a ello, el principio de legalidad es principio de vinculación positiva, de tal modo que los demás poderes del Estado sólo pueden obrar con el respaldo de una previa base legal.²⁰

En consecuencia según sea la forma de gobierno el papel "legitimador" de la ley es mayor o menor, ya sea que provenga de un sistema *monista* -que legitima a los demás poderes del Estado, especialmente al Ejecutivo- o *dualista* -donde la vinculación positiva de la ley se atenúa, especialmente frente al Ejecutivo que posee legitimidad

¹⁹ Para L. LOPEZ GUERRA el principio democrático ha venido a monopolizar la legitimidad de todos los poderes del Estado. Y señala que, <<la división de poderes del Estado constitucional, antes basada en una distinta legitimación de cada uno de ellos, se ha convertido en un reparto de las competencias del Estado entre órganos fundados en una misma legitimación>> ("Función del Gobierno y dirección política", en *Documentación Administrativa*, núm 215, julio-septiembre de 1988, pág. 19).

²⁰ Vid. GARRORENA, A. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., págs. 186 y 187.

propia, que no sólo proviene de la norma legal, sino que, además, directamente del pueblo.²¹

El modelo dualista reseñado potencia el establecimiento de dos poderes normativos autónomos e independientes, la Administración y el Parlamento, produciendo un rompimiento de la primacía del legislativo propio de un régimen monista. La ley deja de ser la norma suprema, encontrando reducido su campo de acción a lo que se determina constitucionalmente por medio del mecanismo de la reserva de ley. De este forma el reglamento se encuentra legitimado, hasta el punto de regular ámbitos no legislados u operar sin necesidad de una previa habilitación legal.

Dentro de las formas de gobierno, cabe destacar el régimen semi-presidencial de la Vª República francesa, donde se instauró un modelo constitucional de tipo dualista que ha influenciado de manera directa la Carta chilena, especialmente en lo relativo a la potestad normativa del Estado.

Sobre esta cuestión, es imprescindible indicar que, de acuerdo a la *historia fidedigna* del constituyente y a diferencia de su modelo, la Constitución francesa, la Carta de 1980 no instrumentalizó el paso del sistema antiguo al nuevo diseño constitucional contenido en los artículos 60 y 32, N° 8, y en lugar de facilitar el cambio del régimen jurídico desde el anterior criterio extensivo al nuevo *criterio selectivo* - haciendo de la ley una norma de carácter general y de radicar en el legislador sólo las grandes líneas directrices del ordenamiento jurídico-, en la disposición sexta transitoria petrificó el estado de cosas, ya que congeló el recargado sistema legal existente, dejándolo intacto. Este criterio impidió la ordenación de un sistema jurídico con miras a su desregulación, que permitiera liberar el campo de la potestad reglamentaria.²² Corroborra esto la circunstancia de que el campo realmente asignado por el Texto Fundamental a la potestad

²¹ Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR. *Fundamentos del Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 198.

²² Vid. PANTOJA BAUZA, R. *El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 208 y 209.

reglamentaria autónoma es restringido, y su pretendida competencia "genérica" queda reducida a unas pocas materias, que la Constitución no confía explícitamente al legislador.

2. La voluntad del constituyente de 1980

La Constitución chilena actual rompe, en cierta medida, con una tradición histórica anterior. En efecto, la *Constitución de 1925*, basada en los principios del Constitucionalismo clásico, recogía el concepto formal de ley. De este modo, no exigía en ninguna de sus disposiciones que las leyes fueran generales; esto es, no incluía el concepto de ley en sentido material. Además, como también se ha dicho, reconocía el principio de *competencia genérica de la ley*, puesto que el artículo 44, que señalaba las materias que podían regularse *sólo en virtud de una ley*, no tenía el carácter de taxativo, razón por la cual transformaba a la *ley en norma de clausura del sistema*.

En la *Comisión de Estudio de la nueva Constitución*²³ se plantea, en las sesiones 345 y 358, la conveniencia de innovar en la distribución de las materias propias de la ley y del reglamento. Como hace presente el comisionado R. BERTELSEN, "*en la distribución de*

²³ Mediante Decreto Supremo N° 1.064, de 25 de octubre de 1973, del Ministerio de Justicia, se designa una "*Comisión para que Estudie, Elabore y Proponga un Anteproyecto de una Nueva Constitución Política del Estado*". Entre los fundamentos del Decreto, se considera "la necesidad de reconstruir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República para la cabal consecución de los postulados enunciados en el Acta de Constitución de la Junta de Gobierno". La composición de esta Comisión para el Estudio de la Nueva Constitución no contó, como es sabido, desde el punto de vista ideológico, con el carácter pluralista de sus integrantes, que en su mayoría se identificaban con ideas conservadoras y neoliberales. En el año 1980 se somete a plebiscito la nueva Carta Fundamental, mediante acto electoral que no cumplió con los requisitos mínimos exigidos en una contienda electoral democrática. En efecto, no se cumplieron con las mínimas garantías de libertad, información y pluralismo. Sobre el particular conviene, igualmente, destacar la opinión de M. ALCANTARA: "El plebiscito constitucional se realizó en un momento en que el país se encontraba bajo estado de sitio, con las garantías constitucionales suspendidas o restringidas. Los partidos políticos -prosigue- estaban proscritos o disueltos por el régimen militar, no existían registros electorales ni censo de la población actualizado, no había Tribunal Calificador de Elecciones ni instancia susceptible de acoger y fallar los reclamos frente a las manipulaciones del plebiscito, el régimen militar tenía el control absoluto de la televisión y de la mayor parte de los otros medios de comunicación, salvo algunas radios y revistas" (*Sistemas políticos de América Latina*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 149). Todas estas circunstancias, a mi juicio, invalidarían la legitimidad de *origen* de la Constitución. Así desde el punto de vista de su causa se estaría frente a una Constitución otorgada e ilegítima. Sin perjuicio de su posterior eficacia normativa, que, en cierto modo, podría interpretarse como una legitimación de ejercicio.

*competencia entre el Legislativo y el Reglamento se efectúa una de las innovaciones de mayor importancia jurídica y política de la nueva Constitución”.*²⁴

Se señala además que “*el sistema debe cambiar -como sucedió en Francia- y establecerse que el dominio legislativo es máximo y no mínimo, debiendo ser objeto de ley sólo aquellas materias que figuren en una lista taxativa o cerrada. El resto caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida al limitarse la actividad legislativa a las materias que, por su importancia para el país y por su carácter general, deban resolverse con acuerdo del Congreso”.*²⁵

De este modo, según el espíritu del constituyente, la nueva dimensión del dominio legal y reglamentario se traduciría en determinar un ámbito competencial propio de ambos y, por ende, evitar una extralimitación legislativa, especialmente en lo relativo a las leyes particulares o especiales. Es decir, por intermedio de la ley se tiende sólo a resolver los problemas más importantes y que digan relación con las bases esenciales del ordenamiento. Lo que asegura al Ejecutivo su misión propia y en el ámbito propio de su potestad reglamentaria, dentro del concepto de una Administración moderna y expedita.²⁶

²⁴ Reproducido en *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución* (Santiago, Imp. GendarChile, 1977), sesión 358, págs. 2331 y 2332.

²⁵ Así también lo expresaba el comisionado R. BERTELSEN en la Comisión de Estudio, ibidem, sesión 335, pág. 2.278.

²⁶ En este sentido, y en lo relativo a la materia que se está analizando, la Comisión de Estudio informó al Presidente de la República (es decir, a la Junta de Gobierno) que el Anteproyecto de nueva Constitución contemplaba las siguientes ideas fundamentales: 1ª “Que la ley sea una norma de carácter *general*, dirigida al bien común, que se limite a contener sólo las *bases esenciales* del ordenamiento jurídico sobre el cual estatuye, sin penetrar en el campo de la potestad reglamentaria que es propio del Poder Ejecutivo”. 2ª La introducción de “una modificación sustancial en lo que dice relación con el ámbito legislativo, esto es, con las materias que deben ser necesariamente objeto de ley, *sustituyendo el sistema de dominio mínimo* que establecía la Carta de 1925, *por el dominio legal máximo*, cambio al cual se atribuye una trascendental importancia jurídica y práctica”.

Expresado en otros términos, como indica el informe, la Constitución anterior se limitaba a señalar las materias que necesariamente debían ser objeto de ley, pero *no impedía que el legislador pudiera extender la acción legislativa a otras*, aun cuando, muchas veces, por su naturaleza debieran ser objeto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

“El concepto de una administración moderna, ágil y expedita, concluye el informe, exige hoy día contemplar el *criterio diametralmente opuesto, esto es, precisar taxativamente las materias que sólo pueden ser objeto de ley y dejar entregadas las demás exclusivamente a la potestad reglamentaria* y ello sin perjuicio de mantener la delegación de facultades sobre determinadas

La *Junta de Gobierno* que siguió el anteproyecto de la Comisión de Estudio, efectuó modificaciones sustanciales en lo que respecta a la materia de la presente investigación:

a) Introdujo al art. 60 del texto definitivo el numeral 20, según el cual es materia de ley: *"Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico"*.

b) Suprimió parte del art. 37 N° 8 del anteproyecto de la Comisión de Estudio, de modo que dicho precepto quedó como sigue: art. 32: *"Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes"*.

c) Estableció la siguiente nueva norma en el artículo 82: *"Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 12° Resolver sobre la Constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60"*.

d) Estableció la sexta disposición transitoria, que dice: *"No obstante lo dispuesto en el número 8° del artículo 32, mantendrán su vigencia los preceptos legales que a la fecha de promulgación de esta Constitución hubieren reglado materias no comprendidas en el artículo 60, mientras ellas no sean expresamente derogadas por ley"*. Por ende, se eliminó el artículo 11 transitorio del anteproyecto de la Comisión de Estudio que señalaba: *"El Presidente de la República podrá ejercer la potestad reglamentaria, de acuerdo a las atribuciones que le confiere esta Constitución, respecto a las materias*

materias(...)" [Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política: *Informe con Proposiciones e Ideas Precisas* (16 de agosto de 1978), reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* N° 1-6 de 1981, págs. 263-264 y 273 (citado por el Profesor J. L. CEA EGAÑA, "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, números 2-3, mayo-diciembre de 1984, págs. 422 y 423)].

comprendidas en ella, aun cuando hayan sido objeto de leyes que se encuentren actualmente en vigor".

e) De esta forma, la Constitución actual de 1980 en el ámbito del dominio de la ley, y como contrapartida de la potestad reglamentaria, presenta la inspiración de dos modelos: por una lado, de *la Constitución gaullista de 1958* (que se refleja en el art. 60 hasta su numeral 19, inclusive; el art. 32 N° 8; y el art. 82 N° 12) y, por el otro, del *constitucionalismo clásico* (numeral 20 del art. 60; y la disposición sexta transitoria), siguiendo de algún modo, en éste último caso, el modelo de la anterior Constitución.

Con lo cual, de la historia fidedigna del Constituyente de 1980 se puede aseverar lo siguiente:

-Con el artículo 60 de la Carta se estableció el *dominio legal máximo*, reservando las materias de competencia exclusiva del legislador y situando la potestad reglamentaria del Presidente como *norma de clausura* del ordenamiento constitucional;

-Al otorgar la cualidad taxativa al catálogo del artículo 60 citado, da una *competencia de atribución* y no genérica al legislador (hasta aquí, al menos en teoría, queda claro el interés de la Comisión de Estudio por limitar la capacidad reguladora de la ley);

-El legislador, al cumplir el mandato del artículo 60, debe dictar normas generales y básicas, salvo el caso de leyes particulares que se mencionan en el mismo artículo. Lo que trae como consecuencia que el legislador también debe formular normas abstractas y predeterminadas;

-Por último, *la ley debe ser innovadora*, por cuanto le toca a ella sentar las bases esenciales de nuevos ordenamientos jurídicos. En este sentido, como prescribe la disposición sexta transitoria ya citada, siguen vigentes los preceptos legales reguladores de materias no comprendidas en el artículo 60, mientras no sean expresamente derogados por ley.²⁷

²⁷ Ibidem, págs. 424 y 425.

3. La reserva material de ley como medio de distribución de competencias

La reserva material de ley, como límite exterior, es un medio que restringe el ámbito del legislador, y a partir de ella se determina el modo de distribución de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo. Por esta razón, según sea la forma de configurar la reserva legal en el sistema constitucional, se sabrá con mayor o menor claridad el ámbito de los diferentes dominios normativos.

El sistema chileno, como se podrá colegir de lo dicho hasta ahora, que en el campo del dominio reglamentario sigue claramente el modelo francés, no es tan preciso, de acuerdo a lo expresado, en el ámbito del legislador. En efecto, como señala H. NOGUEIRA ALCALA: "En Chile, la Carta Fundamental vigente sigue el modelo francés, al fijar un contenido taxativo al dominio legal (art. 60 de la Constitución) y establecer un dominio reservado al reglamento autónomo (art. 32 numeral 8, inciso primero). Sin embargo, introduce también algunas *técnicas de garantías rígidas del modelo alemán*, como son la vinculación directa del legislador a los derechos constitucionales (art. 6º) y la garantía del contenido esencial de los derechos (art. 19 nº 26)".²⁸

Por esta razón se ha dicho que, si aisladamente examinado, el sentido y alcance del artículo 32 N° 8 de la Constitución es claro, difícil resulta sostener idéntico predicamento cuando se lo interpreta, como corresponde, en relación con el artículo 60 y la disposición transitoria sexta de la misma Carta.²⁹ Circunstancia que, como se verá, limita radicalmente el ámbito de acción de la potestad reglamentaria, y la contrapone a la historia fidedigna de la Comisión de Estudio.

²⁸ *Dogmática Constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997, pág. 160.

²⁹ Vid. J. L. CEA EGAÑA, "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", op. cit., pág. 430.

Ayuda a aumentar la confusión en materia de reserva legal, la forma en que ha sido establecida en el artículo 60 de la Carta Política.

Por un lado, dicha norma contiene, en los números 1º a 19, una serie de materias descritas o enunciadas con dispar exactitud, y, por el otro, en su número 20 comprende la ley de bases generales, que configura ideas básicas y directrices fundamentales establecidas por el legislador. De este modo son materias del dominio legal: a) todas aquellas que están taxativamente señaladas por su objeto en la Constitución; y b) todas aquellas materias que el legislador regule mediante una ley de bases esenciales o generales.

En síntesis, la reserva legal determinaría el siguiente modo de distribución de competencias: la parte claramente influenciada con el *modelo francés de 1958* fortalecería la preponderancia del Ejecutivo en desmedro de la primacía de la ley. Por cuanto, al fijar un ámbito determinado a la ley, puede actuar el reglamento autónomo en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal. A su vez, con la preeminencia del *modelo alemán*, que da valor fundamental a la ley en la regulación exclusiva de los derechos fundamentales, se limita el campo de acción del Ejecutivo. De este modo, la reserva en esta materia (art. 19 N° 26 y 60 N° 2) es un medio de protección de la supremacía de la ley.

4. Las diversas clases de reserva de ley en la Constitución chilena

Las reservas de ley se pueden clasificar en torno a dos criterios.

El primero puede establecerse teniendo en cuenta el grado de especificidad con que la Constitución recoge la reserva. Según este criterio, la reserva de ley puede ser especial y general.

El segundo de los criterios que permiten clasificar las reservas de ley se refiere, más bien, a la rigidez de la misma en relación con el reglamento. En virtud de esta idea cabe distinguir, como más adelante se podrá analizar, una reserva absoluta y otra relativa.

a) Reserva especial y general de ley

En general, la doctrina chilena coincide en que la norma del artículo 60 de la Constitución contiene mandatos cuya capacidad normativa es disímil a la hora de lograr su precisión.³⁰

Por esta razón, surge la siguiente clasificación de las materias de ley: donde se contienen *mandatos específicos al legislador* (números 5 a 13, 15 a 17 y 19 del artículo 60);³¹ a su vez, se incluyen los *mandatos que constan en términos generales* (números 1, 2 y 14 del mismo artículo);³² y, por último, se engloban *mandatos cuya preceptiva ha sido configurada en términos que, por su amplitud, pueden crear problemas interpretativos y de competencia*, especialmente, cuando se trate de resolver si la ley ha violado la norma de clausura al invadir el campo de la potestad reglamentaria (particularmente los números 4 y 18 de dicho artículo,³³ por cuanto necesariamente han de regularse por leyes de base).³⁴

De acuerdo a lo anterior, y en atención al grado de especificidad con que la Constitución recoge la reserva, se puede distinguir en términos globales entre una reserva *especial* y una reserva *general* de ley.

Dentro del ámbito de la *reserva especial* quedan comprendidos los números 3º a 19 (con excepción del número 14) del artículo 60 de la Constitución. Donde cabe destacar que, siguiendo al profesor E. SILVA CIMMA, no se acepta la clásica distinción entre

³⁰ Sobre el particular ver: SILVA BASCUÑAN, A. "La Jerarquía normativa en la Constitución Política de 1980", *VJ Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1982, págs. 115 y 116.- CEA EGAÑA, J. L. "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", op. cit., pág. 425.

³¹ Así, por ejemplo, se señala como materia de ley en el N° 11: "*Las que establezcan o modifiquen la división política y administrativa del país*".

³² Así, el número 14 señala como materia de ley: "*Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República*".

³³ El número 4 señala como materia de ley: "*Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social*".

³⁴ Vid. CEA EGAÑA, J. L. "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", op. cit., pág. 425.

leyes substanciales y formales. Por cuanto, como señala este autor, en el sistema chileno se configura la existencia de muchas materias de ley que no son generales, excluyéndose, por ende, la fundamentación de los que sostienen la generalidad de la ley y se han visto obligados a distinguir entre leyes substanciales y formales.³⁵

Resulta, de esta forma, más propio hablar de "forma de ley", incluyendo en ese concepto todo acto del legislador sin referencia a su contenido.³⁶ Como expresa igualmente E. SILVA CIMMA, "la generalidad no es por lo tanto un requisito esencial de la ley, a lo menos en el Derecho chileno"³⁷, por ejemplo, las leyes que autorizan a los Municipios para contratar empréstitos (art. 60, N° 7).

No obstante, como se ha dicho, la voluntad primaria del constituyente fue el establecimiento de normas generales, que trataran los grandes temas nacionales, y poder dejar de este modo el ejercicio de la potestad reglamentaria en todos aquellos ámbitos que no sean propios del dominio legal. De acuerdo a esta lógica el concepto de ley en la Constitución de 1980 se traduciría en "una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prescrita por la Constitución que establece normas generales y obligatorias sobre las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".³⁸

En síntesis, de esta clasificación de reserva especial se desprende que existe un dominio legal reservado, máximo y de excepción (especial). Donde la *competencia de atribución* del legislativo que aquí se configura, limita y restringe su ámbito de acción, y por ende, la primacía de la ley; como no ocurre en el ámbito de la reserva general de ley.

³⁵ Vid. SILVA CIMMA, E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, págs. 82, 83 y 96.

³⁶ Ibidem, pág. 84.

³⁷ Ibidem, pág. 97.

³⁸ VARAS ALFONSO, P. "El nuevo concepto de Ley en la Constitución de 1980", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, N° 2-3, Santiago, mayo-diciembre de 1984, pág. 384.

Ahora bien, en lo que respecta a la *reserva general*, que comprende principalmente el número 2º del artículo 60 (el cual prevé como materia de ley "*las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley*"), cabe destacar el amplio ámbito que abarca, especialmente, en la regulación de los derechos fundamentales. Igualmente, sobre el particular, se debe poner de relieve la reserva del n° 20, del artículo 60, que sostiene que son materias de ley "*toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*".

El ordenamiento chileno, al igual que la Constitución Española (arts. 53.1 y 81.1) y la Ley Fundamental de Bonn (art. 19)³⁹, establece que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo puede ser regulado por ley; la cual, en todo caso, según el artículo 19 n° 26 de la Carta, deberá siempre respetar el contenido esencial de los derechos de las personas, vale decir, las leyes que regulen o complementen las garantías constitucionales o que las limiten, no pueden afectar los derechos en su esencia.⁴⁰ En virtud de ello, también, se ha desarrollado la *teoría de la esencialidad*, la cual exige que las cuestiones básicas de regulación o limitación de los derechos fundamentales sean adoptadas por el legislador, y que en esta regulación la potestad legislativa está limitada por la esencia del derecho.⁴¹

³⁹ La Constitución española en su artículo 53.1 establece lo siguiente: "*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1.a)*". A su vez, el artículo 81.1 indica: "*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*".

Por otra parte, la Ley Fundamental alemana en su artículo 19.1 y 2 señala: "*Cuando, de acuerdo con la presente Ley Fundamental, un derecho fundamental sea restringido, por o en virtud de una ley, la ley deberá tener aplicación general y no solo a un caso individual. Además, la ley deberá especificar el derecho fundamental y el oportuno artículo. En ningún caso la esencia de un derecho fundamental podrá ser traspasada*" (vid. M.º I. ALVAREZ VELEZ y M.º F. ALCON YUSTAS, *Las Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 28).

⁴⁰ Vid. NOGUEIRA ALCALA, H. *Dogmática Constitucional*, op. cit., págs. 160 y 161.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 161.

Todo lo anterior trae como consecuencia que exista en este ámbito una *reserva general de ley*, donde las cuestiones básicas de regulación o limitación de los derechos fundamentales sólo pueden ser adoptadas por el legislador. Dicho en otras palabras, la intervención legislativa resulta irrenunciable en la materia de derechos fundamentales, excluyéndose, en general, la posibilidad de intervención de la potestad reglamentaria del Ejecutivo o, incluso, como se analizará, de una delegación legislativa. Así, desde esta perspectiva, más que una limitación al legislador, resulta una restricción a la potestad normativa del Presidente de la República, a quien le está, en principio, prohibido regular por medio de normas administrativas las garantías constitucionales. Más específicamente, se limita toda posibilidad normativa autónoma del Ejecutivo, sin perjuicio de, y en los casos que la ley lo autorice, ejercer la potestad reglamentaria ejecutiva, eso sí, mediante una remisión normativa perfectamente delimitada.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno ha establecido que las regulaciones de los derechos en lo referente a condiciones, plazos y modalidades deben ser determinadas por ley, ya que es ésta y no el reglamento la que debe resguardar la garantía de la igualdad.⁴² Asimismo, en otra sentencia del Tribunal Constitucional, se señala como principio general y garantía básica del Derecho constitucional chileno la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, con la limitación que no puede afectar el contenido esencial de tales derechos.⁴³

Además de la reserva general enunciada, se unen a esta materia otras muchas reservas. En efecto, la Constitución reserva a la ley orgánica y de quórum calificado, prácticamente todos los otros derechos con base constitucional.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 247, de fecha 14 de octubre de 1996.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 239, de 16 de julio de 1996, especialmente los considerandos 9° y 13°. Además, el Tribunal Constitucional español, en sentencia 83/1984, señala que el sentido último de la reserva de ley es "asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa, exclusivamente, de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos".

Dentro del contexto propio de la Constitución chilena, claramente influenciada por principios neoliberales, es posible vislumbrar una férrea garantía al derecho de propiedad (art. 19, N°24) y la libre iniciativa económica (art. 19, N° 21).

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado del tema de la libre iniciativa económica (Sentencia de 21 de abril de 1992, rol n° 146 y Sentencia del 6 de abril de 1993, rol n° 167) y del derecho de propiedad (Sentencia de 2 de diciembre de 1996, rol n° 245 y Sentencia de 15 de abril de 1997, rol n° 253), especialmente en relación a la reserva legal.

En este sentido, el *Tribunal Constitucional*, en *Sentencia de 21 de abril de 1992*,⁴⁴ sostiene un conjunto de argumentos por el cual afirma la existencia de una reserva legal absoluta en materia de regulación de la actividad económica. En efecto, para fundar tal postulado se apoya en el texto del inciso primero del artículo 19 N° 21, ya transcrito, y expresa:

⁴⁴ Los hechos se pueden sintetizar del siguiente modo:

De acuerdo al artículo 589 del Código Civil chileno en relación al art. 19 N° 23 de la Constitución, los caminos públicos son bienes nacionales de uso público. Es responsabilidad del Estado, en cuanto administrador de tales bienes nacionales, asegurar el uso expedito y tranquilo de los caminos públicos. Con tal objeto, y en base a elementales razones de seguridad, el art. 16 de Decreto con fuerza de ley 206 de 1960 (Ley de Caminos) impide la colocación de carteles y anuncios comerciales en los caminos públicos de Chile. La misma norma, además agrega, que "la colocación de avisos en las franjas adyacentes a los caminos deberá ser autorizada por el Director de Vialidad, en conformidad al Reglamento".

En cumplimiento de este último mandato legal, en 1963 se dictó el Decreto Supremo 1.206 que regula la forma en que ha de concederse la autorización para instalar propaganda comercial en las zonas contiguas a los caminos públicos. En dicha norma, se establece una distancia mínima entre ellos de 150 metros y se faculta a la Dirección de vialidad para negar la autorización de los letreros que pudieren afectar la estética panorámica.

En el año 1977, a fin de actualizar la reglamentación respectiva, el citado Decreto Supremo 1.206 fue sustituido por el Decreto Supremo 1.306, que, entre otros cambios, aumentó a trescientos metros la distancia mínima que debe existir entre los letreros autorizados.

Dieciocho años más tarde, en 1991 se dicta el Decreto Supremo N° 357, que modifica sustancialmente el régimen de autorizaciones para el avisaje caminero. De acuerdo a esta nueva regulación sólo se autoriza la instalación de letreros comerciales en lugares que se encuentren, a lo menos, a trescientos metros del borde del camino.

El problema indicado motivó la presentación de un reclamo de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo N° 357. En la justificación de su impugnación, los requirentes afirman que la norma citada vulnera, entre otros, el derecho a desarrollar libremente una actividad económica (artículo 19 N° 21) y el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24).

Por votación dividida, el Tribunal Constitucional estima plenamente el requerimiento y procede, en consecuencia, a declarar la inconstitucionalidad del decreto impugnado.

“La Constitución otorga al legislador la facultad de regular la actividad económica, atribución que no corresponde al administrador(...) si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de "regular" puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2, que establece "Sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley", estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que la regulen”. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse”.

También respecto al tema de la reserva legal, el voto de minoría expresa lo siguiente:

“El Decreto con Fuerza de Ley N° 206, de 1960, es una norma legal que regula el derecho a desarrollar una actividad económica en plena concordancia con los términos del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política y, por ende, la reglamentación dictada por mandato de ella tiene también plena eficacia constitucional cuando, como en la especie, se ajusta al concepto de ser una simple regulación al ejercicio de un derecho(...) Dentro de la Constitución de 1980 la potestad reglamentaria del Presidente de la República es mucho más amplia que bajo el imperio de la de 1925, según la cual sólo en virtud de una ley aquellas que, de modo taxativo, se enumeran en el artículo 60 de la Carta Fundamental, el último de cuyos números, el único de carácter general, se refiere a normas que estatuyan las bases esenciales del ordenamiento jurídico. En estos casos, entonces, el legislador debe limitarse a establecer esas bases, quedando entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de los reglamentos, decretos o instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

Sobre el particular P. ZAPATA LARRAIN señala: “Desafortunadamente (este fallo) no explica satisfactoriamente el contenido de la referida reserva legal. Sobre este punto cabe especular en

torno a dos interpretaciones posibles. Una alternativa consiste en creer que la reserva de ley excluye absolutamente la intervención del administrador. La otra posibilidad es pensar que la reserva de ley auspiciada por esta sentencia, le prohíbe a la potestad reglamentaria crear regulaciones, pero que admite, sin embargo, la colaboración subordinada y complementaria de ella”.⁴⁵

En posterior *jurisprudencia*, de 6 de abril de 1993, el Tribunal Constitucional hace referencia explícita a la anterior sentencia, reafirmando la tesis expuesta en ella.⁴⁶ Así, de este modo, se expresa:

“Cabe señalar que este Tribunal por sentencia de 21 de abril de 1992 resolviendo sobre la constitucionalidad del decreto supremo N° 357, de 19 de febrero de 1991, estableció: ‘Que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de regular puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por artículo 60, N° 2, que establece ‘Sólo son materias de ley: las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley’, estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura ‘respetando las normas

⁴⁵ *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago 1994, pág. 196.

⁴⁶ Los hechos se resumen del siguiente modo:

Menos de un año después de la anterior sentencia, el Ministerio de Obras Públicas volvió a intentar la modificación del régimen del avisaje caminero. Para tal efecto, se dictó el Decreto Supremo N° 327.

En el nuevo decreto, el Ejecutivo desestima algunas de las disposiciones más polémicas del Decreto anulado en la sentencia anterior. La atenuación del contenido de la regulación, sin embargo, no impidió que un grupo de parlamentarios solicite del Tribunal Constitucional una declaración de inconstitucionalidad respecto de las nuevas normas.

Una vez presentado el requerimiento, fundado básicamente en los mismos argumentos esgrimidos con éxito un año antes contra el Decreto Supremo N° 357, el Ejecutivo presentó ante el Tribunal un extenso escrito de contestación.

De la respuesta del Gobierno cabe destacar, especialmente, el esfuerzo por reinterpretar el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, en términos de admitir la intervención razonable y moderada de la potestad reglamentaria en la regulación de la actividad económica.

De esta manera, según el Ejecutivo, cuando la Constitución Política autoriza a las “normas legales” para que regulen el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, se está refiriendo no sólo a las leyes propiamente tales, sino que también a los decretos y reglamentos dictados conforme a ellas.

Ni la nueva argumentación del gobierno, ni el carácter bastante suavizado del Decreto Supremo N° 327, logran que el Tribunal modifique lo sentenciado un año antes.

legales que la regulen'. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer como deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse'. '(...) si bien al regular se puede establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión 'las normas legales que la regulen', pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, Nº 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución''.

Con posterioridad, el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, una vez aprobado, y en razón de contener disposiciones de carácter orgánico constitucional, fue sometido al control obligatorio de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.⁴⁷

El artículo 49 de dicho proyecto de ley contemplaba un conjunto de condiciones de acuerdo con las cuales el Presidente de la República quedaba facultado, excepcionalmente, para imponer ciertas limitaciones a los derechos de las personas.⁴⁸

El Tribunal Constitucional, en votación dividida, de fecha 28 de febrero de 1994, resolvió declarar inconstitucional la totalidad del artículo 49. En la parte pertinente señala que:

"(...) es de competencia exclusiva y excluyente del legislador el establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Con ello se adopta una versión de la reserva de ley que excluye prácticamente cualquier atisbo de participación administrativa en la regulación de los derechos o libertades.⁴⁹ Por esta razón, se debe citar el voto de minoría, el cual establece un criterio más amplio respecto

⁴⁷ Ibidem, pág. 198.

⁴⁸ Ibidem, pág 199.

⁴⁹ Ibidem, pág 199.

a la participación de la Administración en esta esfera de materias. En este sentido señala:

“(...) el artículo 49 se ajusta a la normativa constitucional y que para seguridad de los afectados contiene los recursos jurisdiccionales necesarios para evitar que el Poder Ejecutivo pueda vulnerar garantías constitucionales ejerciendo las atribuciones que la ley en consulta le confiere”.

Se coincide plenamente con P. ZAPATA LARRAIN⁵⁰, en el sentido de que esta decisión del Tribunal Constitucional se aparta de la concepción general que debe orientar a la potestad reglamentaria, la cual debe estar dotada de la necesaria flexibilidad que demanda el imperativo constitucional de velar y proteger el medio ambiente. De este modo la ley, recurriendo a su generalidad y abstracción, debe establecer con claridad y precisión los límites aplicables al ejercicio de determinados derechos y libertades. A la Administración, a su vez, le corresponde únicamente ejecutar esta facultad cuando las circunstancias lo exijan. Además, como lo expresa el voto de minoría, en el caso de que la Administración pueda vulnerar garantías constitucionales, ejerciendo las atribuciones que la ley le confiere, los afectados pueden ejercitar los recursos jurisdiccionales necesarios.

Dentro de la misma línea de reserva legal absoluta, seguida hasta ahora por el Tribunal Constitucional, se sitúa la *Sentencia de 2 de diciembre de 1996, Rol n° 245*, que analiza un reclamo por inconstitucionalidad de un decreto reglamentario que impone una limitación al derecho de propiedad (art. 19, N° 24).⁵¹

⁵⁰ Ibidem, pág. 199.

⁵¹ Los hechos pueden ser resumidos de este modo:

Con fecha 5 de septiembre de 1996, 12 Senadores y 34 Diputados presentaron, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, N° 5, de la Constitución, requerimientos para que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, que reglamentó la aplicación del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977.

El problema fundamental radica en la circunstancia de que el Decreto Supremo N° 1 estableció un procedimiento para acceder gratuitamente a las playas de mar, lagos y ríos; lo que, a juicio de los requirentes, implicaba imponer una limitación al derecho de propiedad a los dueños de los terrenos colindantes de dichas playas, no obstante ser una materia que debe ser regulada por el legislador como prescribe la Constitución.

El Tribunal estimó la solicitud de inconstitucionalidad en decisión unánime.

El Tribunal, reiterando su criterio jurisprudencial sobre la materia, señala:

“(...) de acuerdo al artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19, N° 26, de la Constitución(...) en razón de la función social que debe cumplir el ejercicio del derecho de dominio la autoridad, en este caso el legislador, puede regular el acceso de dichos bienes(...)” (considerandos 24° y 28°).

Y concluye manifestando: “(...) el Decreto Supremo(...) es inconstitucional pues es un reglamento de ejecución que debió atenerse a la Constitución y no entrar al campo del legislador como lo ha hecho en la especie(...) En consecuencia, los actos del Presidente de la República derivados de su potestad reglamentaria de ejecución deben atenerse a la Constitución y a la ley que aplican y si exceden esta última regulando materias propias del campo del legislador pasan a violar la Constitución (...)” (considerandos 43° y 44°).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, cuatro meses después de la anterior sentencia examinada, tratando también el tema del derecho de propiedad, cambia la perspectiva en el análisis de la cuestión, especialmente en lo que se refiere a la orientación que debe sustentar la relación entre la ley y el reglamento de ejecución. En efecto, en la Sentencia de 15 de abril de 1997, Rol n° 253, el Tribunal dice:⁵²

⁵² Los hechos de la causa son los siguientes:

Con fecha 16 de febrero de 1997, doce Senadores presentaron requerimiento con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 171, de fecha 5 de diciembre de 1996, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, N° 5, de la Constitución. El referido Decreto Supremo N° 171 modifica, a su vez, los artículos 2.2.5, 7.2.2 y 7.2.4, e incorpora el artículo 2.2.9 al Decreto Supremo N° 47 del año 1992, del mismo Ministerio, que contiene la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.

Fundamentan el reclamo en que las cesiones gratuitas de terreno que dichos preceptos contemplan, importan una privación del dominio a su titular, ya que tales materias son propias del dominio de ley y, a su juicio, no pueden contemplarse en normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, como lo serían los preceptos cuya inconstitucionalidad se solicita.

El Tribunal desestima por mayoría el reclamo.

“(...) los artículos pertinentes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sólo se han limitado a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley, a fin de que ésta pueda producir plenos efectos jurídicos. En esta forma la actividad del Organo Gubernamental aparece enmarcada dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32, N° 8, de la Carta Fundamental como "Potestad Reglamentaria de Ejecución". De esta manera la ley y el reglamento conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos inherentes a toda la urbanización. Pretender desvincular el artículo 70 de la ley, de las normas reglamentarias objetadas, es negar una realidad jurídica evidente(...) (considerando 4°)".

De esta forma, el Tribunal, recurriendo a la generalidad y abstracción con que la ley debe regular una materia -determinando con claridad y precisión los límites donde se ejecuta la potestad reglamentaria-, argumenta un criterio más acorde con la concepción del “dominio legal máximo” que configura la actual Carta Fundamental (igual directriz, como se verá, han seguido las Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1997, rol n° 254 y de 28 de enero de 1999, rol n° 282).

En este sentido cabe destacar, también, los argumentos esgrimidos por el *Presidente de la República* en esta causa (informe de 17 de marzo de 1997), donde plantea importantes razones en el tema de la reserva de ley y el derecho de propiedad (las que en parte fueron acogidas en la sentencia en comento):

1. En lo relativo a la relación ley-reglamento, señala el Presidente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975 (Ley General de Urbanismo y Construcción), es un cuerpo normativo general, básico y de reserva legal regulatoria puesto que “indica la manera como ha de usarse y gozarse el derecho de propiedad urbanístico garantizado en la Carta Fundamental, pero convocando a la norma reglamentaria”. Agrega, igualmente, que llama a la *colaboración de la potestad reglamentaria a través de normas de remisión expresa* que dan

contenido y forma a cada uno de los actos administrativos que se sirvan de ella.

2. En cuanto al derecho de propiedad y su regulación legal, el Jefe del Estado indica, del mismo modo, que el Decreto Supremo N° 171 (objeto de impugnación) no hace más que *configurar* el derecho de propiedad en esta materia, regulación sin la cual no sería posible pensar la actividad urbanística ni la propia conveniencia social en una urbe. La Constitución -prosigue- distingue tres etapas sucesivas de intervención del legislador en el campo propio del derecho de propiedad: la *delimitación o configuración* del mismo, las *limitaciones* que se le pueden imponer y la *privación* total o parcial del derecho (art. 19, N° 24).

De lo dicho, y en relación al tema en estudio, es posible colegir lo siguiente: por una parte, en el ámbito del derecho de propiedad, tratándose de "limitaciones" y "privaciones" que le atañen, sin llegar en ningún caso a afectarlo en su esencia, la intervención del legislador se configura bajo el prisma de una *reserva absoluta de ley* (así bien lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en las Sentencias, ya estudiadas, de 21 de abril de 1992, rol n° 146 y de 6 de abril de 1993, rol n° 167). Al contrario, por otra parte, cuando se vincula con la "configuración" o "delimitación" del derecho de propiedad, como es el caso de la sentencia que se acaba de analizar (de 15 de abril de 1997, rol n° 253), circunscrita al tema del *planeamiento urbanístico*, se estima que puede dar lugar, bajo determinadas condiciones claramente precisadas, a una *reserva relativa de ley* (o, más precisamente, a una "reserva absoluta *cualificada*"), donde se convoca al Presidente de la República a ejecutar la ley habilitante dentro de los límites por ella establecida, pero dentro de un margen de apreciación administrativa más amplio. Confirma esta conclusión, la circunstancia de que el tema del planeamiento urbanístico siempre lleva implícito la complejidad técnica inherente a todo plan, como también, y sobre todo, citando a T. R. FERNANDEZ, "por la naturaleza fundamentalmente innovativa y configuradora de la potestad de planeamiento, que se despliega con notoria libertad a partir de directrices legales forzosamente muy genéricas cuya concreción en cada punto del territorio planeado exige calibrar multitud de intereses,

públicos y privados, de muy diversa condición y efectuar, en consecuencia, complejas valoraciones que van más allá de lo que es propio de un juicio de carácter técnico”.⁵³

Este cambio de criterio en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que, como se ha dicho, le acercaría más al principio básico del “dominio legal máximo”, significa concebir la relación ley-reglamento desde una perspectiva más ágil y expedita, especialmente en el ámbito regulatorio de la ley. En efecto, dentro de este contexto, la ley no puede ni debe regularlo todo, sino que debe ser una norma de carácter general que determine en la práctica un campo competencial equilibrado entre el dominio legal y reglamentario, salvo en las materias de reserva legal absoluta donde el margen de maniobra del reglamento es mínimo.⁵⁴

Del mismo modo debe ser interpretada la reciente *Sentencia del Tribunal Constitucional (de 26 de junio de 2001, Rol n° 325)*, que declara la constitucionalidad del Decreto supremo n° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que, entre otras restricciones, dispone que en episodios de pre-emergencia y emergencia ambiental estarán afectos a restricción vehicular los automóviles con convertidor catalítico.⁵⁵ Dentro del examen jurídico de

⁵³ De la arbitrariedad de la Administración, Civitas, Madrid, 1999, pág. 46.

⁵⁴ En relación al tema del contenido de la ley que regula el ejercicio de los derechos fundamentales, el profesor J. REYES RIVEROS también ha indicado lo siguiente: “(...) la ley sólo establecerá los principios rectores de la normativa que regula el ejercicio de los derechos inherentes a la persona, de tal forma que por el desarrollo de la potestad reglamentaria se integrarán a las normas básicas legales los preceptos de carácter reglamentario” (“El Estado como regulador, mediante la ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N°1, enero-abril de 1993, pág. 83).

⁵⁵ Los hechos de esta causa pueden ser descritos de la siguiente forma: Dentro de las atribuciones especiales del Presidente de la República se encuentra la facultad de ejercitar la potestad reglamentaria. En virtud de tal atribución, con fecha 22 de enero de 2001 (publicado en el Diario Oficial de 12 de abril del mismo año), el Ministerio Secretaría General de la Presidencia dicta el Decreto Supremo N° 20, por el cual, entre otras restricciones, se dispone que “los vehículos(...) que porten autoadhesivos de color verde (es decir, coches con convertidor catalítico), estarán afectos a restricción vehicular por causa de contaminación atmosférica en episodios de Pre-Emergencia y Emergencia Ambiental”. Del mismo modo, de conformidad a las prerrogativas que les confiere la Carta Fundamental, veinte Senadores —que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado— recurren ante el Tribunal Constitucional, invocando como fuente de legitimación activa el N° 5 del artículo 82 de la Carta, para que se declare la inconstitucionalidad de dicho Decreto Supremo. Por último, resulta necesario indicar que el Decreto Supremo N° 20 fue dictado invocando numerosas leyes, tales como la N° 19.300,

constitucionalidad del impugnado Decreto, señala el Tribunal, “(...) *la cuestión a resolver queda centrada en dilucidar si el decreto supremo impugnado, infringe o no el principio de la reserva legal(...)*, y en lo pertinente indica:

“(...) en este sentido es necesario reiterar el criterio que ha sostenido este Tribunal en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de ‘determinación’ y ‘especificidad’. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Cumplidas que sean dichas diligencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal(...) en este mismo orden de ideas es útil consignar que ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución. En la situación de análisis, los dos cuerpos legales que se invocan como antecedente del acto administrativo impugnado –la Ley de Bases del Medio Ambiente y Ley del Tránsito– convocan reiteradamente a la potestad reglamentaria, y ambas podrían ser calificadas como leyes de bases, toda vez que serían encasillables dentro del concepto que consigna el N° 20) del artículo 60 de la Constitución(...) Que, acorde con lo expuesto, si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de “determinación” de los derechos que podrán ser afectados y “especificidad” de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sublite, esta Magistratura ha llegado

sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 1968, que contiene el Código Sanitario, y las Leyes N° 18.410, 18.696 y 19.175.

a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación de él. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y pre-emergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8º del artículo 19 de la Constitución y está destinado a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. Obrar de esta manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. Nº 20 podrá generar una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1º de la Constitución (...)”.

Sin embargo, como claramente se desprende del fallo anterior, en el ordenamiento jurídico chileno, lograr el equilibrio necesario entre los ámbitos competenciales de la ley y el reglamento no resulta nada fácil. Todo ello en virtud del carácter disímil y desperdigado de las reservas legales, especial y general, que contiene la Constitución, dando lugar, como lo ha denominado la doctrina chilena, a una “capacidad normativa variable”.⁵⁶ Lo que traslada, en esta situación, la decisión última al Tribunal Constitucional, quien, por vía del conocimiento abstracto, debe determinar el contenido en cada hipótesis normativa; por ello incluso se ha hablado en esta materia de una verdadera reserva de sentencia.⁵⁷ De ahí que, en última instancia, corresponderá al Tribunal Constitucional establecer el criterio de reserva absoluta o relativa en materias de ley.

En este sentido, la actividad de dicho órgano debiera apuntar a encontrar criterios objetivos de extensión material para

⁵⁶ Cabe recordar que esta consecuencia se deriva, fundamentalmente, de la mayor o menor precisión con que ha descrito el artículo 60 el dominio legal máximo en sus veinte números (vid. CEA EGAÑA, J. L. "Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, op. cit., pág. 425; en este mismo sentido vid. VERDUGO MARINKOVIC, M.; PFEFFER URQUIAGA, E.; NOGUEIRA ALCALA, H. *Derecho Constitucional Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1994, pág. 159).

⁵⁷ Vid. NOGUEIRA ALCALA, H. *Dogmática Constitucional*, op. cit., pág. 164.

delinear las fronteras de la reserva de ley y la potestad reglamentaria; en especial, el ámbito material reservado a la ley, ya que no existe en el ordenamiento chileno una reserva material de reglamento. Por esta razón, corresponde a la competencia del Tribunal Constitucional establecer el mayor o menor grado de regulación que debe hacerse mediante la ley y, en consecuencia, lo que debe y puede quedar al reglamento.

De esta manera, se requiere igualmente indagar el ámbito material acotado negativamente por la reserva de ley, que puede adoptar un carácter *absoluto* o *relativo*, y cuya determinación en el texto constitucional permite vislumbrar la rigidez de la reserva legal en relación con el reglamento.

b) Reserva absoluta y relativa de ley

En esta clasificación se debe partir de un hecho que es posible constatar claramente en todo ordenamiento fundamental, cual es, la pluralidad de formas a través de las cuales se dispone en la Constitución la reserva legal. Por esta razón, a la luz de esta circunstancia general, se tratará de esclarecer la verdadera orientación constitucional de dicha institución en Chile, intentando, en lo posible, superar la habitual interpretación gramatical de la diversa formulación con que se configura -la reserva absoluta y relativa- en la Carta Magna.

En la actualidad, como es el caso chileno, tanto el Legislativo como el Ejecutivo son poderes legitimados, que, dentro de sus ámbitos de competencia, establecen relaciones de colaboración, circunstancia que se traduce en ciertas remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria. Según sea, menor o mayor, la flexibilidad en la habilitación a la potestad reglamentaria, se está en una reserva absoluta o relativa. Con la obvia limitación de no degradar la reserva legal mediante una *deslegalización* o *remisión normativa* substancial que signifique una abdicación por parte del legislador de sus facultades.

En el sistema constitucional chileno, la reserva tendría el carácter de "*absoluta*", cuando existe relación directa con los derechos esenciales de la persona y obliga a su regulación directa por el legislador,

quedando a la potestad reglamentaria sólo la adopción de normas de detalle y ejecución. Se está, por ejemplo, en presencia de una reserva absoluta de ley cuando el constituyente utiliza términos tales como “sólo por ley” o “la ley regulará”, etc. (v. gr., art. 19 N° 21, inciso 1; art. 19 n° 22; art. 19 n° 24, inciso 2, art. 60 n° 2, etc.). Por otra parte, la reserva legal será “*relativa*”, cuando la ley fija las grandes directrices, es decir, los aspectos básicos y esenciales de una materia, remitiendo el resto al reglamento. El constituyente emplea los siguientes términos en los casos de reserva relativa, tales como “de acuerdo con la ley”, “con arreglo a la ley”, “conforme a la ley”, “en los términos que señale la ley”, etc. (v. gr., Las *leyes de bases* contenidas en el artículo 60 N° 4 y 18; las *leyes de bases esenciales* del art. 60 N° 20).⁵⁸

Así también lo ha dicho el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 26 de abril de 1997, Rol n° 254:

“(…) la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como ‘con arreglo a la ley’, ‘de acuerdo con las leyes’, ‘con sujeción a la ley’, ‘de acuerdo a lo que determine la ley’ o ‘en conformidad a la ley’, v.gr. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso 2°; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor(…)” (considerando 26°).

Del mismo modo, dentro de la línea interpretativa anteriormente señala, el Tribunal Constitucional, en *Sentencia de 28 de enero de 1999, Rol n° 282*, se ha encargado de recordar cual era el criterio seguido en esta materia en el anteproyecto de la Comisión de Estudio:

⁵⁸ Ibidem, págs. 165 y 166. También J. A. SANTAMARIA PASTOR hace referencia a la fijación de los criterios identificativos de las materias reservadas (vid. *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., págs. 778-783).

“(…) en lo que concierne a la relación ley-reglamento, este Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 242, de 12 de agosto de 1996, declaró que la Constitución en actual vigencia al precisar que sólo son materias de ley las que taxativamente enumera en su artículo 60°, cambió el sistema de dominio legal mínimo, establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que contenía una enumeración ni estricta ni rígida, sino abierta, de quince materias que sólo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la ley en cualquiera otra materia en que la Constitución no la hubiere reservado expresamente a otra autoridad, por el sistema de dominio legal máximo o de dominio reservado a la ley, en el que ésta debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación, esto es, limitada sólo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar al ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano Ejecutivo (considerando 17°) (...)” (considerando 19°).

Sin embargo, como ya se ha dicho, la forma como se ha configurado la reserva de ley en el texto constitucional, ha desembocado en un modelo del dominio legal, heterogéneo e híbrido, caracterizado por una capacidad normativa variable del Legislativo. Esta circunstancia da paso, igualmente, al contrario del criterio seguido en el anteproyecto de la Comisión de Estudio, a un amplio papel normativo del legislador, que va más allá, incluso, de los contornos que fija el llamado “dominio legal máximo”.

La existencia de esta verdadera nebulosa en el ámbito del dominio legal que, también, como contrapartida, afecta el dominio reglamentario, puede tener su origen en las reformas introducidas por la Junta de Gobierno, ya analizadas, especialmente en los artículos 60 N° 20, sexto transitorio y 82 N° 12. Sin embargo, no es posible constatar la verdadera filosofía que motivó tales reformas, ya que no existe *historia legislativa* de ellas, por cuanto las actas de discusión no se han hecho públicas.⁵⁹

⁵⁹ Así lo manifiesta la profesora L. BULNES ALDUNATE en su estudio del artículo 60 N° 20, pues dicha norma fue incorporada al texto definitivo por la Junta de Gobierno [vid. “Leyes de Base y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980” (XI Jornadas de Derecho Público), *Boletín de Derecho Público de la Universidad de Chile*, N° 15, 1982. págs. 29 y siguientes]. También cabe hacer

Dentro de este peculiar modelo en vigor es posible encontrar, aunque sea sólo en teoría, situaciones que se contraponen directamente al modelo del "dominio legal máximo" (cuya filosofía, no debe olvidarse, es evitar las extralimitaciones legislativas y, por ende, lograr un campo competencial propio, tanto del dominio legal como reglamentario). Así, por ejemplo, en el caso de la *ley de bases esenciales*, del artículo 60 N° 20, ya citado, se puede dar la situación que por medio de esta forma legislativa se consiga congelar rango a la ley.

En efecto, en el ámbito material indeterminado que no se encuentra bajo reserva, la potestad reglamentaria autónoma se podría ejercer con entera libertad, eso sí, en tanto no sean posteriormente reguladas por una *ley de bases esenciales* -en cuyo caso el ordenamiento reglamentario queda derogado por el ordenamiento legal-, o en cuanto dicha ley de bases no haya congelado previamente el rango de alguna materia que no esté taxativamente regulada en la Constitución. Es decir, en esta colisión con la potestad reglamentaria autónoma primaría la jerarquía normativa de la ley. Además, si esto se armoniza con la congelación de rango impuesta a la potestad reglamentaria por la disposición sexta transitoria, determina un cuadro que desvirtúa totalmente la voluntad primitiva de la Comisión de Estudio

Por estas razones, en este caso, se podría hablar también de una "*reserva formal de ley*", o sea, de aquella impuesta simplemente por una norma con rango de ley respecto de materias no reservadas a ella por la Constitución, a diferencia de la *reserva material* que es establecida por la norma constitucional. Se está aquí, según J. A. SANTAMARIA PASTOR, ante una de las manifestaciones típicas de la primacía de la ley que, por su superioridad jerárquica respecto al reglamento, excluye o limita la actuación de éste. El fenómeno que tiene lugar, prosigue, es la *congelación de rango* normativo: regulada una

notar lo señalado por A. SILVA BASCUÑAN: "(...) debemos recordar que en su oportunidad nos referimos ya a la publicación, en número limitado, de las actas de las sesiones celebradas por la Comisión Ortúzar -Comisión de Estudio-; a la reserva con que se mantuvieron, respetando sus estatutos, las actas manuscritas de las reuniones del Consejo de Estado, y a la carencia de toda información de la autoría y alcance de los cambios que en la fase final introdujo la Junta de Gobierno" (*Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 251).

materia a nivel de ley, queda excluida una regulación paralela y distinta mediante reglamento, que sería ilegal por contradecir la de superior rango.⁶⁰

Sin lugar a dudas esta patente contradicción en el sistema de reserva legal, determina y condiciona la labor orientadora que se le exige al Tribunal Constitucional en la materia, ya que la mayoría de los requerimientos sometidos a su decisión, más allá de resolver un problema sustancial de constitucionalidad, siempre discurren, como se tendrá la ocasión de analizar en detalle más adelante, en torno a la relación ley-reglamento ejecutivo y la competencia atributiva poco diáfana que determina al respecto la Carta Fundamental.

Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, de las sentencias que se han mencionado (Rol n° 253, 254, 282 y 325) se vislumbra un nuevo criterio jurisprudencial, que trata de recuperar los motivos primitivos que sustentaron los constituyentes (dominio legal máximo/potestad reglamentaria eficaz). Vale decir, dicho de otra forma, se acerca a la buena doctrina que exige, al mismo tiempo, salvaguardar la integridad de la reserva de ley (especialmente en lo relativo a los derechos fundamentales) y reconoce a la potestad reglamentaria aquellos márgenes de acción que resulten indispensables para el funcionamiento eficaz de la Administración del Estado.⁶¹

No obstante, se cree sinceramente que la solución, más allá de una buena doctrina jurisprudencial, debe pasar por una reforma que introduzca un cambio de tendencia en el dominio reservado a la ley, dando lugar, por ende, a un verdadero criterio *selectivo* en el ámbito legislativo, liberando de ese modo el campo de la potestad reglamentaria. Todo lo cual, eso sí, acompañado de un sistema de control eficaz, que asegure un pleno sometimiento a la juridicidad de los poderes públicos, especialmente la Administración, como garantía esencial del Estado constitucional.

⁶⁰ *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., pág 777.

⁶¹ Vid. ZAPATA LARRAÍN P. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 202.

5. Principales consecuencias de la relación ley-reglamento en el sistema chileno

De acuerdo a lo expresado, la vinculación entre la reserva de ley y la relación ley-reglamento en el ordenamiento constitucional de Chile puede ser sintetizada de la siguiente manera:

-El fundamento de la técnica de la reserva de ley se encuentra, actualmente, en el principio democrático y en la garantía del pluralismo político (especialmente como garantía de las minorías). Es decir, se pretende reservar ciertas materias a la forma de ley en el entendido de que la intervención de los representantes de los ciudadanos en un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad produce una norma con mayor legitimidad que las demás. Por otro lado, y dentro del sistema *dualista*, también se extiende el *principio democrático* a la esfera de la Administración, como ente que posee legitimidad propia.⁶² Por esta razón la relación ley-reglamento tendrá unos límites diferentes, según como se plantee en cada Constitución la división de poderes y quién o quiénes sean realmente los titulares de la soberanía.

-En este sentido, la Constitución chilena plantea una clara separación de los poderes del Estado, con la preponderancia del Ejecutivo respecto al resto de los poderes. La reserva de ley se plantea, por una parte, como un medio que limita la actividad del Congreso en el caso de las *reservas específicas* (v. gr., los números 3º a 19 del artículo 60, con excepción de su número 14), frente a las amplias competencias normativas del Presidente producto, sin duda, de la repartición de

⁶² Sobre el significado actual del principio democrático, Vid. M. ARAGON, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 101 y sig. Sobre el particular J. TORNOS MAS señala igualmente lo siguiente: "Si en un principio [la reserva legal] respondía a la necesidad de sustraer poderes de decisión al Monarca para otorgarlos al Parlamento, y por tanto suponía una distribución de materias entre dos poderes opuestos y con fuentes de legitimación absolutamente dispares, hoy la situación ha cambiado. Parlamento y Gobierno responden a la misma razón democrática, y la composición de ambos se determina en virtud de unas elecciones. La distribución de competencias entre los dos poderes incidirá, por tanto, en el juego de las mayorías y minorías, dato este que es el verdaderamente relevante" ("La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *Revista de Administración Pública*, , números 100-102, enero-diciembre de 1983, pág. 478).

potestades que consigna el texto Fundamental.⁶³ No obstante, por otra parte, en el caso de la *reserva general* (v. gr., artículos 60, N° 2 y 20 y 19, N° 26), el ejercicio de los derechos fundamentales sólo puede ser exclusivamente regulado por ley, limitando toda posibilidad normativa del Presidente de la República en este ámbito de materias. Sin perjuicio de ejercer, cuando sea procedente, su potestad reglamentaria *ejecutiva*, a fin de desarrollar las ideas básicas y directrices fundamentales establecidas previamente por el legislador.

-Del mismo modo, la relación ley-reglamento que se ha descrito, trae como consecuencia que ésta no puede basarse sólo en el principio de jerarquía, sino que requiere igualmente considerar el *principio de competencia*.⁶⁴ Toda vez que, como se ha dicho, el ámbito del legislador se fundamentaría en una competencia de atribución y no genérica. Donde el Tribunal Constitucional, por vía del conocimiento abstracto y en cada hipótesis normativa, debe determinar la competencia atributiva que le corresponden a los órganos intervinientes en la relación ley-reglamento, en lo que se ha denominado como *reserva de sentencia*.

-Por último, también se constata claramente la existencia, aunque no muy bien delimitada, de una *reserva de Gobierno* (cuya definición no se origina en el Congreso Nacional ni sus funciones las determina exclusivamente la ley, sino en una autonomía constitucionalmente derivada) frente a los demás poderes, especialmente el Legislativo. Esta presenta al Presidente de la República, en su calidad de supremo administrador del Estado (art. 24 de la Constitución), como un ente autónomo y con legitimidad propia, que extiende su autoridad de

⁶³ Hasta este punto, el ordenamiento constitucional chileno ha utilizado la reserva legal con una dinámica que, lejos de favorecer al Congreso, va en favor de los poderes del Ejecutivo. De esta forma y como lo pone de manifiesto A. GARRORENA: <<aunque la intención inicial de su formulación [la reserva de ley] fuera defender el ámbito de competencias del Parlamento frente a las intromisiones del Ejecutivo, lo cierto es que su dinámica natural trabaja inevitablemente en el sentido de acotar dichas competencias, con la correlativa ventaja residual para los Gobiernos; lo cual, por otro lado, explica la preferencia mostrada por la técnica de la reserva tanto en determinados regímenes autoritarios como en los regímenes parlamentarios con hibridación presidencialista>>; como es el caso del artículo 34 de la Constitución gaullista de 1958, inspirador del artículo 60 de la Constitución chilena (*El lugar de la Ley en la Constitución española*, op. cit., pág. 30).

⁶⁴ Vid. H. NOGUEIRA ALCALA. *Dogmática Constitucional*, op. cit., pág. 166.

dirección política (de acuerdo con la Constitución y las leyes) a todo cuanto tiene por objeto la conservación de los intereses nacionales.

ELECCIONES, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 19.745

Juan Pablo Beca F.
Prof. Derecho Constitucional.
Universidad Católica de Temuco

La modificación de la fecha de las elecciones para elegir a la totalidad de los diputados y a los senadores de las regiones impares que deben asumir sus cargos el 11 de marzo de 2002, fijada en el artículo 18 de las disposiciones transitorias de la ley 18.700, para el 16 de diciembre de 2001, me ha motivado a escribir algunas líneas sobre la relación entre la regulación de las elecciones y el Estado de Derecho, y la constitucionalidad de la ley 19.745, que agregó la referida disposición transitoria.

Diversos autores coinciden en que entre los elementos o requisitos que deben concurrir para que estemos en presencia de un Estado de Derecho se encuentran las elecciones reguladas.

Así, Mario Justo López enumera, entre las técnicas y principios básicos del Estado de Derecho, la designación de las autoridades por elecciones en que exista una competencia pacífica regulada¹. A su vez, en nuestro país, los profesores Cumplido y Nogueira señalan que entre los elementos esenciales del Estado de Derecho se encuentra el que las autoridades del Estado sean elegidas en elecciones competitivas, pacíficas y reguladas².

Las elecciones deben ser reguladas por ley, vale decir, con la intervención de los poderes colegisladores, evitando que un tema tan sensible para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática quede entregado a la voluntad de un solo órgano, sea éste

¹ López, Mario Justo. *Introducción a los Estudios Políticos*. Volúmen II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, página 24.

² Nogueira, Humberto y Cumplido, Francisco. *Derecho Político*, Ed. Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1990, página 293.

político o administrativo. Más aún, nuestro constituyente quiso que la ley que regula las elecciones tuviera carácter de orgánica constitucional, obligando con ello no sólo al Congreso Nacional a aprobarla con un quórum de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, sino también a la intervención del Tribunal Constitucional, llamado a ejercer un control preventivo de constitucionalidad.

La intervención del Tribunal Constitucional ha sido fundamental en esta materia en los últimos años de la historia político-institucional chilena. Baste recordar que las leyes electorales fueron aprobadas por la Junta de Gobierno antes de que se instalase el Congreso Nacional, razón por la cual el carácter de orgánica constitucional no tuvo mayor trascendencia para establecer el quórum de aprobación; pero sí lo tuvo al obligar a que estas normas fuesen controladas por el Tribunal Constitucional, órgano que en su oportunidad, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones (fallo Rol 33 de 1985), decidió que resultaba inconstitucional realizar un plebiscito sin que previamente se estableciera el Tribunal Calificador de Elecciones.

La ley en un Estado de Derecho debe ser general y abstracta, lo que reviste trascendental importancia al analizar la regulación que debe hacer de las elecciones. Resultaría atentatorio contra la conciencia democrática de la nación que existiesen normas diversas para cada uno de los candidatos o para los candidatos de uno u otro partido político.

El Tribunal Constitucional, con justa razón, en su fallo rol 326, de 24 de mayo de 2001, determinó que no era procedente una reforma a la ley 18.700 que pretendía adelantar la fecha de las elecciones, pues al momento de aprobarse dicha reforma por el Congreso Nacional, ya se encontraban corriendo algunos plazos establecidos por la propia ley. En particular, el Tribunal Constitucional sostiene que al adelantarse la fecha de las elecciones y pretender el legislador orgánico constitucional

que los plazos de residencia e inhabilidades vencieran el día 11 de diciembre -fecha original de las elecciones- en lugar del día 2 de diciembre -fecha propuesta por el legislador-, se violaban los artículos 44, 46 y 54 de la Constitución Política de la República. Es importante recalcar que el Tribunal Constitucional no considera inconstitucional per se cambiar la fecha de las elecciones, sino que estimó que en la oportunidad en que se pretendió hacerlo resultaba inconstitucional, considerando que los plazos referidos al requisito de residencia e inhabilidades parlamentarias ya se encontraban corriendo.

Semanas después de dictar el fallo rol 326, el Tribunal Constitucional, el 17 de julio de 2001, dicta el fallo rol 332, en que declara constitucional una modificación a la fecha de las elecciones, la que se concretó luego con la publicación de la ley 19.745. En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional arguye que la situación es distinta a la resuelta con anterioridad, pues “con el precepto que se ha propuesto en esta ocasión, no se ha incurrido en el vicio antes descrito, porque al postergarse la fecha de la elección de diputados y senadores del 11 al 16 de diciembre de 2001, en nada se ven afectados los plazos constitucionales antes mencionados, motivo por el cual el proyecto en estudio se ajusta a la Constitución Política de la República.”³

Si bien en la dictación de la ley 19.745, que introdujo el artículo 18 de las disposiciones transitorias de la ley 18.700, se respetaron las formalidades necesarias para la dictación de una Ley Orgánica Constitucional, al ser aprobada con el quórum requerido y ser declarada constitucional por el Tribunal Constitucional antes de su promulgación. Sin embargo, es necesario hacer presente que el análisis de la constitucionalidad de una ley es bastante más complejo que verificar el cumplimiento de requisitos formales, a lo que en esta oportunidad se limitó el Tribunal Constitucional, en circunstancias que se ha caracterizado, en los últimos años, por una interpretación orgánica y finalista de la Constitución.

³ Fallo Tribunal Constitucional. Rol N° 332. Considerando 6°.

Considerando las circunstancias de hecho que rodearon la dictación de la ley 19.745⁴, resulta prácticamente imposible afirmar e esta ley en cuestión revista el carácter de general. Resulta muy atendible, desde el punto de vista político, el querer evitar que errores formales impidan a la ciudadanía expresar libremente su voluntad y el que un partido político importante quede marginado de una elección por esta situación. Sin embargo, la solución jurídica que se dio al problema provoca serias dudas sobre la vigencia del Estado de Derecho en Chile, al dictarse una ley destinada a resolver el problema de un sector político. Como ya se dijo anteriormente, la generalidad de la ley resulta clave al regular las elecciones.

La modificación de la fecha de las elecciones generó una reacción contraria en buena parte de la opinión pública, lo que debe motivar una reflexión sobre la legitimidad de la misma. Si bien el criterio de legitimidad imperante actualmente es lo que Weber ha llamado la “autoridad legal racional”⁵, basada fundamentalmente en un acuerdo pactado entre todos que se manifiesta en la Constitución y en las restantes normas integrantes del sistema jurídico, no debemos olvidar que la idea misma de legitimidad arranca de una combinación de poder con autoridad, en el que resulta clave la aceptación por parte de los gobernados, no sólo de las personas de los gobernantes, sino de los procedimientos que éstos deben seguir para ejecutar sus acciones.

La reacción que el cambio de fecha de las elecciones provocó en la opinión pública, viene a demostrar que, a pesar de haberse actuado conforme a los procedimientos establecidos por la Constitución para poder realizar dicho cambio, este cambio no fue bien recibido por la ciudadanía, la que de cierta manera sintió vulnerado el pacto al que alude Weber. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el cambio de las reglas que rigen una elección (en este caso la fecha de las mismas), cuando el proceso ya se ha iniciado, atenta contra lo que Burdeau llama la “idea de derecho vigente en la

⁴ Como se recordará, esta ley fue dictada con el fin de permitir una nueva inscripción de candidatos demócrata cristianos cuya inscripción original adolecía de vicios formales

⁵ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México. 1964. Citado por Nogueira, Humberto y Cumplido, Francisco, *Derecho Político*, Ed. Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1990, página 212.

sociedad". Si nos remontamos al concepto romano de autoridad, como saber socialmente reconocido en oposición a la potestad, debemos forzosamente concluir que al aprobar la ley 19.745, los órganos colegisladores no actuaron con autoridad, obrando en consecuencia en forma ilegítima, a pesar de actuar dentro de su competencia y de ajustar su acción al procedimiento establecido por la Constitución.

La ley 19.745 vulnera los incisos primero y quinto del artículo 1º y el número 2º del artículo 19 de la Carta Fundamental. En efecto, el inciso primero del artículo 1º establece la igualdad en dignidad y derechos de todas las personas, igualdad que se ve vulnerada por la ley en cuestión, al tomar en consideración las circunstancias de hecho en que fue dictada, las que no fueron consideradas por el fallo del Tribunal Constitucional, con excepción de la prevención de la Ministra Luz Bulnes Aldunate. La ley se dictó con la clara intención de solucionar un problema puntual, y considerando que se dictó antes de la resolución del Servicio Electoral sobre las declaraciones de candidaturas a diputados y senadores, sólo permitió solucionar los problemas de quienes ya sabían de los errores en que habían incurrido al declararlas. Sin embargo, el Servicio Electoral, en uso de sus facultades y dentro del plazo legal, rechazó algunas candidaturas declaradas, sin que en ese momento fuese posible realizar una nueva inscripción.⁶ Es por ello que la ley 19.745 no respeta el principio de igualdad que proclama nuestra Constitución.

El inciso quinto del artículo 1º dispone que entre los deberes del Estado se encuentra el "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 decisión adoptada por los órganos colegisladores al modificar la fecha de las elecciones parlamentarias, lejos de promover

⁶ La ley 18.700, que regula la inscripción de candidaturas, no contempla la posibilidad de corregir vicios formales en que se hubiere incurrido al declarar candidaturas, obligando así al Servicio Electoral a rechazar, y en consecuencia no inscribir, las candidaturas de personas que cumplen con los requisitos para ser candidatos, pero han incurrido en algún error formal, como la no entrega de un documento o la falta de una firma.

Sería deseable que se estableciera un plazo, por cierto breve, dentro del cual pudieran solucionarse problemas formales. Si este plazo existiera, o se hubiese establecido en lugar de modificar la fecha de las elecciones, no se habría generado el problema que motivó estas líneas.

la integración armónica de los diversos sectores que conforman la Nación, ha tendido a profundizar la brecha existente entre quienes ejercen cargos públicos y la ciudadanía, provocando un sentimiento de separación entre “los políticos” y “la gente”. El Estado ha descuidado este deber que le impone la Constitución, lo que puede tener serias consecuencias en el funcionamiento del sistema democrático de gobierno, el que en conformidad al artículo 4° de la Carta Fundamental, rige en Chile.

Por otro lado, dentro del mismo inciso quinto que estamos analizando, como ya se dijo, se encuentra el deber del Estado de asegurar a las personas el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Ya se ha explicado por qué dadas las circunstancias de hecho, la ley 19.745 atenta contra el principio de igualdad, y que evidentemente provocó una desigualdad en las oportunidades de participar en las elecciones parlamentarias entre quienes tuvieron conocimiento de los errores administrativos en que incurrieron al declarar sus candidaturas antes del vencimiento del brevísimo nuevo plazo que existió para declarar candidaturas (el que comenzó a regir con la publicación de la ley 19.745 y expiró el mismo día), y quienes tuvieron conocimiento con posterioridad a este hecho.

El artículo 19 N° 2 se refiere a la igualdad ante la ley, prohibiendo expresamente la existencia de grupos privilegiados, y estableciendo que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Por las razones ya expresadas anteriormente, este precepto se ve igualmente vulnerado. Quienes tuvieron conocimiento de los errores administrativos referidos antes del 19 de julio (fecha en que se publicó la ley en cuestión en el Diario Oficial y en que venció el plazo para declarar candidaturas) se constituyeron en un grupo privilegiado, estableciendo la ley diferencias arbitrarias en su favor.

Por las razones ya esgrimidas, la ley en cuestión debió ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional al realizar el control preventivo de constitucionalidad, conforme al artículo 82 N° 1° de la Constitución.

ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. ALGUNAS REFERENCIAS AL MERCOSUR

Mónica Fernández Gutiérrez
Magister en Derecho Comunitario
Doctora © en Derecho.
Profesora de la Escuela de Derecho
De la Universidad Católica de Temuco

I. Introducción

El objetivo de este artículo es poner de relieve, la estructura jurídica fundamental del Sistema de Integración de la Unión Europea, principalmente en lo que respecta a las categorías de Derecho público, constitucional e internacional, por ser éstas, las más vinculadas a dicho fenómeno, destacando en particular, las relaciones entre el Ordenamiento jurídico comunitario y los Ordenamientos de los Estados miembros integrantes del Sistema.

El trabajo, si bien muestra de modo substancial el modelo europeo, se ha elaborado en aras de que el mismo pueda servir de referencia en la evolución de otros procesos de integración, en particular del proceso de integración regional del *Mercosur*.

Respecto de este último, se efectuarán las menciones que presentan mayor interés, tanto analógicas como discordantes, en relación al tema planteado. En todo caso, se debe destacar que, dadas las limitaciones propias de extensión del presente estudio, éste constituye una aproximación general, como antesala de profundizaciones ulteriores.

En la actualidad, el *Sistema de Integración Europeo* representa la referencia obligatoria, en mayor o menor medida, para otros procesos de integración, que, como es el caso del *Mercosur*, se

encuentran en un estado de menor evolución. En este sentido, sin lugar a dudas, la experiencia europea puede servir como un buen parámetro a fin de lograr una mayor potenciación en los sistemas de integración de otros lugares, respetando, eso sí, las particularidades de cada circunstancia regional en concreto. Del mismo modo, y en lo que a la *razón originaria* se refiere, el *telos* económico, común a ambos sistemas, ayuda a aproximar la relación analógica existente entre la Unión Europea y el *Mercosur*¹.

En lo que respecta a la estructura del presente trabajo, se comenzará con un análisis del contexto general del Sistema de Integración Europeo, donde se abordarán específicamente las relaciones con el Derecho internacional y el Derecho constitucional; para posteriormente estudiar el tema de las relaciones que se generan entre el Derecho comunitario y los Ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión Europea. Por último, una vez desarrollada la estructura principal, se deducirán las conclusiones más destacadas dentro del objeto metodológico trazado.

II. Contexto general del sistema de integración europeo: orden jurídico propio

Por lo que concierne al concepto de integración *en sí*, responde de forma general a un concepto marco, es decir, a la necesidad de los Estados de poner en común dentro de la escena internacional, una serie de intereses que constituyen una estructura

¹ En lo que hace referencia a la Unión Europea, constituida como tal tras el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, en Maastricht, los Tratados constitutivos de la misma, se sustentan en motivaciones principalmente económicas, donde se destacan los siguientes convenios: el Tratado Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957; el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero de 18 de abril de 1951; y el Tratado de la Comunidad de la Energía Atómica, de 25 de marzo de 1957 (EURATOM.). Sin embargo, la constante evolución de las Comunidades Europeas ha ido suponiendo, asimismo, una ampliación progresiva del ámbito competencial y de actuación comunitario, incluyendo dicho proceso otro tipo de objetivos, si bien limitados en todo caso en su evolución, por la afirmación de aquellos fundamentos económicos que dieron cuerpo originariamente al Sistema.

concreta, la cual, dependiendo del grado y la intensidad del proceso integracionista, hace surgir uno u otro tipo de sistema².

La *Unión Europea* constituye un sistema de integración con una dinámica propia, caracterizado fundamentalmente por tener como destinatarios, tanto a los Estados miembros como a los particulares, y que excede, en gran medida, las pautas y objetivos que en su día la originaron. En la actualidad se encuentra en un grado de integración en constante estado de evolución, abarcando, en sí mismo, ámbitos que escapan sobradamente a los económicos contemplados por los Tratados originarios.

Un rasgo esencial del Derecho comunitario es su carácter *autónomo*, esto es que se ejerce con una capacidad de regulación jurídica propia muy extensa. Este elemento está asimismo justificado por el intento, llevado a cabo fundamentalmente por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), de compatibilizar el aseguramiento efectivo de los derechos que el Ordenamiento jurídico comunitario reconoce a los individuos, con la finalidad económica propia de este tipo de sistemas. En este sentido, igualmente se debe poner de relieve que el carácter autónomo, al igual que otros caracteres esenciales del Derecho comunitario europeo, ha sido el resultado de la labor jurisprudencial llevada a cabo por el TJCE, siendo en la sentencia del caso *Costa*³ donde el Tribunal abandonó la anterior calificación de Orden jurídico internacional, mantenida en la sentencia del caso *Van Gend end Loos*⁴, para emplear la fórmula de *Orden jurídico propio*, añadiendo "*que el Derecho nacido del Tratado tiene una naturaleza específica y original*"⁵,

² Por lo que concierne al caso concreto del Mercosur (Mercado Común del Sur) responde a la forma de organización internacional constituida por el Tratado de Asunción, que entró en vigor el 2 de diciembre de 1991, la cual, como bien es sabido, conforma una Organización Internacional de tipo intergubernamental; la cual, en virtud de la inexistencia de delegación de soberanía por parte de los Estados que la conforman, difiere ampliamente de la situación existente en el proceso de integración supranacional de la Unión Europea.

³ Sentencia *Costa*. TJCE, 15/07/64, 6/64, 1141

⁴ Sentencia TJCE, *Van Gend En Loos*, 5/02/63, 26/62, 1.

⁵ vid. PH. MANIN. *Les Communautés Européennes. L'Unión Européenne. Droit institutionnel*. Editions Pedone. Paris. Pag. 305. Respecto a la particularidad que resalta este autor en torno al Derecho comunitario europeo, se estima que viene determinada, como ya se ha adelantado, por el elemento de supranacionalidad existente en el Ordenamiento comunitario europeo, que está directamente vinculado con los efectos de la aplicabilidad directa en los particulares, situación que se diferencia del factor de intergubernamentalidad que caracteriza al Mercosur.

queriendo de este modo dejar patente, valga la redundancia, su especificidad respecto de las concepciones clásicas del Derecho internacional.

Este hecho jurídico, a su vez, ya encontraba su sustento teórico en la obra de **H. Kelsen**, quien precursoramente sobre el particular señalaba que: “si se quiere mantener la tesis de una multiplicidad de comunidades jurídicas, coordinadas entre ellas y consideradas como Estado, es preciso renunciar a la soberanía concebida como propiedad de cada Estado y admitir la idea de un Orden jurídico internacional, que se encuentre por sobre todos ellos y mediante el cual, se coordinen, delimitando sus respectivas esferas de competencia (...) cada vez hay más instituciones interestatales - prosigue este autor- que son manifestación de comunidades supranacionales en materia de legislación, jurisdicción y administración”⁶.

a) Referencias al Derecho Internacional

El Ordenamiento jurídico comunitario europeo se estructura en función de una serie de pautas y conceptos que, si bien se nutren de los preceptos establecidos fundamentalmente por el Derecho internacional clásico y del acervo constitucional europeo, sin embargo, se separa de ellos por la especificidad misma de su naturaleza. Se define así, como una estructura jurídica propia y diferenciada de las categorías jurídicas ya existentes, y caracterizada por el elemento de supranacionalidad, el cual, por un lado, es causa y consecuencia de las habilitaciones constitucionales de los Estados parte en el sistema, y por otro, fundamento estructural del Tratado de integración⁷.

⁶ KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

⁷Por lo que al sistema jurídico del Mercosur se refiere, no existe ninguna atribución que otorgue supranacionalidad, ni mucho menos capacidad de producir efectos jurídicos directos a los particulares. Especial importancia reviste la necesidad de clarificación en este punto, debido a la ambigua interpretación que han generado algunas disposiciones de Derecho originario del Mercosur, lo cual pone de manifiesto la conveniencia de establecer, en su caso (bien en el Tratado constitutivo, bien en sus Protocolos posteriores), mención expresa del efecto directo de sus disposiciones. vid. F.GONZALEZ ODELKOP, *La integración y sus instituciones*, Edit. Ciudad Argentina, pág. 200.

Así, sobre el particular, **G. Isaac** afirma que el Derecho internacional no regula por él mismo las condiciones en las cuales las normas contenidas en los tratados deben integrarse en el Ordenamiento jurídico de los Estados para ser aplicables allí por sus órganos y jurisdicciones, y deja esa materia en manos del Estado que las regula, para lo cual, señala este autor, existen dos concepciones doctrinales que inspiran las condiciones positivas: el enfoque monista y el enfoque dualista⁸.

En el caso del Derecho de la integración europea, en principio es el enfoque monista el que está consagrado, entre otras disposiciones, en el artículo 189 del Tratado⁹, el cual otorga la aplicabilidad inmediata del *Reglamento* (norma de uniformización comunitaria) en cada Estado miembro. Asimismo, se da por supuesto que dicho Derecho debe ser igualmente aplicado por los órganos jurisdiccionales internos. De esta forma se puede afirmar, como señala **P. Manin**, que el monismo se desprende de la naturaleza misma de las *Comunidades*¹⁰.

Del mismo modo, de la circunstancia que el Derecho comunitario constituya un Ordenamiento jurídico propio, como expresa igualmente **P. Manin**, resulta, por una parte, “la existencia de una *aplicación inmediata* del Derecho comunitario, y por otra, un principio de invocabilidad de dicho Derecho, por los nacionales de los Estados”¹¹. Vale decir, que el Derecho comunitario se integra en el

⁸ Vid. ISAAC, G. *Manual de Derecho comunitario general*. Edit. Ariel. 1997 p. 190 y ss. En relación a la doctrina internacionalista, PH. MANIN indica lo siguiente: “la *concepción dualista*, que durante un tiempo prevaleció universalmente, la cual considera que, el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales son sistemas independientes y separados, que coexisten paralelamente como compartimentos estancos, lo que determina que, para que un tratado regularmente ratificado, pueda producir efectos en el ordenamiento interno de cada Estado, es necesario que éste recoja sus disposiciones en una norma nacional, (*nacionalizando* el tratado), la cual será aplicada por el juez, en calidad de regla de Derecho interno en la que se ha convertido, y no como regla de Derecho internacional. Del otro lado, la *concepción monista*, está basada en la unidad del ordenamiento jurídico. La norma de Derecho internacional se aplica de manera inmediata, sin recepción, ni transformación en el ordenamiento interno de los Estados que son parte del tratado”. *Les communautés Européennes. L'Union Européenne. Droit institutionnel*. Op. cit. Pag. 305 y ss.

⁹ Tratado de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957).

¹⁰ Vid. *Les communautés Européennes. L'Union Européenne. Droit institutionnel*. Op. Cit. Págs. 307 y ss.

¹¹ Ibidem. p. 307 y ss. Por su parte en el sistema jurídico del Mercosur la situación difiere, pues si bien su Derecho es obligatorio para los Estados miembros, las normas de Derecho derivado que emanan de sus órganos carecen de la aplicabilidad inmediata, ya que no tiene reconocida, de

Derecho de los Estados miembros, y éstos no disponen de opción de elección entre dualismo y monismo, porque es este último principio el que se impone.

b) Referencias del Derecho comunitario respecto del Derecho constitucional

Como se desprende de lo dicho anteriormente, el Derecho comunitario se nutre de elementos fundamentales del Derecho constitucional, extrayendo los conceptos y valores que mejor se corresponden con sus necesidades estructurales. De ahí la conveniencia de efectuar una breve mención a su relación con dicho Derecho.

Por lo que respecta a la constitucionalidad del Sistema de Integración Europeo, si bien es cierto que a su evolución se le ha imputado un déficit constitucional, dicho déficit no llega, sin embargo, al extremo de hacerlo extensivo a las disposiciones y actos que deben sustentar la base constitucional que posibilite la integración misma; puesto que, esta cesión de soberanía viene determinada por medio de cláusulas específicas (en mayor o menor medida, por regla general de tipo constitucional) que habilitan al Estado para realizar dicha delegación. Como afirma **F. Rubio Llorente**: “es naturalmente inexcusable para el Estado, la necesidad de dotar de una base constitucional adecuada a tales cambios, cuya propia legitimidad quedaría en entredicho si se llevaran a cabo en contra de la Constitución, o al margen de ella”¹².

En lo que concierne a la articulación entre Derecho comunitario europeo y los Derechos internos, como indica este mismo

forma global, la primacía del mismo respecto del Derecho de los Estados parte, ni tampoco tiene otorgado el efecto directo. Por esta razón, como mantiene **F. GONZALEZ ODELKOP**, “no puede hablarse en relación a las normas emitidas por los órganos del Mercosur -tal como estos órganos están establecidos ahora- de un Derecho derivado de aplicación directa a los particulares”. *La integración y sus instituciones*. Edit, Ciudad Argentina, 1997, p. 203. Como tampoco está claro que se deriven realmente del Derecho originario (Ibidem. Op, cit. pág. 214).

¹² *El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*. Fundación Ortega y Gasset, Madrid 1996, pág. 15-38. Por otra parte, los Estados, a la hora de decidir sobre la participación en

autor, se produce la llamada *doctrina de los dos ordenamientos*, es decir, una vez en vigor, los Tratados tienen efecto y primacía tanto respecto de la ley como respecto de la Constitución, con independencia de cuáles sean las previsiones al respecto en el Derecho interno. En rigor, y dado que muchas de las Constituciones europeas dan a los Tratados internacionales un rango supralegal, en lo que toca al Derecho originario, las principales consecuencias que se derivan de la *doctrina de los dos ordenamientos*, son las atinentes al efecto directo de los Tratados y a la imposibilidad de cuestionar su validez constitucional, siquiera sea a través del control de constitucionalidad de las leyes que autorizaron su ratificación o su incorporación al ordenamiento nacional¹³.

Sin embargo, parece conveniente hacer mención al enfrentamiento existente entre el principio de primacía constitucional de los Estados soberanos y la afirmación global de la primacía del Derecho comunitario sobre la totalidad de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el cual, si bien resulta más teórico que práctico, ha generado no pocos cuestionamientos doctrinales. Algunos Tribunales constitucionales, particularmente el alemán y el italiano, se han pronunciado al respecto, para dejar establecido el límite a la evolución del Derecho comunitario que se sitúa en la protección de los derechos fundamentales, el cual en ningún caso podrá ser sobrepasado¹⁴. En todo caso, el TJCE, al establecer la protección de los

un sistema de integración, deben, asimismo, contar con cláusulas constitucionales destinadas al efecto.

¹³ Ibidem, pág. 15-38. En el caso del Mercosur, los Estados parte cuentan con cláusulas constitucionales habilitadas para la participación de los mismos en los Tratados internacionales que estimen convenientes, o como en el caso de Argentina que, tras su reforma constitucional de 1994, prevé en su artículo 75, inciso 22, que los Tratados y Concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, con lo que estableció de forma indudable el principio de supremacía de los mismos (vid. F.GONZALEZ ODELKOP, *La integración y sus instituciones*. Op. Cit, pág. 200). En el caso chileno, la Constitución de 1980, no establece ninguna cláusula habilitante específica, ni las disposiciones existentes en materia de Tratados, aluden en ningún caso a la posibilidad de delegar competencias a una estructura superior al Estado. Los límites a la soberanía que se presentan de forma clara son los que conciernen única y exclusivamente a los Tratados de protección de derechos esenciales de la persona humana, art. 5, ni se establece en ninguna otra disposición, un procedimiento expreso para realizar esa supuesta delegación, art. 17.

¹⁴ Vid., RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C. Tribunales constitucionales y Derecho comunitario, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1191, o PI LLORENS, M. *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Edit. Ariel, 1999. Pág. 42 y ss.

derechos fundamentales, se basa, como no podía ser de otro modo, en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en los Convenios Internacionales destinados al efecto.

Por otra parte, cabe destacar que, según señala **G. Zagrebelsky**, entre las tendencias generales del Derecho constitucional que se han venido desarrollando durante el siglo XX en torno a la idea de Estado constitucional, destacan de modo significativo el proyecto de superación de la división de Europa en Estados nacionales celosos de su soberanía¹⁵. En efecto, el concepto de soberanía se ha ido viendo desplazado, no sustituido, en ciertos casos, por instancias que trascienden al Estado, obligándole a evolucionar de forma insospechada. Por esta razón **G. Zagrebelsky** ha llegado a decir sobre el particular que: “la noción básica del concepto de Estado, sea en su vertiente interna (el Derecho público interno), sea en su vertiente externa (el Derecho público externo o internacional), era por lo tanto, la soberanía de la persona estatal. Hoy sin embargo esta noción, ya no puede reconocerse con la misma claridad de aquella realidad política operante”¹⁶.

Como afirma igualmente este autor, en referencia al acervo europeo de doctrina constitucional, “los europeos, han vivido hasta hace poco tiempo, una época cuyos conceptos jurídicos venían totalmente referidos al Estado y presuponían al Estado como modelo de unidad política”¹⁷. Sin embargo, como argumentó, en su día, **C. Schmitt**, “la época de la estatalidad, ya está llegando a su fin (...). El Estado como modelo de la unidad política, el Estado como titular del más extraordinario de los monopolios, el monopolio de la decisión

¹⁵ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Edit. Trotta. Barcelona. 1999. p 9 y ss.. Igualmente, como señala este autor, en esa idea de soberanía se encontraba implícito el principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno. El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado hubiera dejado de ser “el todo”, para pasar a ser simplemente una parte de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión, la soberanía y con ello, la esencia misma de la estatalidad. Por lo que concierne al Mercosur, como ya se ha dicho, su Ordenamiento Jurídico no dispone de cláusulas específicas que supongan el reconocimiento del efecto directo para los particulares, lo que no excluye evidentemente que los Estados estén obligados por dicho Tratado.

¹⁶ *Ibidem* pág. 9 y ss.

¹⁷ *Ibidem*. Pág. 9 y ss. Sin embargo, por lo que concierne al valor de la soberanía para los Estados latinoamericanos, en general, ésta es concebida de una forma todavía bastante distinta al concepto que se está dando forma en Europa.

política, esta brillante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental, está a punto de ser derrumbada”¹⁸. De ahí que para G. Zagrebelsky, en virtud de la pérdida de la posición central¹⁹, hoy en día el concepto debe ser construido²⁰.

En definitiva, se puede afirmar que el Estado contemporáneo ha ido asumiendo poco a poco formas de integración supranacional, que suponen un debilitamiento desde la perspectiva de la soberanía del mismo, generando, a su vez, estructuras superiores de las que los Estados forman parte voluntariamente, para ejercer una serie de roles que independientemente de éstas no podrían llevar a cabo²¹.

III. Breve referencia a la importancia de los principios rectores en el Derecho comunitario europeo: principio de primacía y principio de efecto directo

El Ordenamiento jurídico comunitario, como algo se ha adelantado, se estructura sobre las relaciones de cohabitación existentes entre dicho Ordenamiento y los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, que a su vez obedecen a una serie de principios rectores²². Éstos, a su vez, son causa y consecuencia de la aplicación inmediata y directa reconocida a la totalidad del

¹⁸ *El concepto de lo político*. Alianza. Madrid, 1991, p. 40.

¹⁹ vid. RUFFILLI, R., *Crisis dello stato moderno: ideologie e istituzioni*. Il Mulino, Bologna, 1984, p. 213.

²⁰ vid *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Op. cit. p.10. Respecto de los Estados parte del Mercosur, éstos deben hacer una autoevaluación respecto de su respectiva voluntad política de constituir o de formar parte de un sistema supranacional, en lugar de quedarse en el nivel de intergubernamentalidad, si en definitiva lo que se quiere es que sus disposiciones generen efectos directos para los particulares.

²¹ Cada vez se va haciendo más patente la influencia que generan los Estados parte de un sistema de integración sobre sus Estados vecinos, los cuales, frente al ente creado, pueden llegar a sufrir importantes repercusiones, sobre todo ajenas a la integración económica, derivadas de las consecuencias del aislamiento respecto del Comercio Internacional. Dichos procesos responden, en cierto modo, al popular lema de “la unión hace la fuerza”.

²² Respecto de los principios que van a ser vistos en este apartado, como se ha hecho referencia anteriormente, la separación existente entre los sistemas de integración de la Unión Europea y del Mercosur, se hace, al día de hoy, todavía muy grande; especialmente en el terreno de la primacía del Derecho comunitario europeo y del principio del efecto directo. Por ello, dichos principios rectores en el ámbito actual del sistema del Mercosur no le son aplicables; tal como son contemplados, no obstante, su análisis puede constituir la antesala de lo que podría ser en el futuro este sistema de integración latinoamericano.

Ordenamiento y fundamento de las prerrogativas que los particulares tienen reconocidas a la hora de extraer los derechos que el mismo les concede. Esta coexistencia de legislaciones, como se ha mencionado anteriormente, está determinada a su vez, por la cesión parcial de su ámbito soberano efectuada por los Estados nacionales, y por el reconocimiento particular de los efectos que las disposiciones comunitarias generan con su aplicación en dichos Ordenamientos internos²³.

Sobre este extremo cabe destacar que, dentro del Derecho comunitario europeo, *el principio de efecto directo y el principio de primacía*²⁴ constituyen la piedra angular de estas relaciones entre Ordenamientos (supranacional y nacional), y deben su existencia a la labor generadora del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, intérprete supremo del Ordenamiento comunitario e institución de control jurídico y salvaguardia de su cumplimiento²⁵.

Se puede afirmar concretamente en relación al *principio de primacía* del Derecho comunitario, que éste constituye la condición esencial de la existencia de dicho Ordenamiento en sus relaciones con los Ordenamientos de los Estados miembros; así como la afirmación del principio de efecto directo, la constituye respectivamente para los individuos. De esta forma, de acuerdo con **R. Alonso García**, "al Derecho nacido del Tratado, por razón de su naturaleza específica original, emanado de una fuente autónoma, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, cualquiera que sea, sin perder su

²³ En esta cuestión hay que recordar también, que en sistema instaurado por el Mercosur no se ha efectuado ninguna delegación de soberanía, por lo que se está en presencia de un sistema intergubernamental, basado fundamentalmente en las voluntades soberanas de los Estados integrantes.

²⁴ Los cuales no podrán ser desarrollados en profundidad en esta ocasión.

²⁵ La existencia del Tribunal de Justicia, tal y como está concebida en el caso europeo depende, asimismo, de la afirmación del principio de primacía del Ordenamiento jurídico comunitario sobre los Ordenamientos de los Estados miembros, así como de la necesidad de la existencia de una institución que vele por el cumplimiento efectivo del contenido de ese Derecho en forma independiente de los Estados miembros; a diferencia de la situación que se genera en el Mercosur debido a su sistema de resolución de controversias, donde se carece de un órgano con características de independencia y permanencia, que decide mediante laudos arbitrales con el riesgo que el incumplimiento de los mismos implica dentro del Estado (Vid, **R. ALONSO GARCÍA**, *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*. 1997. Edit. Mac Graw Hill).

carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad, *implicando la transferencia de los Estados miembros en favor del ordenamiento comunitario, una limitación definitiva de sus derechos de soberanía contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad*"²⁶.

Por otra parte, como afirma G. Van Der Mersch, la primacía del Derecho comunitario aparece como consecuencia necesaria y coexistente con el principio de efecto directo²⁷. Así, si el efecto directo se justifica en una regla básica del Derecho comunitario, el cual exige que sus normas sean aplicadas de manera general, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros, es claro que no pueden quedar sometidas a preceptos de Derecho interno, anteriores o posteriores a la norma comunitaria, que tengan un contenido contradictorio con ella. Si tal eventualidad se produce, los fundamentos del efecto directo imponen que la norma interna sea desplazada²⁸. A esta virtud de imponerse sobre los contenidos de Derecho interno, se le llama *primacía*, principio estrechamente ligado con el de eficacia directa del Derecho comunitario²⁹.

Igualmente se puede constatar, de acuerdo con J. V. Louis³⁰ y D. Ruiz-Jarabo Colomer³¹, entre otros, que la doctrina sobre la primacía se dirige en la práctica principalmente al juez nacional a la hora de cumplir con la obligación de aplicar el Derecho comunitario, dependiendo la efectividad del principio de primacía consagrado por la jurisprudencia del TJCE, de su puesta en práctica

²⁶ ALONSO GARCÍA, R. *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Edit. Ramón Areces, Madrid, 1994. pág. 296.

²⁷ "Reflexions sur l'application directe du droit communautaire dans l'ordre juridique interne des états membres". *Bulletin CL Lettres et Sciences Morales et Politiques*, Académie de Belgique, 1979. p. 545. R.C. PELLICER ZAMORA, Los caracteres del Derecho comunitario. *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D, 5 noviembre de 1985, J.V. LOUIS, Comentario a los artículos 189 a 192 del Tratado CEE, obra colectiva de J. Megret. *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 10, tomo 1 Edit, Université de Bruxelles, Bruselas, 1983.p. 524.

²⁸ MUÑOZ MACHADO, S. *El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea*, De. Civitas, Madrid, 1986, p.144.

²⁹ Vid. RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. El Ordenamiento jurídico comunitario: caracteres generales y elementos constitutivos, *Revista de Instituciones Europeas*, 1974, p 597.

³⁰ Vid. *El ordenamiento jurídico comunitario*. Comisión de las Comunidades Europeas. Col. Perspectivas Europeas, Bruselas, 1991.p. 143.

³¹ Vid.. *El juez nacional como juez comunitario*. Edit. Civitas. Pág. 130 y ss.

Pág. 130 y ss. Sentencias al respecto, *Marimex*, de 7 de marzo de 1972, 84/71, Comisión contra Francia de 4 de abril de 1974, 167/73 entre otras.

por los jueces, ante los cuales se suscitan los conflictos entre normas internas y comunitarias³². La importancia de la doctrina establecida por el TJCE radica en que le confiere al juez nacional un poder enormemente relevante, al permitirle controlar la “comunitariedad” de su legislación nacional, que modifica de hecho el sistema constitucional de los Estados miembros³³.

Respecto del *principio de efecto directo*, éste constituye la parte más compleja de la aplicación del Derecho comunitario, el cual de forma general hace referencia a las condiciones en que una persona (física, jurídica, privada o pública) puede hacer valer el contenido de una disposición. Para el sistema comunitario europeo la consecuencia más directa, es que las personas se convierten automáticamente en titulares de derechos individuales, aunque no estén expresamente designadas como las destinatarias de una disposición comunitaria³⁴.

A su vez, en el ámbito específico del Derecho internacional, en la actualidad ya nadie discute que los tratados puedan conceder directamente derechos o imponer obligaciones a los individuos, y no sólo parapetarse en producir efectos jurídicos respecto de los sujetos estatales³⁵. En dicha esfera, podría darse también la existencia de la aplicabilidad directa a los particulares, caso en el que se hubiese acordado explícitamente tal aplicabilidad a los mismos. Sin embargo, como ya se ha adelantado, el Derecho comunitario europeo difiere substancialmente del Derecho internacional clásico, toda vez que éste es directamente aplicable en toda su amplitud, como principio inherente al propio Ordenamiento desde la pertenencia del Estado a la

³² DIEZ DE VELASCO, M.. *Las organizaciones Internacionales*. Edit. Tecnos: Madrid 1999. p. 644. En general cabe observar que salvo contadas excepciones, la mayor parte de los tribunales nacionales han respetado los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJCE, sobre el principio de primacía, siendo cada vez más acentuado el alineamiento con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

³³ Vid. RUIZ JARABO COLOMER, D. *El juez nacional como juez comunitario*. Op. Cit.: Pág. 130 y ss.

³⁴ Esta circunstancia no puede darse por sobreentendida en el caso particular del Mercosur, ya que, como sostiene F. GONZALEZ ODELKOP, “el tratado de Asunción, y los protocolos adicionales, a diferencia de los Tratados de las Comunidades Europeas, no han otorgado al Consejo, ni a los otros órganos del Mercosur, la facultad de regular en forma directa mediante normas de contenido general, ni particular la actividad de los particulares” (La integración y sus instituciones. Op. Cit.)

³⁵ Vid. ISAAC, G.. *Manual de Derecho comunitario general*. Op. Cit. Pág. 195.

Comunidad³⁶. De este modo, citando a **R. Lecourt**, cabe afirmar que esta afirmación del *efecto directo* supone “el derecho de cualquier persona de pedir a su juez que le aplique las fuentes comunitarias -los tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias-. Es la obligación para el juez de hacer uso de los textos, cualquiera que sea la legislación del país del que dependa. Es, el respeto de ese derecho y de esa obligación”³⁷.

En definitiva, la teoría del *efecto directo* de las fuentes comunitarias está destinada a establecer las condiciones en las cuales un particular puede invocar una disposición del Derecho comunitario con el fin de extraer una prerrogativa de éste, y, si es necesario, de hacer eliminar al juez nacional toda regla jurídica concerniente al Estado miembro no compatible con el Derecho comunitario, encontrándose en la afirmación y reconocimiento general de dicho principio la pieza clave de apoyo de los intereses de los particulares en el Ordenamiento comunitario³⁸.

Sin embargo, la afirmación de la *aplicabilidad directa* de las normas comunitarias europeas está sometida al cumplimiento de

³⁶ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ha tenido la oportunidad de establecerlo y definirlo por vía jurisprudencial, fundamentalmente se encuentra reflejado en la sentencia del caso *Van Gend En Loos*, ya citada, en la cual el Tribunal ha afirmado que: “*el objetivo del Tratado de la CEE es instituir un mercado común, en el que el funcionamiento concierne directamente a los sujetos de Derecho de la Comunidad*”, estableciendo que “*este Tratado constituye, más que un acuerdo que crea obligaciones para los Estados miembros, un nuevo orden jurídico de derecho internacional por el que los Estados han limitado sus derechos soberanos y en el cual los sujetos no son solamente los Estados, sino también sus nacionales*”. (Vid. MANIN, Ph. *Les Communautés Européennes L'Union Européenne. Droit Institutionnel*, Op. cit pag. 305).

³⁷ *L'Europe des juges*, Bruselas, Bruylant, 1976, 248. Respecto del Mercosur, la falta de compromiso político de los Estados parte a la hora de construir un Derecho directamente aplicable, se pone de relieve tanto en el momento de dar a luz al Tratado de Asunción, como por las omisiones que en el Protocolo de Ouro Preto han seguido manteniéndose. F. GONZALEZ ODELKOP opina, sin embargo, que de dicho Protocolo parece desprenderse la necesidad de la exigibilidad respecto de los particulares (Vid. *La integración y sus instituciones*, Op. Cit, p. 209). La necesidad anteriormente apuntada, surgirá en todo caso el momento en que se decida realizar un proceso de integración, que no sólo quede reducido a una serie de acuerdos y compromisos comerciales, de mayor o menor intensidad. De cualquier modo será la coincidencia de las voluntades políticas de los Estados, como de la aptitud de sus respectivas estructuras internas, estén o no preparadas para asumir el coste de una integración, si cabe la redundancia, más íntegra.

³⁸ Sin embargo, esta teoría constituye la parte más compleja del Derecho comunitario europeo, puesto que las condiciones del efecto directo dependen, a su vez, de la fuente invocada. Para mayor profundización remitirse a MANIN, PH, Op cit. Y con respecto al tema del Mercosur, DROMI EKMENDJIAN, RIVERA. *Derecho comunitario del Mercosur*. Op. Cit, p. 154.

una serie de condiciones. En este sentido, **D. Carreau** opina que, “a diferencia de la primacía, que es una noción absoluta que se predica de toda norma comunitaria, en el contexto europeo, la aplicabilidad directa, sin embargo, es una noción restringida que hay que determinar caso por caso, a modo de construcción pretoriana”³⁹. De esta forma, como afirma **A. Mangas Martín**⁴⁰, el TJCE, en la exclusiva labor de delimitación comunitaria, ha ido estableciendo progresivamente los criterios de fondo para admitir que una norma comunitaria tenga efecto directo. De este modo, la disposición debe ser esencialmente *precisa e incondicional*.

Como consecuencia de la afirmación de la aplicabilidad inmediata, del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario, va surgiendo una segunda generación de principios que, como el de *responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario*⁴¹, supone un avance esencial para el reconocimiento eficaz de los derechos atribuidos a los particulares por dicho Ordenamiento, traducándose en que los Estados quedan obligados a reparar, en su caso, los daños producidos a los particulares por actuaciones incorrectas imputables a éstos⁴².

Por último, en lo que concierne a la *ejecución y aplicación* de dichos principios del Derecho comunitario en los Estados miembros, se estructuran, como ya se ha hecho mención anteriormente, a través de la participación de los jueces nacionales⁴³, que la materializan y hacen convivir a éste con el Ordenamiento jurídico interno respectivo. De esta forma, el Derecho creado viene a aplicarse sin confundirse con el Derecho nacional, imponiendo su

³⁹ Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? RTDE, 1978.

⁴⁰ MANGAS MARTÍN, A., LIÑAN NOGUERAS, D. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Edit, Mc Graw Hill, 1999, p. cit. p. 200.

⁴¹ Sentencia, TJCE, *Frankovich y Bonifaci* de 19 de noviembre de 1991. (6 y 9/90). El Tribunal indicó que “la plena eficacia de las normas comunitarias sería cuestionada y la protección de los derechos que ella reconocía se vería debilitada, si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener reparación cuando sus derechos han sido lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado miembro”.

⁴² Para una mayor profundización ver: MUÑOZ MACHADO. *La responsabilidad civil de la Administración, por incumplimiento del Derecho comunitario europeo*” Lección inaugural de la Escuela libre de Derecho y Economía, ref. Anterior artículo, MANIN, Op. Cit, p. 323.

⁴³ Vid, Sentencia *Simmenthal*, 9 de marzo de 1978, 106/77, RUIZ JARABO COLOMER, OP. Cit, p 62., o sentencia INCOGE, de 22 de octubre de 1998.

primacía e impidiendo desarrollos normativos o actuaciones nacionales que vulneren las disposiciones del Ordenamiento supranacional.

En el caso del *Mercosur*, el cumplimiento y control de las normas derivadas del sistema de integración están determinados, como establece el artículo 1 del Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991, por “*el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración*”. Como recuerda **F. González Odelkop**, “los Estados tienen la obligación de armonizar sus normas dictando las leyes y los reglamentos que contengan los parámetros fijados por las decisiones, las resoluciones y directivas del *Mercosur*. Sin embargo, el control de esta obligación es difícil de efectuar en un sistema carente de supranacionalidad”⁴⁴. De esta forma es criticable, en lo que concierne a este Sistema de integración, la situación de impotencia a la que se enfrenta el particular, a pesar del contenido previsto en el *Protocolo de Brasilia*⁴⁵ (el cual establece las pautas del sistema de resolución de controversias en el interior del *Mercosur*, que no responde concretamente a las necesidades de los particulares a la hora de invocar los derechos que puedan hacer valer, sino que se centra principalmente en el establecimiento de un sistema de resolución de conflictos que surjan entre los Estados por el incumplimiento de las normas del *Mercosur*⁴⁶, basado en simples laudos arbitrales).

IV. Conclusiones

a) El Derecho comunitario europeo se presenta como un Ordenamiento particular y autónomo, que se caracteriza por una preeminencia del mismo sobre los Ordenamientos jurídicos de los

⁴⁴ *La integración y sus instituciones*. Op. Cit, p, 216.

⁴⁵ Protocolo de Brasilia para la solución de controversias de 17 de diciembre de 1991. Asimismo, ver, **R. RUIZ DIAZ LAMBRANO**, Hacia un Tribunal de carácter supranacional en el Mercosur, en *Desafíos del Mercosur*, 1997, pág. 159 o **PIAGGI**, Solución de controversias en el Mercosur, *Derecho de los Negocios*, 7, 65, pág. 3.

⁴⁶ Para mayor profundización, vid, **MORELLO, A. y OTEIZA, E.** El sistema de solución de controversias en el Mercosur, en *El Mercosur*. Librería editora Platense, La Plata, 1993. Ver asimismo, **ALONSO GARCÍA, R.** *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación conforme*. 1997. Edit, Mac Graw Hill.

Estados miembros. Dicha preeminencia tiene su origen en virtud de la cesión parcial de soberanía realizada por los Estados y que sus propios textos constitucionales autorizan, revelando, por ende, una superación de los cánones clásicos del Derecho público en este aspecto. De esta forma se erige como una estructura supranacional que se integra directamente en los Ordenamientos internos de los Estados miembros.

b) El sistema de integración europeo, si bien encuentra, de acuerdo a lo indagado, numerosas analogías con el sistema del *Mercosur*, substanciales son también las diferencias estructurales y evolutivas de los mismos. En efecto, como carácter común a ambos sistemas, destaca la obligación de facilitar la correcta aplicación del Derecho comunitario, tanto en la Unión Europea como en el *Mercosur*, por todos los medios de los que se dispongan, en coherencia, a su vez, con los objetivos integradores que han dado vida a ambos Sistemas. Sin embargo, como diferencia fundamental, se debe poner de relieve tanto lo relativo a la primacía como lo que concierne al efecto directo del Derecho comunitario europeo, mediante el cual se crean verdaderos derechos y obligaciones, ya sea para los Estados como para los particulares, destacando especialmente la esfera de protección de la que los ciudadanos europeos se benefician, por cuanto disponen de una instancia de tutela de sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta situación contrasta con el nivel de protección existente en este ámbito en el sistema del *Mercosur*, todavía determinado, como se ha estudiado, por las consecuencias que la intergubernamentalidad del mismo provocan, lo que impide una tutela judicial efectiva respecto de las disposiciones derivadas de tal sistema.

c) De lo estudiado se puede afirmar que el sistema del *Mercosur*, caracterizado por los elementos de falta de supranacionalidad, carencia de Ordenamiento jurídico autónomo, de eficacia directa, y de inexistencia de una instancia jurisdiccional que ostente un verdadero poder en la resolución de controversias (debido a que, en este último caso, tras un eventual incumplimiento del laudo arbitral, como mecanismo establecido para la resolución de conflictos, no cabe instancia superior para obligar al Estado infractor al cumplimiento de las normas comunes), en miras de lograr un mayor grado de evolución como

mecanismo de integración, puede encontrar sin lugar a dudas en el Sistema de Integración Europeo un parámetro comparativo eficaz, cuyo modelo, respetando en todo caso las particulares circunstancias regionales, puede ayudar a lograr un mayor perfeccionamiento de su actual Sistema de integración.

LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS Y EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

Rodrigo Lillo Vera

Abogado.

Profesor de la Escuela de Derecho
de la Universidad Católica de Temuco.

El presente artículo se refiere a una especie de polémica sobre la situación de los indígenas en la reforma procesal penal. Un debate más aparente que real, pero que parece necesario superar para no provocar olvido sobre otros temas más sustantivos, como el de las reformas jurídicas pendientes que incorporan los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Si bien se trata de dos reformas que coinciden en plantear la incorporación de nuevos instrumentos que aseguren la vigencia de derechos, la reforma procesal penal no viene a subsanar la situación de desconocimiento de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, que a su vez se orientan a la vigencia efectiva de los derechos individuales de los miembros de dicho pueblo. Siendo el más fundamental de tales derechos el derecho a la libre determinación, lo que incluye, por cierto, el derecho de cada Nación a resolver sus conflictos de acuerdo a las formas y según los criterios que ella misma se otorgue.

Se incursiona en la perspectiva que el Estado chileno ha tenido respecto de las formas de justicia no estatal y el derecho indígena, así como la forma en que esto es abordado en el derecho internacional y comparado.

Se plantea además, la necesidad de avanzar en un concepto de derecho más amplio que se desligue del monopolio del Estado sobre las formas de resolución de conflictos.

1. Introducción

Durante el último año hemos asistido al inicio de la implementación de la que se ha calificado como la reforma jurídica más importante del siglo XX; se trata de la modificación del sistema de enjuiciamiento penal, vigente entre nosotros por cien años aproximadamente. Pero, el tránsito de un sistema inquisitivo y secreto a uno acusatorio, contradictorio y público, está atiborrado de dificultades que no acabamos de sospechar.

La reforma, además, se planteó instaurar —a diferencia de otros países— de una manera plena, pero en etapas establecidas por un criterio territorial administrativo. De esta manera la Cuarta y Novena regiones han iniciado este camino en Diciembre de 2000.

El contexto de la reforma coincide en tiempo y espacio con la demanda que, durante estos últimos cinco años¹, se ha hecho sentir con más fuerza por parte del movimiento indígena en Chile. Tal demanda dice relación con el reconocimiento y respeto de sus derechos humanos en tanto pueblos. Este contexto ha dado lugar a una polémica en cuanto a la posición de los indígenas en la reforma, su aceptación, su conveniencia, su incumbencia.

La contingencia ha permitido que se desaten una serie de conflictos que tienen que ver con ambas cuestiones, pero no necesariamente todos estos conflictos tienen que ver con las dos temáticas. Demostración de esta situación son los reclamos que dirigentes y líderes indígenas plantean en contra de la nueva institucionalidad procesal penal del Estado, especialmente los fiscales del Ministerio Público. De otra parte, se esgrimen argumentos fundados en la igualdad ante la ley, como es el caso de la editorial del Diario Austral de Temuco² de martes 31 de julio de 2001. Esta línea de argumentación que expone que “las disposiciones de la Reforma Procesal Penal deben ser aplicadas, en la misma forma,

¹ Al respecto ver Naguil, Víctor. “Conflictos en el Territorio Mapuche. Intereses, derechos y soluciones políticas en juego”, en *Líven* N° 5, Temuco: Centro de Estudios y Documentación Mapuche, Liwen, 1999 (11-41).

² El Diario Austral de Temuco, está vinculado a la empresa periodística el Mercurio de Santiago de Chile.

imparcialmente, en toda su amplitud y por igual, a todos los ciudadanos chilenos”³, fustiga a quienes sostienen que estas normas legales se han ejercido sólo en contra de mapuche, lo cual implicaría que si el Estado renuncia a aplicar algún sistema judicial, estaría también “abdicando de su soberanía”⁴. Se rechaza la pretensión de que este sistema estaría provocando un distanciamiento entre la justicia y el pueblo Mapuche⁵, que los derechos de los indígenas se encuentran suficientemente garantizados en el sistema, incluso para mayor facilidad, la ley considera un juicio oral en lengua mapuche o con su traducción.

Lo cierto es que en esta controversia se encuentran vinculados distintos puntos de vista, sobre distintos problemas, lo cual es necesario despejar de manera previa, bajo el peligro de no poder aclarar ninguno de ellos.

Al parecer, existe *en un primer sentido*, un cuestionamiento acerca de la participación de los mapuche (y otros Pueblos Indígenas) en la elaboración de la nueva legislación. *En un segundo sentido*, se ha cuestionado (y defendido por otros) el funcionamiento de la institucionalidad penal, de cara a la condición diversa de nuestra sociedad; es decir, el cómo se aplica (o debiera aplicarse) la reforma en una sociedad formada por un verdadero crisol de culturas, clases, etnias, credos religiosos y políticos. En una palabra, si los nuevos fiscales, jueces y defensores dan cumplimiento al viejo principio de la no discriminación o igualdad ante la ley. *En un tercer sentido*, parece esbozarse, aunque de manera confusa, otra discusión que tiene que ver con la facultad punitiva y jurisdiccional del Estado, en cuanto a que no se estaría respetando un sistema de represión de “ilícitos”, propio de “lo mapuche”, versus la integridad del Estado y la soberanía.

Sobre la primera dimensión de esta controversia nos referiremos más adelante de manera tangencial, en el entendido que la elaboración legal de la reforma no es ni con mucho la primera

³ Diario Austral de Temuco, de 31 de julio, disponible en internet, www.emol.com.

⁴ Diario Austral, op. cit.

⁵ Argumento que corresponde al Director actual de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, citado por la misma editorial.

oportunidad en que el Estado chileno impone normas jurídicas a los mapuche. A partir de la ocupación militar a fines del siglo XIX (que se realiza paralelamente en Chile y Argentina), se impone a los mapuche –por la fuerza- un sistema jurídico ajeno. Posteriormente, y como minoría nacional empobrecida, los mapuche pasarán a formar parte marginal de la sociedad en los nacientes Estados naciones de Chile y Argentina, con los consecuentes efectos.

No es mi intención hacerme cargo del segundo problema por ahora, ya que actualmente no aparecen suficientes datos como para reflexionar en torno a ello, aunque existen ciertos indicios que tienen que ser relacionados a su vez con el tercer problema, y es el peligro de que ante la incapacidad del sistema de asumir el tercer problema/desafío, el Ministerio Público actúe a manera de colchón, como respuesta “sorda” ante las demandas políticas de los mapuche, en tanto nación. En todo caso, parece prudente esperar –en este aspecto- un ciclo para hacer una primera evaluación del sistema procesal penal actual.

Nos interesa en cambio, abordar la discusión -nueva entre nosotros- acerca de la reivindicación de una justicia propia versus las “salidas” que otorga este nuevo procedimiento penal a la consideración étnica. Un debate más aparente que real, que parece llevarnos al olvido de otros temas más sustantivos como el de la reforma jurídica pendiente, que incorpora los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Razón esta última que justifica, en todo caso, hacerse cargo de esta disputa virtual.

2. Derecho actual. Crisis y cambio

Actualmente, el derecho transita –como siempre- por un período de cambios estructurales, en sus expresiones y en su concepción. Por una parte, la integración mundial ha provocado una crisis del Estado nacional “que se manifiesta en el cambio de lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por

consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo”⁶. La producción del derecho no corresponde ya a las fuentes tradicionales internas, y cada vez más las normas parecen generarse desde un complejo sistema, que no es posible controlar desde el Estado.

Asimismo, la concepción del Estado de Derecho ha dejado de ser ya una concepción “formal”, de acuerdo a las explicaciones acerca del derecho propias del positivismo jurídico (de Kelsen a Hart), en cuanto a que la validez de las normas se deriva de su sujeción al procedimiento de producción de normas. Se postula en cambio, una doble sujeción del derecho, no sólo formal, sino también sustancial⁷.

En otro aspecto, durante las últimas décadas se puede apreciar una modificación en cuanto a la percepción del derecho, en cuanto al papel que el Estado debe jugar en su configuración. Mientras, durante las décadas del 50’ y 60’, las “políticas de desarrollo de muchos países se orientaban a un concepto de modernidad que implicaba la abolición y represión total de otros sistemas de derecho y autoridad que los estatales”⁸. En esta perspectiva se concebía al Estado como un “estado liberal, unitario y monocultural, basado en el principio de derechos iguales para individuos iguales”⁹. Para Hoekema en cambio, actualmente la modernidad se entiende en un sentido que no se avanza sin el reconocimiento de un genuino aporte de la sociedad civil, “la modernidad de hoy reclama un pluralismo jurídico no sólo de hecho

⁶ Ferrajoli, Luigi. 1992. “El derecho como sistema de garantías”. Ponencia expuesta en las jornadas sobre “La crisis del derecho y sus alternativas”, organizadas por el Consejo General de Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de Noviembre al 04 de Diciembre de 1992. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, pág. 8.

⁷ “El paradigma del Estado constitucional del Derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del Derecho al Derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo; la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimidad formal y la legitimidad sustancial...” (Ferrajoli, op. cit, pág. 12).

⁸ Hoekema, André. 1998. “Hacia un pluralismo Jurídico formal igualitario”, en Milka Castro y María Teresa Sierra (compiladoras) “*Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*”, *América Indígena*, N° 1 y 2. México: Instituto Indigenista Interamericano de la OEA. Diciembre de 1999, p. 263 (263-300).

25 (21-44)

⁹ Sierra, María Teresa. 1995. “Indian Rights and Customary Law in México”: A study of the Nahuas in the Sierra de Puebla”. 29/2 *Law & Society Review* (227-254), citado por Hoekema, op. cit., pág. 263.

sino oficialmente reconocido¹⁰. Esto se debe - siempre siguiendo al antropólogo del derecho de Amsterdam - a tres razones fundamentales: el fracaso de las políticas centralistas del Estado, reconocimiento de la necesidad de una política participativa (especialmente en el ámbito del manejo de los recursos naturales) y “toma de conciencia indígena de su posición de marginación y la lucha por el territorio y la dignidad”¹¹.

Estas transformaciones se han traducido en nuestro continente en una serie de modificaciones de los ordenamientos jurídicos, sobre todo, a partir de las transiciones desde gobiernos militares y/o autocráticos a gobiernos civiles que de manera más o menos continua se han desarrollado en las últimas décadas. En este contexto de apertura de fronteras (no sólo al mercado), es que se han formulado en América Latina diversas reformas, entre las que se encuentran la reforma procesal penal y la reforma de los Estados en torno a la consideración de la multiétnicidad, que se articulan en torno a una serie de factores e ideas fuerza que las sostienen (muchas veces no explicitadas); razón por la cual, no siempre resulta sencillo explicar cuáles son las intenciones y los agentes que se encuentran detrás, lo que redundo en discusiones que cuestionan los sistemas, y a la vez enriquecen el ejercicio democrático.

Muchas veces estas reformas se gatillan o concretan gracias a fenómenos exógenos, ocurridos fuera de los límites o fronteras estatales, sin que por ello sea sostenible que afectan la soberanía del Estado Nación. La globalización en este sentido, debe entenderse no sólo en su ámbito económico, como liberalización de los mercados o “mundialización de la economía” y revolución tecnológica, sino también como un proceso social y cultural, en que por una parte, se “desterritorializa” la cultura y la identidad, y por otra, el Estado Nación pierde su condición de referente en este sentido y surge la necesidad de diferenciación¹². En este contexto, además,

¹⁰ Hoekema, André, op. cit., pág. 265.

¹¹ Hoekema, André, op. cit., pág. 265.

¹² Bascuñán, Eduardo y Durston, John. 1999. “Las dimensiones sociales de la regional en América Latina”. Rolando Franco y Armando Di Filippo (Compiladores). Santiago, 1999.

economía y democracia son nociones dependientes de tal manera que para que un país sea (o se sienta) integrado a la economía mundial o regional (lo que no es contradictorio), no es suficiente la apertura de los mercados y la liberalización en la circulación de capitales, sino que será necesario el compartir ciertas regulaciones relativas a “las relaciones laborales, a las formas de organizar los procesos productivos, a los impactos ambientales, etc.”¹³ De esta manera uno podría sostener que la reforma procesal en Chile, como en el resto de Latinoamérica, responden a las transformaciones que en el ámbito de las *reformas de segunda generación* se han venido dando, en el marco del *Consenso de Washington*, como una forma de uniformar los sistemas judiciales, lo que le da una garantía a los inversionistas en un cuadro de mundialización de la economía. Así se explica el hecho que las reformas judiciales se encaminan por dos vertientes, como indica Cooper¹⁴; por un lado, lo referido a la mejora del derecho al acceso a la justicia; por otro, “con la reforma legal, redacción de nuevos modelos de Códigos criminales, civiles y administrativos para su promulgación e implementación en una economía de libre mercado en desarrollo”¹⁵.

Pero no es posible observar esta transformación fundamental del derecho sólo desde esta perspectiva. Existen al menos otras dos dimensiones desde las cuales es posible analizar estas reformas.

Sin duda que esta innovación se encuentra atravesada por las ideas del derecho penal moderno, en el sentido de limitar el poder absoluto del Estado. Otros, en cambio¹⁶, enmarcan esta reforma en una búsqueda de eficiencia en la represión de los delitos, como deber del Estado¹⁷. Esta discusión, no sólo dilató por casi una década

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Naciones Unidas. N.U.(p. 181-210)

¹³ Bascañan et.al., op. cit., pág. 185

¹⁴ Cooper, James. 2001. “Se abre una nueva oportunidad: Importando sistemas horizontales de justicia durante una época de Reforma Judicial”; en Revista “CREA” número 2, Temuco Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Temuco, 2001. (p. 91-103)

¹⁵ Cooper, James. 2001, op. cit., pág. 91

¹⁶ Por ejemplo, el Centro de Estudios *Libertad y Desarrollo*.

¹⁷ En las Proposiciones de su estudio “Seguimiento de causas penales...”, Libertad y Desarrollo plantea que “En efecto, constituye una tarea primordial de la justicia criminal esclarecer y

la cristalización de la reforma, sino que además ha dado lugar a una institucionalidad penal que se debate entre estos dos paradigmas.

En esta reforma, por cierto, nuestro país no ha sido pionero, pese a las autocomplacientes y múltiples invocaciones a la modernidad y liderazgo de nuestra pequeña y aislada franja de tierra. Chile ha sido uno de los últimos países del continente latinoamericano en abandonar el modelo procesal penal español, que a su vez reconoce su inspiración en la inquisición.

Los indígenas por otro lado, han sido parte de la "clientela" del sistema punitivo del Estado, por formar parte de los grupos marginados y discriminados en la sociedad. En esta perspectiva, la reforma podría hacer luces acerca de su situación dentro del complejo cuadro social de las actuales sociedades latinoamericanas.

Siempre en un contexto de derechos humanos, pero en otro discurso, los indígenas a partir de la década del 70¹⁸ han cuestionado el sistema internacional de protección fundado en nociones de asimilación e integración, y han exigido un reconocimiento de sus derechos colectivos, fundados en su condición de pueblos. Esto ha provocado en el seno del sistema político internacional, que se instale la discusión acerca de la titularidad de los pueblos indígenas del humano derecho a la autodeterminación, que en 1966 Naciones Unidas (NU) proclamó como un derecho básico de todos los pueblos.

sancionar aquellos hechos calificados como delictivos por nuestro ordenamiento jurídico y evitar así, la proliferación de aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro a los bienes jurídicos sobre los que se funda la convivencia social. En este contexto, la demora que en la actualidad, presentan los juicios penales pueden afectar las tareas referidas, produciéndose una pérdida de confianza en el sistema, lo que puede desincentivar la denuncia de hechos delictivos y consecuentemente con ello generan un aumento de la criminalidad". (Yañez, Villagrán, Camhi, Osorio, Peribonio, 1994, pág. 37).

¹⁸ Ver Assies, Willem. 2000, "La situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el contexto latinoamericano" Seminario-Taller "Unidos en la diversidad por nuestro derecho al territorio" organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, Sta. Cruz-Buena Vista, 10 al 13 de julio del 2000, disponible en <http://www.derechoysociedad.com.>; Sánchez, Esther 1998. "Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1998; Aylwin, José. 1999. "Pueblos Indígenas en el derecho internacional y comparado", en: Sandra Pérez (ed.) "Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas". Temuco: Editorial Escaparaté; Yrigoyen, Raquel. 2000. "Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal". Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1ª edición, 2000.

Sin que hasta ahora se haya zanjado el tema de la autodeterminación, los indígenas han obtenido relevantes avances en este sentido, que van desde el reconocimiento de Espacios Territoriales Indígenas en Colombia y la propiedad de las tierras comunitarias en Brasil, hasta el reconocimiento de las organizaciones tradicionales indígenas en la Constitución de Nicaragua. La década 1994-2004 fue designada por Naciones Unidas (NU) como la década de los Pueblos Indígenas.

Esto ha traído como consecuencia la incorporación de múltiples normas en los ordenamientos internos de los países latinoamericanos, las que han dado pie a verdaderas reformas de los Estados, para pasar de un modelo monocultural a uno multicultural¹⁹.

Chile no ha participado de esta verdadera “década por los cambios”, que se inaugura con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por México en el 90’, y se clausura con la reforma constitucional de Venezuela en el 99’²⁰.

Fuera de tener en común el hecho de que Chile no ha tenido el liderazgo en ninguna de estas reformas, ellas plantean una serie de cuestionamientos y desafíos con la capacidad de nuestro sistema jurídico por hacerse cargo de las transformaciones que estos cambios sólo insinúan, y de asumir una discusión desde la *validez sustantiva* del derecho. No obstante, existen quienes desconfían de estas reformas, ya que consideran que aquellas nacen con un objetivo bastante distinto, y que tiene que ver más con los cambios económicos acaecidos en las últimas décadas, y no con la vigencia de derechos. Pero este es un tema que no estoy seguro valga la pena discutir, sino que sólo cabe tomar posiciones.

Es necesario hacer algunas precisiones en torno a la discusión sobre la que centraré este artículo (que parecieran ser dos discusiones). Ambas reformas constituyen avances en la perspectiva de establecer sistemas jurídicos pluralistas y democráticos, que aseguren la vigencia efectiva de los derechos. No obstante, pareciera

¹⁹ Lillo, Rodrigo. 2001. “Situación de los derechos indígenas en Chile”. En Revista Liwen N° 6 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, Chile, 2001.

²⁰ Lillo, Rodrigo. op. cit.

ser que en ambos casos se intentan resolver distintos desafíos del derecho, utilizando por lo mismo, diferentes instrumentos jurídicos. En el caso de la reforma procesal penal, se trata del fortalecimiento del catálogo de derechos individuales que los ciudadanos pueden oponer en contra de la facultad del Estado para sancionar las contravenciones. Mientras que en el caso de los derechos de los indígenas se intenta implementar la vigencia de unos derechos colectivos que son ejercidos por un grupo de personas, que por compartir ciertas características comunes, y –por sobre todo– sentirse identificados como pertenecientes a dicho grupo distinto de otras identidades culturales o nacionalidades, reclaman el derecho de decidir sobre la suerte de ellos mismos.

Mientras que en el caso del sistema procesal penal, por la reforma se intenta “desarmar” el entramado punitivo del Estado en nombre de los derechos humanos, en el segundo caso, se trata de desmoronar la falsa identificación del Estado con la Nación. Sin embargo hay dos cuestiones que la reforma procesal no está llamada a asumir ni a resolver: las demandas de las minorías nacionales o pueblos, ni la mezquina concepción que hemos desarrollado acerca de lo que entendemos por derecho y “lo jurídico”.

En efecto, nuestros sistemas de justicia se caracterizan por poseer formas más verticales “que involucran un procedimiento en tribunales que es de naturaleza jerárquica”²¹, que se han demostrado incapaces a la hora de resolver una serie de conflictos sociales. Se hace necesario incursionar en estrategias que permitan reconocer y diseñar “mecanismos de solución de los problemas más eficientes”²².

3. La facultad punitiva del Estado y los derechos humanos

Si bien la discusión pública en torno a la transformación de nuestro sistema de enjuiciamiento en materia penal ha estado marcada por la exaltación de los grados de eficacia que este pudiera

²¹ Cooper, James, op., cit., pág. 92.

²² Cooper, James, op.cit., pág. 91.

presentar en el ámbito de la represión de los delitos por parte del Estado, y por ende la disminución de la criminalidad, parece ser que en realidad lo que marca la diferencia sustancial y cualitativa del nuevo sistema procesal con el vigente desde 1906 es la relevancia de las garantías procesales como marco legitimante de la imputación penal. En efecto, uno de los desafíos de esta reforma legal y constitucional es la posibilidad de dar sentido y vigencia al mandato constitucional del racional y justo procedimiento, hasta ahora incumplido²³. Como afirma Bustos “la evolución del Derecho Penal así concebido es, antes que nada y en primer lugar la profundización de los principios garantistas, sin ellos no es concebible el Derecho Penal”²⁴.

La importancia de las garantías procesales y del respeto a los derechos fundamentales en el ámbito del sistema penal (y en general de la acción del Estado), lo constituye el hecho de ser aquéllos límites de éste²⁵. En el análisis contemporáneo del sistema penal, entendido como un complejo de agentes, ideologías, instituciones y normas que actúan en tres etapas diversas –normativa, sistema judicial y funcionamiento de las policías, y ejecución de la pena –, se ha cuestionado su actuación y resultados de manera profunda, tanto desde algunas vertientes del pensamiento marxista²⁶, por la criminología crítica, el interaccionismo simbólico²⁷, como desde el abolicionismo de los ochenta y por el paradigma de la dependencia en el área de las Ciencias Sociales, según la cual no es posible explicar nuestras formas y discursos del control social marginales, desde la perspectiva central²⁸. Entre otras razones, se ha criticado el sistema penal, por cuanto es criminógeno, ya que tiende a provocar lo que intenta

²³ Carocca, Alex. 1997. “Las garantías constitucionales en el sistema procesal chileno”; en *Revista Ius et Praxis*, N° 2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, editorial Universidad de Talca, 1997, (p 145-226).

²⁴ Bustos, Juan. 1994. “Principios garantistas del Derecho Penal y Proceso Penal”: en “Proceso Penal y Derechos Fundamentales”. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, pág. 185.

²⁵ Carocca, Alex. 1997, op. cit.

²⁶ Pasukanis, E.: los discípulos de la “escuela de Frankfurt”; Quimney, A. todos citados por Zaffaroni, Eugenio R. 1990. “En busca de las penas perdidas”. Bogotá, editorial Temis, 1990, pág. 36 y siguientes.

²⁷ Zaffaroni, Eugenio R., op. cit., pág. 44.

²⁸ Zaffaroni, Eugenio, 1990, op. cit., pág. 50.

eliminar (criminalidad), que escoge a su “clientela” entre aquellos que se encuentran desprovistos o alejados del poder, porque provoca más violencia de la que intenta evitar, además de concentración de poder, la verticalización social, la destrucción de relaciones horizontales o comunitarias, etc.²⁹.

En este contexto han surgido posturas que, aunque deslegitimantes, se plantean la posibilidad de una salida de esta crisis. Esta vertiente, que se ha tendido a denominar *minimalista*, sostiene la necesidad de levantar como alternativa un derecho penal de garantías; en el entendido que la legitimidad del enjuiciamiento y privación de derechos que el Estado ejecuta como parte de su potestad punitiva, se basa en que ésta se realice con sujeción a los principios de la doctrina de los derechos humanos y a los mecanismos jurídicos elaborados en torno a ella. De tal manera que “la principal tarea de un Estado democrático, y su diferenciación con otras formas de Estado, reside en la constante revisión hasta sus bases mismas de ésta función”³⁰.

En este sentido, y limitándose al ámbito judicial del sistema, una facultad punitiva del Estado será legítima cuando el ejercicio de la función jurisdiccional penal se realice con sujeción a los derechos y garantías fundamentales, lo que abarca -por cierto-, algo más que el debido proceso.

4. Las garantías procesales y el juicio oral

Este principio de validez sustantivo es recogido en el nuevo sistema procesal penal, no sólo en el discurso público desarrollado durante el proceso de transformación legal del sistema, sino que es reconocido como su verdadera justificación. Desde luego, el artículo 1° del Código Procesal Penal (en adelante el Código), dispone que “*Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este*

²⁹ Zaffaroni, Eugenio, 1990, op. cit.

³⁰ Bustos Juan. 1987. “Pena y Estado”. En “Control Social y Sistema Penal”. 1ª edición, Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, pág. 87.

Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial". Que además "tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal".

Como garantía de este principio, el artículo 276 inciso 3º asegura que "... el juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquéllas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales".

El control del cumplimiento de esta garantía se entrega al Tribunal, quien puede actuar de oficio, y a las partes, que pueden ejercitar la acción de nulidad contemplada en el artículo 373 letra a).

Ahora bien, tenemos un nuevo sistema de enjuiciamiento en lo penal, que pretende entender que el procedimiento no es sólo una forma de optimizar los recursos del Estado, sino que constituye límite de éste y estándar de legitimidad del mismo, en tanto respeta los derechos humanos y fundamentales.

Pero, ¿cuáles son aquellos derechos que el procedimiento penal debe respetar y cumplir para pasar el test de legitimidad?

En el derecho internacional y comparado, tanto como en la doctrina, se han elaborado algunos catálogos de garantías que constituyen el límite mínimo que debe cumplir un sistema procesal. estándar que hasta aquí se ha incumplido en forma flagrante entre nosotros, con increíble pasividad de nuestros juristas³¹. No es de extrañar que el contenido de estos catálogos haya sido desarrollado mayoritariamente por la jurisprudencia del *common law*³².

En efecto, por una parte la Constitución Política chilena recoge sólo algunos de estos derechos, con algunas omisiones importantes como el principio de *presunción de inocencia*³³; por otra, el procedimiento que se abandona, cometía vulneraciones flagrantes :

³¹ Carocca, Alex, 1997, op. cit.

³² Carocca, Alex. 2000. "Las Garantías Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal". En "Nuevo Proceso Penal", Carocca, A.; Duce, M; Riego, C; Baytelman A.; Vargas, J. Santiago editorial Conosur, 2000. (p. 31-98), pág. 44.

³³ Carocca, Alex, 2000, op. cit., pág. 44

estos estándares internacionalmente aceptados, como la imposibilidad de tener una verdadera defensa en materia penal. La práctica de los tribunales muchas veces no constituyó un remedio para esta ausencia legal de garantías.

En todo caso, la situación es actualmente distinta. Desde la reforma constitucional del 89^o deben considerarse parte del ordenamiento, al que deben sujetarse las demás normas en razón del principio de supremacía constitucional, “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana... garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 5 de la Constitución chilena).

En lo concreto, esto significa que en el ámbito de las garantías procesales deben considerarse incorporados el Pacto de Derecho Civiles y Políticos del año 1966, suscrito por Chile en el año 1972 (sólo entró en vigencia el año 1989³⁴), la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, entre otros.

El cumplimiento de estas normas internacionales es una exigencia del sistema, y es función del Juez de Garantía velar por su cumplimiento³⁵.

De otra parte, el nuevo Código recoge en sus primeros artículos (1 a 10) un catálogo que dada su ubicación y reiteración a través de ese cuerpo legal, ilumina todo el sistema; y que, siguiendo a Dworkin³⁶, deberán aplicarse con primacía de las normas individualmente consideradas.

Es posible, considerando todas estas normas establecer cuál es el catálogo de derechos procesales vigentes en Chile. Así,

³⁴ El gobierno militar ratificó el Convenio, pero sólo publicó su decreto promulgatorio hacia fines de su gobierno (29 de Abril de 1989), con lo cual el pacto no fue legislación vigente sino hasta esa fecha.

³⁵ Así, el artículo 10 dispone en este sentido que “En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”.

³⁶ Dworkin, Ronald, 1967. “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en Dworkin (ed.) “La Filosofía del Derecho”. México, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, 1980; p. 75-127.

siguiendo al profesor Carocca³⁷, se puede distinguir: i) el derecho al justo proceso, cuyo contenido debe ser precisado en el ejercicio jurisprudencial, más que establecer su contenido de forma taxativa, y no debe ser necesaria y únicamente legal³⁸; este principio además se aplica durante todo el proceso penal, desde los primeros actos de persecución penal, como los actos preparatorios del juicio oral, así como también durante la ejecución de la pena³⁹. ii) Derecho a la defensa, que no incluye sólo la defensa técnica, sino que una en sentido amplio, “a poder intervenir en la formación de la decisión jurisdiccional”⁴⁰, desde que se inicia la persecución penal; esto implica que el imputado debe conocer el contenido de la imputación, contradecir las alegaciones y formular las propias, con sus respectivas pruebas. Todo imputado tiene derecho a la autodefensa o defensa privada, que es en suma la primera defensa; tiene derecho además, al defensor técnico y de confianza o público, además de la asistencia legal gratuita, cuestiones éstas diferentes entre sí. iii) Derecho del imputado a guardar silencio, ya que no puede castigarse a alguien en virtud de su sola declaración. iv) Derecho de igualdad entre partes, correspondiente a la igualdad ante la justicia, recogida en el artículo 19 N° 3 inciso primero, como abolición de los fueros personales, aplicable al interior del proceso mismo (entre las partes). v) Derecho a la presunción de inocencia, que ilustra todo proceso penal moderno y es la principal herramienta de la defensa. vii) Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, independiente e imparcial.

Ahora bien, lo que nos trae la reforma no es sólo la consideración de estos derechos fundamentales, lo cual no sería en realidad ninguna reforma, pues ellos se encuentran desde antes del 16 de diciembre de 2000 reconocidos en nuestro sistema jurídico a nivel legal y/o constitucional. Por otra parte, la sola ratificación legal de estos cánones jurídicos no garantiza ni con mucho su aplicación, ni siquiera mínima. Estos no tendrán valor “si no se establecen los

³⁷ Actualmente es Defensor Nacional.

³⁸ Carocca, Alex, 2000, op. cit., pág. 51

³⁹ Carocca, Alex, 2000, op. cit., pág. 38

⁴⁰ Carocca, 2000, op. cit., pág. 61

medios adecuados para vigilar y obtener su observancia”⁴¹. Siguiendo a Zaffaroni, decimos que el sistema penal esta formado en realidad por una serie de actores, cada uno de los cuales profesa una ideología propia, no siempre la de los derechos humanos⁴². Por lo mismo, el *quid* de una reforma de este tipo consiste en cómo obtener una aplicación más o menos rigurosa de estas garantías por parte de los agentes del sistema y de qué forma estos principios pueden exigirse en la forma de actuar de los sujetos criminalizadores del sistema. De ahí que vi) El derecho a un juicio oral de carácter público, se puede considerar a la vez como la mejor manera de asegurar el cumplimiento de los demás derechos, instancia que en el caso de materias penales, exige la intervención directa del juez. “Un genuino proceso es siempre de carácter oral, entendiendo por tal aquel en que el tribunal funda su convicción en lo que los jueces ven y perciben directamente a través de sus sentidos”⁴³. Por el contrario, como afirma Riego, “en el sistema procesal vigente”⁴⁴ no existe nada que pueda ser calificado como juicio”⁴⁵, puesto que no hay un sujeto distinto del juez que sustente la acusación, lo que excluye la posibilidad de contradicción y le resta toda imparcialidad⁴⁶.

Como se ha señalado, la adopción de un sistema procesal penal garantista, como al que se orienta el nuevo Código, corresponde a una reflexión que en Latinoamérica -al menos- se venía dando desde que en 1988 se redactó el denominado *Código Procesal Modelo para Iberoamérica*. En Europa, en cambio, este proceso se había dado en el siglo XIX⁴⁷, en la misma época en que nosotros adoptábamos el sistema que ellos deseaban⁴⁸.

⁴¹ Carocca, 1997. op. cit., pág. 211

⁴² Zaffaroni, Eugenio. 1986. “Sistemas Penales y derechos humanos en América Latina”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, editorial Depalma, 1986, págs. 10-11.

⁴³ Carocca, 2000, op. cit., pág. 58.

⁴⁴ Se refiere al derogado Código de Procedimiento Penal, hoy vigente sólo en algunas regiones de Chile.

⁴⁵ Riego, Cristián. 2000. “Chile”; en “Las reformas procesales penales en América latina”. Maier, J; Ambos, K; Woischnik, J (compiladores) 2000. Editorial Ad hoc, Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional, Konrad Adenauer. B. Aires 2000. (p. 167-196), pág. 172.

⁴⁶ Riego, Cristián, op. cit.

⁴⁷ Ambos, K; Woischnik, J, 2000. “Las reformas procesales penales en América latina”, en “Las reformas procesales penales en América latina”. Maier, J; Ambos, K; Woischnik, J

Costa Rica como Guatemala se consideran en Latinoamérica precursores en la reforma de sus procedimientos penales, en atención a la calidad de sujeto procesal del imputado⁴⁹, “se agregarán a este grupo de países, Bolivia, Chile, Honduras, Paraguay y Venezuela, cuyos proyectos de reforma se inspiran en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica⁵⁰. Según esta pauta, el monopolio acusatorio lo posee el Ministerio Público, un órgano creado para Chile en 1997, que es descentralizado y autónomo, con rango constitucional⁵¹ y conformación compleja en la que intervienen todos los poderes del Estado. Hasta antes de la reforma -y sólo junto a Paraguay (donde no se requería la acusación del Ministerio Público)⁵² - en la justicia penal chilena el rol de acusar era cumplido por el Juez, el que además dirigía la investigación, que naturalmente terminaba en aquélla, y finalmente dictaba sentencia, lo que constituía un caso extremo en América Latina⁵³. Actualmente en cambio, los jueces *“pasan de cumplir un gran conjunto de actividades administrativas, consistentes fundamentalmente en la supervisión de todo el sistema de instrucción, a dedicar prácticamente todo su tiempo a presidir audiencias con las partes y a resolver las cuestiones que se le presenten”*⁵⁴; distinguiéndose en el nuevo sistema los Jueces de Garantía, y los Jueces del Tribunal Oral, a quienes corresponde la dictación de la sentencia definitiva.

“En lo medular el proceso tradicional tenía como base la *escritura* y el *secreto*”⁵⁵. Es decir, la existencia de las diligencias y antecedentes en el proceso estaban dados por su escrituración o no dentro del expediente, y de todo ello el imputado no era informado

(compiladores) 2000. Editorial Ad hoc, Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional, Konrad Adenauer. B. Aires 2000. (p. 835-896), pág. 894.

⁴⁸ El Mensaje presidencial de Jorge Montt en 1894 que encabezaba el proyecto de Código Procesal Penal ya anunciaba: *“En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto”*..

⁴⁹ Ambos, et. al., op. cit., pág. 869.

⁵⁰ Ambos, et. al., op. cit., pág. 870.

⁵¹ En Bolivia el Ministerio Público depende del ejecutivo, mientras que en Costa Rica, Colombia, México y Paraguay, lo Ministerios Públicos tienen una dependencia administrativa del poder judicial (Ambos, et.al., op. cit., pág. 842)

⁵² Ambos, et. al., op. cit., pág. 841.

⁵³ Ambos, et. al., op. cit., pág. 860.

⁵⁴ Riego, Cristián, 2000, op., cit., págs. 184-185.

⁵⁵ Ambos, et. al., op. cit., pág. 861.

sino una vez que el juez hubiere culminado su investigación⁵⁶, la que daba lugar a la posterior acusación y sentencia.

Pese a todo lo señalado, la dicotomía entre procedimientos “*inquisitivos*” y “*adversariales*”, no constituye en sí una *prueba de blancura* en términos de cumplimiento de los márgenes mínimos de los derechos humanos y del Estado de Derecho. Esto, por cuanto actualmente casi todos los países adscriben al segundo modelo señalado (aunque en diferentes términos), y porque la mayoría de los Estados recogen en sus legislaciones los derechos y garantías contemplados en los instrumentos internacionales más relevantes como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”; no obstante, y más allá de ser un paso relevante en la vigencia de los derechos, nadie puede lanzar la primera piedra.

En este auspicioso contexto de reconocimiento de derechos, cabe plantearse la pregunta por la consideración que este sistema hace respecto de quienes pertenecen a un pueblo indígena. La pregunta no es inocua teniendo presente que según el censo de población de 1992, el 10,3 % de la población nacional mayor de 14 años se considera perteneciente a una de las culturas indígenas reconocidas legalmente (Aymara, Quechua, Atacameña, Collas, Rapa Nui, Mapuche, Kawashkar y Yámana). De ese porcentaje, cerca de 1 millón de personas corresponde a la población mapuche mayor de 14 años (9,6 % de la población total del país)⁵⁷. A su vez, un 15,5 % de la población mapuche nacional (143.769) habita en la 9ª región de la Araucanía⁵⁸, una de las dos regiones piloto del sistema.

Que además las personas indígenas en general suelen ser la *clientela* preferida del sistema penal; un buen ejemplo lo constituye el hecho que existen cifras que corroboran que la mayor cantidad de procesados por homicidio (80%) en Temuco, son

⁵⁶ Eventualmente el juez podía autorizar al procesado al conocimiento de algunas diligencias, pero no constituía un derecho esta posibilidad, sino sólo el hecho de solicitarlo (art. 67, 79 y 80 del derogado Código de Procedimiento Penal).

⁵⁷ Espina, Rodrigo; Oyarce, Ana María; Pérez, Gabriela; Sabag, Alejandro; Sánchez, Rubén. 1998, pág. 7, “Población Mapuche. Tabulaciones Especiales, XVI Censo Nacional de Población 1992”.

⁵⁸ Espina, et. al., op. cit., pág. 18.

mapuche⁵⁹. No existe razón para pensar que, aún cuando probablemente sean otros los casos paradigmáticos abordados por juicios orales, no continúen siendo los mapuche (y los indígenas) afectados de manera importante por el sistema penal.

Aún cuando algunos se encuentran enredados en la aplicación ficta de la igualdad ante la ley, lo cierto es que, como ha señalado la criminología, el sistema penal no es ciego ni se aplica de manera idéntica a todas las personas. Esto por cuanto no es factible que un sistema penal se haga cargo de todas las contravenciones que ocurren en una sociedad. En América Latina se han documentado importantes “cifras oscuras” en la persecución de los delitos.

“Ante el absurdo supuesto –no deseado por nadie- de criminalizar varias veces a toda la población, es obvio que el sistema penal está *estructuralmente*⁶⁰ montado para que la legalidad procesal no funcione, sino para que ejerza su poder con un altísimo grado de arbitrariedad selectiva que, naturalmente, se orienta hacia los sectores vulnerables. Esta selección es producto de un ejercicio de poder que también está en manos de agencias ejecutivas, de modo que también en el sistema penal ‘formal’, la incidencia selectiva de las agencias legislativa y judicial es mínima”⁶¹.

De alguna manera -como ha quedado dicho- la reforma pretende revertir la injusticia del sistema, pero la selectividad es inherente a todo sistema penal. Esto es asumido sin complejos por el nuevo Código, entregando dicha facultad al Ministerio Público; un órgano que es autónomo y jerarquizado, que tiene a su cargo la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, y de los que determinen la participación o inocencia del imputado, en forma exclusiva, además le corresponde el ejercicio de la acción penal pública (artículo 80 A de la Constitución Política de Chile).

⁵⁹ Cooper, Doris. 2000. “Etiología de la delincuencia mapuche y otros tipos de delincuencia”; en: Milka Castro (ed.) *“Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio”*. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (p. 164-177), pág. 164.

⁶⁰ El destacado es original.

⁶¹ Zaffaroni, 1990. op. cit., pág. 16.

Los fiscales del Ministerio Público podrán *archivar provisionalmente* aquellas investigaciones “en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos” (artículo 167 del Código Procesal Penal); y podrán ejercer el *principio de oportunidad*, conforme al cual “podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada”, si a su juicio no comprometiére gravemente el interés público⁶²; (artículo 170 del Código). Por último, una vez declarado el cierre de la investigación, tendrá que, alternativamente, solicitar sobreseimiento, formular acusación o no perseverar en el procedimiento.

Al Ministerio Público en definitiva le corresponde llevar adelante la política criminal del Estado, es decir, asume la función de definir cuáles son aquellos hechos que afectan especialmente el interés público. La diferencia radica en que el ejercicio de esta selectividad se realiza a la vista de la ciudadanía y dentro de un marco legal.

El resultado de la selectividad del sistema, es que con el tradicional régimen inquisitivo resultaba habitual la persecución de ciertos delitos específicos, como los delitos contra la propiedad (usurpación, distintas figuras del robo, hurto, estafas), y en general, los llamados delitos de *bagatela*. Con el actual sistema se puede esperar que el tipo de delitos que formen parte de la persecución habitual sean otros, como aquellos que involucran corrupción.

La pregunta que surge en este caso —aunque provisional—, es si acaso el ejercicio de la función persecutoria del Ministerio Público será la respuesta que asumirá el Estado en relación con las demandas etnonacionales de los movimientos indígenas, función que otrora ejerció la legislación de Seguridad del Estado^{63 64}.

⁶² A menos que se trate de delitos cuya pena fuere de 61 a 541 días o más, o fuere cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

⁶³ Durante el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000), el ejecutivo ejerció esta acción en cuatro oportunidades en contra de indígenas, tres de ellas, contra mapuche. Una en contra de personas Rapa Nui; mientras que sólo en una oportunidad la ejerció otro órgano del Estado —la Corte Suprema— en contra de una periodista.

⁶⁴ Además en 1992, el Intendente Regional Fernando Chuecas interpuso una querrela criminal en contra de mapuche que se manifestaban en razón del quinto centenario del arribo de Colón a América, por el delito de asociación ilícita. El resultado fue de 144 personas (mapuche) condenadas por delitos de asociación ilícita, usurpación y otros delitos. Este proceso ha motivado

Con todo, este es un tema que tiene que ver con el funcionamiento y orientación del Ministerio Público, ya que el sistema contempla instrumentos para que la ciudadanía cuestione los criterios de la fiscalía. Como se ha señalado, existen una serie de derechos que se encuentran garantizados y que el sistema permite que estos se ejerzan con mayor certeza que en el viejo sistema inquisitivo. Uno de éstos, se refiere a la publicidad de la investigación y de los juicios orales a los que dieren lugar, de tal manera que es posible afirmar que los agentes del sistema estarán expuestos a la opinión pública. La importancia, de los medios de comunicación, como elemento que informa a los ciudadanos de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, no es menor.

También los indígenas podrán ejercer, junto al resto de los derechos individuales previstos en el Código, el derecho al bilingüismo, resguardado con anterioridad en diversas normas.

No obstante, y por lo señalado, el tema de los derechos indígenas en el ámbito penal del Estado parece exceder esta pura cuestión. Y siendo éste un sistema que reconoce en los derechos humanos un criterio apropiado de estándar de validez, debe ser un asunto de preocupación analizar si el sistema protege y/o respeta los derechos de los indígenas. La pregunta entonces, es de perogrullo: ¿cuáles son los derechos de los indígenas?

5. Crisis del Estado nacional y derechos indígenas

La discusión sobre los derechos de los indígenas no es nueva, ya en el siglo XVI al otro lado del Atlántico, se discutía si estos individuos tenían o no los mismos derechos que los conquistadores, si debían considerarse como éstos, seres humanos, y sus sociedades como naciones libres.

la tramitación de un requerimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del cual el Estado chileno deberá arribar a un acuerdo con los indígenas, a riesgo de ser condenado por la Corte.

Mucho más próximo, la discusión sobre los derechos de los indígenas ha estado vinculada a la discusión que sobre los derechos se ha dado en el ámbito internacional. Esto no es casual, ya que los Estados nacionales han tendido a desconocer los derechos —y la existencia— de las minorías nacionales. Ha sido, en efecto, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo donde se ha discutido con fecundidad este tema. Ya en “1921 la OIT realiza estudios acerca de las condiciones laborales de los trabajadores de los pueblos indígenas y tribales, en particular sobre trabajo forzoso de las *poblaciones nativas* en las colonias”⁶⁵; proceso que culminará con la adopción del Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. E29) en 1930, que establece normas “y permite el desarrollo de actividades a favor de las poblaciones indígenas y tribales”⁶⁶. Más tarde —en 1957— será en esta instancia donde se adopta el primer catálogo de derechos de los indígenas: el Convenio 107 de la OIT, que fue ratificado por 27 países⁶⁷. Este instrumento se funda en la idea de que las poblaciones indígenas y tribales son sociedades temporales, en tránsito hacia un estado de civilización. El objetivo del Convenio era brindar una protección a estas poblaciones en esta evolución o *integración* a la sociedad moderna.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 también se hace presente la consideración de lo étnico, como un criterio relevante para el establecimiento de ciertos derechos.

Este instrumento normativo establece que en los “*Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma*”. (art. 27).

Se ha cuestionado el contenido de este reconocimiento en tanto privilegia el aspecto culturalista por sobre lo político, y

⁶⁵ Organización Internacional del Trabajo. 1996. “Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”. Organización Internacional del Trabajo y Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático Montreal, Ginebra, 1996, 1.

⁶⁶ Organización Internacional del Trabajo, 1996, op. cit., p 1.

porque garantiza derechos individuales y no colectivos⁶⁸. Por otra parte, como ha dicho Stavengahen, deja al arbitrio de los Estados el declarar que en su interior existen estas minorías, cuestión que aquéllos siempre rechazarán⁶⁹.

A partir de la década del 70⁷, surge un cuestionamiento a estas normas, por ser integracionistas y porque no reconocen los derechos políticos de los indígenas como minorías nacionales, que en la intelectualidad se refleja en los escritos de Bonfil Batalla y la "Declaración de Barbados"⁷⁰.

En esta perspectiva, y teniendo presente el derecho de igualdad ante la justicia, cabe hacerse la pregunta acerca de si es posible aplicar derechos especiales en consideración con la raza, o más bien, al origen étnico. Esta no es una discusión nueva, y corresponde precisamente a la discusión sobre el concepto de igualdad y cómo debe aplicarse. En el caso de los indígenas, la legislación chilena ha tenido distintas apreciaciones en este sentido. Es así como en 1819, y en reacción a la legislación segregacionista propia de la colonia, se dictó un Bando Supremo que concedía la ciudadanía plena a los indígenas, en la idea de que todos somos iguales y no existen grupos privilegiados. Desde entonces y durante todo el período republicano la legislación sobre indígenas ha oscilado entre la integración y la asimilación o (lo que es igual) la negación de la diferencia. Según el liberalismo igualitario de Rawls y Dworkin es posible favorecer a aquellos que se encuentran en posiciones más desventajosas dentro de una sociedad, a través del principio de discriminación inversa o discriminación positiva.

No obstante, los pueblos indígenas han escogido otro camino para la reivindicación de sus derechos. Recurriendo al artículo 1 de los dos Pactos de Derechos de Naciones Unidas (sobre derechos Civiles y Políticos, y Económicos Sociales y Culturales), han

⁶⁷ Entre los que no se encuentra Chile.

⁶⁸ Assies, Willem, 2000, op. cit.

⁶⁹ Stavengahen, Rodolfo. 1997. "El marco internacional del derecho indígena", en "Derecho Indígena", Magdalena Gómez (Coordinadora), Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1ª edición, 1997, pág. 55.

⁷⁰ Durston, John. 1995. "Etnodesarrollo de cara al siglo XXI". En publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Naciones Unidas. N.U., (p. 1-33), p.4-5.

reclamado para sí, en tanto comunidades de cultura, la titularidad del derecho a la autodeterminación de los pueblos, y su ejercicio a través de la autonomía⁷¹.

Esta reivindicación, con exactitud Willem Assies la caracteriza como la “manzana de la discordia”⁷², por cuanto en general los Estados han rechazado la consideración de Pueblos de las minorías nacionales, negando el ejercicio de su derecho a la autodeterminación sobre la base del principio de integridad territorial⁷³.

La demanda por el reconocimiento de la titularidad de la autodeterminación, sólo es posible comprenderla si abandonamos aquel principio decimonónico tributario de la revolución francesa, en virtud del cual Estado y Nación se identifican. En cambio, recurrimos a la idea más tradicional de la Nación como “comunidad de cultura”⁷⁴, en virtud de la cual un grupo identificado como tal y que comparte ciertos rasgos culturales e históricos puede reivindicar para sí el derecho a decidir sobre los asuntos propios, independientemente

⁷¹ En efecto, como señala Assies, “Las demandas indígenas, las emergentes normas internacionales y el nuevo constitucionalismo pluralista, van más allá de una extensión y consolidación de los derechos civiles, políticos y sociales convencionales. Implican un reconocimiento de derechos colectivos o de grupo así como territoriales. Esto sugiere que el ‘emergente modelo multicultural regional’ quizá adquiera los fuertes rasgos de la consociación directa; es decir, del reconocimiento explícito por parte del Estado del derecho de los pueblos indígenas al autogobierno, en un determinado territorio y en un grado especificado, de acuerdo con sus propias costumbres políticas y jurídicas”. (Assies, Willem, van der Haar, Gemma y André Hoekema. 1998, pág. 506, “Los diversidad como desafío”; en “El Reto de la diversidad”. Assies, Willem, van der Haar, Gemma y André Hoekema (editores) 1999. Colegio de Michoacan, 1999.)

⁷² Assies, Willem, 2000. op. cit., pág. 5.

⁷³ Acerca de esta discusión, la posición de Naciones Unidas no ha sido unívoca, otorgándose según Obieta (1989) dos respuestas contradictorias al tema de la autodeterminación de las minorías nacionales. “Obieta afirma que una interpretación más propiamente jurídica, es la que ha emanado de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la cual tuvo a su cargo la redacción de ambos Pactos. Otra, en cambio, que proviene de la Asamblea General, a propósito de la discusión acerca de la Declaración sobre la Independencia Colonial de 14 de diciembre de 1960, privilegia más bien criterios e intereses políticos. De esta última posición parece desprenderse que la opinión de Naciones Unidas es que la titularidad de la autodeterminación recae en los Estados (Andueza, 1996) y (sólo) en aquellos “pueblos colonizados que vivían en territorios separados del Estado colonizador por aguas azules” (Assies, 2000, op.cit., “la situación..”, pág. 5) (piénsese en las colonias inglesas de África); excluyendo a los pueblos que son objeto de colonización interna; dando como justificación que se intenta salvaguardar el principio de integridad territorial” (Lillo, op. cit., 2001).

⁷⁴ Obieta, José de. 1985. “El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos”. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, Col. Ciencias Jurídicas.

de la soberanía del Estado del que forman parte. Este es un problema tan actual, como recurrente; de hecho, como afirma Kymlicka, “casi no existen hoy en el mundo Estados que no estén compuestos por una diversidad de grupos étnicos, culturas y lenguas. Los aproximadamente 200 Estados independientes existentes a fines de los ochenta albergaban a 5.000 grupos étnicos diferenciados en 600 grupos lingüísticos”⁷⁵.

Esta discusión se prolongó a otra sobre el nuevo Convenio sobre derechos indígenas en el 88’ y 89’. Allí, ante la OIT, nuevamente los representantes de los gobiernos y los empleadores cuestionaron este reconocimiento de los indígenas como entes colectivos, con derecho a libre determinación. El resultado de esta discusión, fue no resolverla (en una instancia como esa), dejando este dilema para contextos distintos, como la actual discusión sobre el Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas del “Grupo de Trabajo” de la ONU, o la que se lleva a efecto en la Organización de Estados Americanos (OEA). Lo que contempla el definitivamente aprobado Convenio 169 de la OIT es el reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de derecho, reconocimiento que no debe entenderse referido a otros derechos que se le confieran a los pueblos en el ámbito internacional, es decir –el derecho a la libre determinación– (art. 1.3). Es decir, se ha configurado una especie de Pueblos de “segunda categoría”⁷⁶, interdicto, que no puede disponer de su destino como cualquier otro Pueblo titular del derecho establecido en el artículo 1º de ambos Pactos. En definitiva, la discusión que se inició con “un espíritu jurídico... se ha(n) visto sometida(os) a debates de fuerte influencia política. Por lo cual su reconocimiento o aceptación pasará finalmente por la voluntad política de los Estados antes que por acertados criterios jurídicos”⁷⁷.

⁷⁵ Kymlicka, Will. 1988, citado por Aylwin, José. 1999, en: “Pueblos Indígenas en el derecho internacional y comparado”, en: Sandra Pérez (ed.) “Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas”. Temuco: Editorial Escaparaté, 2000, pág. 10.

⁷⁶ Díaz Polanco, Héctor. 1998. “Derechos Indígenas en la actualidad”. En: Revista mensual de política y cultura, Número 117, disponible en el sitio internet “Proyecto de Documentación Ñuke Mapu”, p. 3.

⁷⁷ Naguil, Víctor. 1997. “Desarrollo Mapuche y Derecho de Autodeterminación”, en *Lhven* N° 4, Temuco: Centro de Estudios y Documentación Mapuche, Liwen, 1997 (8-35), p. 26.

No obstante aquello, el Convenio 169 sí constituye un importante avance en materia de derechos de los Pueblos Indígenas, ya que considera la posibilidad de autonomía o autogobierno de los mismos al interior de los Estados nacionales. Además, en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, se destacan los *derechos colectivos* de estos pueblos a que se consideren sus costumbres o su derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional, especialmente en el ámbito penal (artículo 8.1); a conservar sus costumbres e instituciones (artículo 8.2); a que se respeten sus métodos tradicionales para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (art. 9.1); a considerar sus características especiales cuando haya de aplicarse sanciones penales a un indígena (art. 9.1), dando preferencia a otros tipos de sanción (art. 9.2) distintas de la privación de libertad.

Siguiendo esta perspectiva, todo régimen autonómico – si bien cada uno posee características especiales– plantea el desafío de considerar y desarrollar al menos tres elementos de relevancia jurídico política que forman parte del derecho a la libre determinación, todas las cuales además, exigen una reforma del Estado.

Por una parte requiere referirse al tema que Obieta denomina *autodisposición interna*⁷⁸, “es decir el derecho de un pueblo a configurar una estructura de poder suficiente que le permita tanto la representación como la regulación política interna de la sociedad”⁷⁹. Esto implica determinar quién y de qué manera administra el espacio o jurisdicción indígena, qué autoridades, cómo es su generación, cuáles son sus atribuciones y su responsabilidad, etc. A modo de ejemplo, es posible señalar el caso de las *Entidades Territoriales Indígenas* (ETI) consagradas en el artículo 329 de la Constitución de Colombia, cuyo gobierno se encuentra radicado en un *Concejo Indígena*, el que estará conformado y reglamentado de acuerdo a los usos y costumbres de sus comunidades, estableciéndose

⁷⁸ Obieta, José de, op. cit.

⁷⁹ Naguil, Víctor. 1997, op. cit., p. 28.

sólo un mínimo de aspectos, respecto de los que debe hacerse cargo (como velar por la aplicación de la ley, promover inversiones públicas, diseñar planes y estrategias, etc) (art. 330). Asimismo, la Constitución y Estatuto de Autonomía de Nicaragua, establecen que las Comunidades de la Costa Atlántica gozan de un Régimen de Autonomía (art. 4, Ley N° 28), cuya autoridad administrativa superior son los Consejos Regionales Autónomos de la Costa Atlántica (Norte y Sur) (art. 16).

En segundo término, las autonomías requieren de un fundamento material, que a la vez cumple un efecto simbólico: el territorio, que de acuerdo al concepto acuñado en el Convenio 169 se refiere al hábitat que ocupan los indígenas, lo que incluye los recursos naturales que se encuentran en ese espacio. Es, en la terminología de Obieta, el derecho de *autodelimitación*⁸⁰. Particularmente, el tema tiene que ver con la administración y/o control de los recursos naturales. En este sentido, se puede señalar a modo de ejemplo el caso de la Costa Atlántica de Nicaragua y el reconocimiento de las tierras comunitarias en la misma Constitución de ese país caribeño (art. 180), en Brasil (art. 231), Colombia (art. 330) y Paraguay (art. 64). No obstante, tanto en el desarrollo de la autonomía en Nicaragua, como en los pueblos indígenas en general, la cuestión del control y aprovechamiento de los recursos naturales es un desafío pendiente, ya que los Estados siguen ejerciendo predominio sobre los espacios territoriales autónomos a través de las concesiones mineras, de aguas y de otros recursos a empresas externas. Esto, además, cuestiona en general el modelo de desarrollo que se encuentra incorporado en las políticas gubernamentales, regionales y globales; ya que se proponen otras formas de tenencia y distribución de la tierra y sus riquezas, poniendo en aprietos al paradigma de la distribución de bienes escasos en nuestro derecho: la propiedad privada⁸¹.

⁸⁰ Obieta, José de, op. cit.

⁸¹ Lillo, Rodrigo. 2000. "Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho", en: Milka Castro (ed.) "*Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio*". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (744-753).

Además, el tema de la autonomía incluye el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas para resolver los conflictos de acuerdo a la manera que ellos determinen y bajo un régimen de normas y valores escogidos. En efecto, uno de los aspectos que incorpora la plataforma reivindicativa de los indígenas en Latinoamérica es lo referente al derecho indígena, es decir, al derecho a otorgarse sus propias reglas de conducta, y de juzgamiento de los comportamientos contravencionales.

Es evidente que no hay una clara obligación frente a los instrumentos internacionales, por su vaguedad en el caso del artículo 27 del Pacto, y por no ser vinculante en el caso de las normas del Convenio 169, ya que se establece que sólo son aplicables si son admisibles en la legislación interna. Sin embargo, al igual que otros derechos fundamentales, la mera enunciación de esos derechos ha dado lugar a su desarrollo por la doctrina y jurisprudencia, fundamentalmente en Colombia⁸² y México⁸³. Por esto, y habida cuenta del valor y la evolución universal de los derechos humanos, se hace necesario reflexionar sobre algunas cuestiones.

6. La demanda Indígena. Derecho indígena y derecho estatal

El derecho es en general una característica propia de cada pueblo, de una manera lata se puede decir que el derecho es un elemento “básico de la identidad étnica de un pueblo”⁸⁴, tanto así que se dice que “un pueblo que ha perdido su derecho ha perdido parte importante de su identidad”⁸⁵.

⁸² Sánchez, 1998, op. cit., pág. 101.

⁸³ Sierra, María Teresa. 1998. “Autonomía y pluralismo jurídico”, en: Milka Castro y María Teresa Sierra (compiladoras) “*Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*”, *América Indígena*, N° 1 y 2. México: Instituto Indigenista Interamericano de la OEA, diciembre de 1999, (21-44), p. 21.

⁸⁴ Stavenhagen, Rodolfo. 1990. “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”; en “Entre la Ley y la Costumbre”; Stavenhagen, R.; Iturralde, D. (compiladores). Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990. (págs. 27-46), 27.

⁸⁵ Sierra, María Teresa, 1998, op. cit., p. 25

Cada sociedad se otorga a sí misma, o —según diremos— tiene al menos el derecho de hacerlo, una forma de regulación social propia; de tal manera que un sistema de control social es algo que diferencia a un grupo étnico de otro, tanto como su idioma o su religión. Esta importancia queda demostrada en la demanda actual de los pueblos indígenas en América, que han vinculado de manera necesaria la demanda de autonomía con una que les permita la generación y administración de su propio derecho⁸⁶. Así, en la mayoría de las reformas constitucionales producidas en la década de los noventa⁸⁷ se incorpora de alguna manera este aspecto de la autonomía como un derecho colectivo. El Convenio 169 de la OIT de 1989, “hace un llamado para que se respeten los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”⁸⁸. Es también, una demanda que se incluía en el proyecto de ley de la Comisión de Concordia y Participación (COCOPA), cuya aprobación exigieron —sin éxito— los zapatistas y representantes de diversos pueblos indígenas reunidos en la Plaza del Zócalo en ciudad de México el pasado 11 de marzo.

Conocemos el derecho indígena como derecho consuetudinario o la costumbre indígena, que son dos términos que tienden a resaltar su marginalidad, su inferior condición respecto del derecho escrito, ya que habitualmente se niega o se subsume al sistema legal. Se prejuzga como violatorio de los derechos humanos, no obstante ser los propios Estados Latinoamericanos, quienes exhiben una impresentable historia de violación de estos derechos.

Aún más, se ha negado su presencia actual, por quienes desde una perspectiva evolucionista, ven a los derechos consuetudinarios como resabios de la vida precolonial del indio (salvaje e incivilizada).

No obstante, el hecho de que este derecho sea invisible a nuestros ojos, tiene que ver más bien con la incapacidad de

⁸⁶ Sierra, María Teresa, 1998, op. cit.

⁸⁷ Entre las que por cierto no se encuentra la chilena.

⁸⁸ Assies. 2000. “La oficialización de lo no oficial. ¿re-encuentro de dos mundos?. Texto preparado para el Curso Post Congreso, “Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos en el Tercer Milenio”, 18-22 de marzo, 2000. Arica, Chile, pág. 1.

comprender que se trata de lógicas jurídicas y culturales distintas⁸⁹, cuestión a la que me referiré luego. Sin embargo, como probablemente no será suficiente este argumento para convencer sobre la existencia de estas realidades, a quienes se afirman en su incapacidad de comprender otras lógicas que no sea la cartesiana, intentaré explicarme en este punto.

Para abordar esta tarea, resulta necesario acometer dos líneas argumentativas. Por una parte, es preciso apuntar aquellos aspectos que diferencian a uno y otro derecho; justificar en suma, por qué hablamos de “otro” derecho y no simplemente de unas normas supletorias o derivadas. Por otra, explicar por qué además –y pese a ser diferentes–, este “otro” derecho merece también denominarse como tal. ¿Qué cosas tienen ambos en común?. Por último, intentaré sostener que estas líneas argumentativas no son en realidad opuestas.

Cabe entonces hacerse la pregunta de qué tienen en común el Código Civil o el de aeronáutica o la ley eléctrica con el acuerdo de *longkos* para resolver el conflicto provocado por el robo de animales⁹⁰. Son tan disímiles estos dos fenómenos sociales, que parece complejo que denominemos ambas situaciones bajo una misma voz: sistema jurídico (o más lato aún, como *lo jurídico*).

En general, parece más fácil definir el derecho indígena enumerando aquellas cosas en las que se separa del derecho positivo o estatal⁹¹. Desde esta perspectiva, los abogados generalmente afirmamos que el derecho se puede examinar como un fenómeno en sí mismo, relacionado pero autónomo de lo social⁹². Por el contrario, en el ámbito del derecho indígena “lo jurídico se encuentra inmerso en lo social”⁹³. En general, para el indígena no es concebible el mundo, dividido en compartimentos estancos o “en casillitas, sino que (el mundo) es algo integral que hay que mirar en su conjunto, con

⁸⁹ “El problema de no ver lo que no podemos comprender”, como dijo Don Juan a Carlos Castaneda, citado por Esther Sánchez, 1998, op. cit., p. 178.

⁹⁰ Ver narración de Pascual Coña, sobre la resolución de conflictos en una comunidad mapuche en la costa chilena, en Coña, P. “Testimonio de un cacique mapuche”. Santiago: Editorial Pehuén, sexta edición, 2000.

⁹¹ Para este artículo utilizaremos como sinónimos los conceptos de derecho del Estado, derecho positivo y derecho occidental.

⁹² Stavenhagen, 1990, op. cit., p. 30

⁹³ Stavenhagen, 1990, op. cit., p. 30

todos sus componentes,.....porque el de nosotros es un mundo de circunferencia, donde están los dioses, donde están los sitios sagrados, las grandes rocas.....”⁹⁴.

El derecho estatal es escrito, mientras que el indígena es predominantemente oral. Mientras el derecho estatal busca recomponer el orden institucional quebrantado por conductas contravencionales, el derecho indígena busca —a través de la mediación o conciliación— el restablecimiento de los equilibrios rotos.

Si en cuanto a su generación y a sus características ambos derechos se oponen, aquello no significa que no exista en ellos una interrelación alambicada y compleja⁹⁵. Tanto así que Iturralde sostiene que el derecho consuetudinario no es más “que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera”⁹⁶.

¿Qué es entonces el derecho consuetudinario?. No se trata de acercarse a posiciones románticas y puristas del derecho, en que el derecho indígena se defina como un orden armónico, carente de violencia, o como un orden o sistema cerrado y completo.

Sin pretender abordar aquí un asunto teórico de mayor envergadura, podemos decir que la cuestión de responder qué es el derecho indígena, nos lleva a la pregunta sobre qué es derecho, tema sobre el que habitualmente los teóricos —al referirse a él— excluyen al primero. En el derecho moderno, la doctrina jurídica establece “un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica”⁹⁷, que es lo que Raquel

⁹⁴Muelas, Lorenzo. 2000. Carta “Llamado a los indígenas que lleven la voz de nuestros pueblos a la COP5”. Carta abierta al movimiento indígena, con objeto de la preparación de la 5ª reunión sobre la Conferencia de Biodiversidad, p. 1.

⁹⁵ En este sentido ver Durán, Salamanca, Lillo. 2001. “Estableciendo límites entre la costumbre y la juridicidad cívico nacional en un sector mapuche de la Araucanía. Una aproximación antropológica – jurídica al caso del Comité de Vigilancia de Rüpikura del valle del Chol Chol”. En “Revista CREA número 2.. Centro de resolución alternativa de conflictos, Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Temuco 2001, págs. 53-76.

⁹⁶ Iturralde, Diego. 1989. “Movimiento Indio, costumbre jurídica y usos de la ley” en “Entre la Ley y la Costumbre”; Stavengahen, R.; Iturralde, D. (compiladores). Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990, (p.47-63) p. 54-55.

⁹⁷Yrigoyen, Raquel. 2000. “Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1ª edición, 2000, p. 11.

Yrigoyen⁹⁸ denomina el “monismo jurídico” o la teoría monista del derecho. Esto quiere decir que a un Estado le correspondería un solo orden jurídico, no pudiendo existir dos “sistemas jurídicos” donde existe un solo sistema estatal. Esta identidad entre el Estado y el Derecho se halla íntimamente ligada a la idea, surgida con la revolución francesa, de que los Estados responden a la necesidad de organización jurídica de *una* Nación; es decir en un Estado sólo existiría una Nación. Por ello no resulta extraño que la diversidad sea entendida como la formación de un “Estado dentro de otro Estado”⁹⁹. Sólo es derecho aquello que es producido por los órganos estatales, lo demás (la costumbre) no lo es, salvo que la propia ley “se remita a ella” (art. 2 del Código Civil chileno).

Si bien, la teoría del liberalismo igualitario de Rawls y Dworkin han cuestionado acertadamente la “teoría pura” de Kelsen, en cuanto a esta concepción del derecho como monopolio del Estado, los planteamientos que reconocen su origen en las ideas de Kant, no constituyen un sustento filosófico para el pluralismo jurídico. De hecho, ha sido denominado por Díaz Polanco como uno de los más formidables oponentes de la diversidad. Y esto es así por cuanto el liberalismo, como teoría procedimental se plantea la posibilidad de resolver los conflictos entre intereses individuales y sociales mediante la aplicación de reglas objetivas en el marco de un procedimiento jurídico¹⁰⁰, lo que implica que el derecho se convierte en un dominio particular de control social, “el derecho determina su propia representación social, en oposición a otros sistemas normativos que son subjetivos,... y la seguridad jurídica consiste en la mayor previsibilidad posible del comportamiento jurídico”¹⁰¹.

Por otra parte, *“La cuestión étnico/cultural –para el liberalismo– ha de marginarse de la consideración de un sujeto, y de*

⁹⁸ Raquel Yrigoyen, 2000, op. cit., pág. 11.

⁹⁹ Este es el argumento que ha proliferado en la discusión sobre derechos indígenas en Chile, entre los órganos oficiales; tanto parlamentarios, funcionarios del gobierno, como integrantes del Tribunal Constitucional, que han resuelto un requerimiento interpuesto en contra de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Al respecto ver Lillo, 2001, op. cit.

¹⁰⁰ Broekman, Jan, 1993. “Derecho y Antropología”. Editorial Civitas S.A., Madrid, España.

¹⁰¹ Broekman, op. cit., pág. 210.

los derechos que respecto de él se predicán; sólo de esta manera se puede asegurar la igualdad y la libertad. El contrato social, en la versión Rawlsiana, consiste en los consensos del contrato originario que tienen caracteres de universalidad; ello por cuanto cualquiera que se halle en la 'posición original', cubierto por el 'velo de la ignorancia', esto es, sin conocer su posición social y sus intereses, estaría de acuerdo en los mismos principios"¹⁰².

El liberalismo igualitario, en la versión de Rawls, repele la institución de los derechos colectivos, por cuanto el titular de los derechos es siempre individual, del cual se predica la autonomía, el sujeto moral en el sentido kantiano, es decir, aquel que es capaz de discernir sobre su proyecto de vida y de actuar conforme a él. Si bien el liberalismo comunitario de Kymlicka incorpora la idea de los derechos colectivos, como "protecciones externas", ésta en ningún caso pone los intereses del grupo por sobre los del individuo¹⁰³. Kymlicka en cambio, se opone a las "restricciones internas" que facultan a un grupo "para regular las relaciones de sus miembros e imponer restricciones sobre ellos"¹⁰⁴.

Dejando de lado el traje de abogado litigante y de la teoría tradicional del derecho, dentro del cual lo jurídico se identifica con papeles, trámites, oficinas, leyes y parlamentarios, sería posible distinguir en el relato de Pascual Coña¹⁰⁵, un fenómeno social —en definitiva jurídico— caracterizado por constituir "*procesos discursivos, en los cuales los actores argumentan sus demandas, posiciones, intereses, toman decisiones, construyendo el objeto mismo del conflicto..., diseñando un escenario en el que el conjunto de actores...buscan acuerdos, generan opiniones y decisiones que sean comúnmente aceptadas, incluyendo aquellas que impliquen el uso de la coerción y la violencia*"¹⁰⁶.

¹⁰² Lillo, Rodrigo. 2000. "El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad". en "Revista de Divulgación en Antropología aplicada. Cuadrenode trabajo en torno a la ratificación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Chile" año 1 N° 2 (p. 21-33), p.24-25.

¹⁰³ Assies. "la oficialización..."

¹⁰⁴ Assies. "la oficialización..." 12

¹⁰⁵ Coña, op. cit., pág. 137

¹⁰⁶ Orellana René. 2001. "Derecho ¿qué eres? ¿dónde estás?". Ensayo inicial que forma parte de la investigación realizada por el autor en el marco de un programa doctoral en Antropología y

A su vez, en el análisis de Sousa Santos, el derecho constituye un campo formado por sub-campos, que se conciben en términos de la articulación y variación entre los tres “dispositivos operativos del derecho”, *burocracia*, *violencia* y *retórica*. Donde la *burocracia* “es una forma de comunicación o una estrategia de toma de decisiones de un orden autoritario que depende de la movilización del efecto demostrativo de los procedimientos regulados y los estándares normativos”¹⁰⁷. La *violencia* en cambio, “es una forma de comunicación y una estrategia de toma decisiones basada en la amenaza del uso de la fuerza”¹⁰⁸. La *retórica* finalmente, “es una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión y el poder argumentativo”¹⁰⁹.

De esta manera, el derecho indígena constituiría un sub-campo del derecho, con dinámicas relativamente autónomas, en donde los sub-campos se relacionan por fronteras porosas, de acuerdo a la articulación de los tres dispositivos¹¹⁰. Mientras el derecho estatal o positivo se caracteriza por ser más estático y codificado, donde predominan los dispositivos burocracia y violencia, probablemente en los métodos de resolución de conflictos indígenas encontramos una preeminencia de la retórica¹¹¹.

En cuanto al contenido de este derecho se ha polemizado sobre si se pueden establecer categorías de la ciencia jurídica, o bien otras que sean propias de cada pueblo o etnia. Hay quienes incluso han desarrollado verdaderos estatutos de las costumbres que constituyen obligaciones jurídicas, lo cual implicará un cambio en la articulación de los dispositivos de Sousa Santos.

Sociología del Derecho de la Universidad de Amsterdam, con el apoyo de la Fundación Holandesa para el Avance de la Investigación Tropical (WOTRO), con la supervisión de André Hoekema y Willem Assies, p. 28.

¹⁰⁷ Assies, Willem, 2000, op. cit., p. 7

¹⁰⁸ Assies, Willem, 2000, op. cit., p. 7

¹⁰⁹ Assies, Willem, 2000, op. cit., p. 7

¹¹⁰ Assies, Willem, 2000, op. cit., p. 3

¹¹¹ Esto si consideramos el caso de Pascual Coña, ya citado; pero lo cierto es que en la sociedad mapuche (como en otras sociedades indígenas) las instituciones jurídicas también se encuentran vinculadas a –al menos– la amenaza del uso de la fuerza.

El derecho consuetudinario no es un derecho estático, ni ancestral. No es un fenómeno para el estudio de la etnología y la historia, sino constituye una práctica social presente y dinámica.

En general, y siguiendo a Stavenhagen, *"lo legal o jurídico, en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente: normas generales de comportamiento público; mantenimiento del orden interno; definición de derechos y obligaciones de los miembros; reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque); reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales); definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra los individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; sanción a la conducta delictiva de los individuos; manejo, control y solución de conflictos y disputas; definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública"*¹¹².

7. La imposición del derecho como forma de colonialismo

En general, el colonialismo que pesa sobre América desde la llegada de los españoles, trajo consigo la expoliación del territorio y los recursos, y la imposición de un sistema de normas dictadas por la Corona Española y sus órganos delegados en América; la segunda como estrategia para provocar la primera¹¹³. Durante el período colonial, estas normas impuestas tuvieron por fundamento el ideario segregacionista, según el cual distintas leyes les eran aplicadas a indígenas y a españoles. Junto con ello, el criterio que marca el sistema jurídico colonial es el de la *subordinación*, ya que si bien se aceptó un sistema jurídico compuesto por las costumbres de los

¹¹² Stavenhagen, Rodolfo, 1989, op. cit., pág. 31.

¹¹³ Aunque también es posible establecer que la imposición de la estructura jurídica ocurre como consecuencia de la apropiación de los medios de producción.

indígenas, se admitió sólo como “fuero local, sobre el cual se reservó el ejercicio de tutela”¹¹⁴.

En todo caso, esta expresión del derecho colonial no tuvo aplicación plena en todo el territorio mapuche, ya que en virtud de los *parlamentos*¹¹⁵ suscritos entre la Corona española y *longkos* mapuche a partir de 1641 (en que se suscribe el parlamento o paces de Quilín), se reconoce un territorio mapuche y una frontera establecida por el río Bío Bío.

La formación del Estado nacional chileno a comienzos del siglo XIX, trajo aparejados los principios inspiradores de la Revolución francesa, la teoría de separación de poderes y el principio de la igualdad ante la ley. “Se buscaba *asimilar* o desaparecer a los indios dentro de la naciente nación mestiza y se impuso una homogeneización cultural forzosa por los criollos y mestizos que hegemonizaron los procesos de independencia”¹¹⁶. Surge el cuestionamiento de los estatutos privilegiados, y la idea de la codificación, la ley es aplicable a todos por igual y sin excepción. Esta ley es además escrita, y proveniente del único órgano soberano para legislar: el parlamento. Las manifestaciones criollas de estos ideales las constituyen la declaración de ciudadanía plena de los indígenas decretada por O’Higgins en 1819 (al que ya se hizo referencia), y posteriormente, la dictación del Código Civil a mediados de siglo, en el que se establece (artículo 2º) la exclusión y subordinación de la costumbre como fuente de derecho.

¹¹⁴Ochoa, Carlos. 2000. “Derechos indígenas y Pluralismo legal en América Latina”, en <http://www.derechoysociedad.com>, p.2.

¹¹⁵ Acuerdos, que han sido considerados por el relator de Naciones Unidas, Miguel Alfonso Martínez, como tratados celebrados entre Estados y Pueblos Indígenas; los cuales “tienen la posibilidad de llegar a ser importantísimos instrumentos para el establecimiento formal y el respeto no sólo de los derechos” reconocidos en instrumentos jurídicos (nacionales o internacionales) aceptados por el Estado de que se trata. “sino también de los inalienables derechos internacionales, en particular el derecho a la tierra...”. Martínez, Raúl Alfonso. 1999. “Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas. Informe final”. Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías. Naciones Unidas, p. 47.

¹¹⁶Yrigoyen, Raquel, 1999. “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia. Ecuador)”, en: “*Pena y Estado*” N° 4. “Justicia Penal y comunidades indígenas”. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, enero 2000. (p. 129-142), p. 130.

La legislación del naciente Estado chileno, durante el siglo XIX, permitió, junto a la estrategia militar, la apropiación del territorio que hasta entonces ocupaban los mapuche. La radicación de los mapuche en pequeñas porciones de tierra será causa de su transformación social y política, la pérdida de su organización tradicional y transformación en una cultura de resistencia¹¹⁷.

Con la culminación del proceso de radicación de tierras y la derrota militar mapuche, surge el movimiento mapuche, y las primeras organizaciones: la Sociedad Caupolicán (1910) y la Federación Araucana (1922), ambas con “un claro discurso indigenista”¹¹⁸, y las primeras leyes protectoras. La ley N° 4.169 del año 1927 establecía la restitución de tierras usurpadas y su posterior división. Posteriormente se crean los *Juzgados de Indios* (por la Ley 4.802 de 1930) para dividir las tierras comunitarias¹¹⁹ y resolver los conflictos que se deriven de ella y en general de la tenencia de tierras. Los Jueces de Indios eran designados directamente por el Presidente de la República.

Ya en los 60’, con el proceso de reforma agraria el proyecto del Estado para los indígenas pasa por su campesinización, lo que queda establecido en la ley N° 17.729 del año 1972. Lo que hay detrás de estos procesos, es la concepción de que los indígenas corresponden a un grupo de personas (minorías étnicas) que se encuentran en un estado de civilización anterior, que es necesario proteger y fomentar su desarrollo y/o progreso. De tal manera que sus reglas sociales -que tal vez tuvieron en tiempos ancestrales- ya no estarían presentes entre ellos, y si así fuera, constituirían resabios de una cultura que está destinada a desaparecer, por cuanto no son más

¹¹⁷ Para un análisis más específico sobre el efecto de la aplicación de la legislación chilena sobre el Pueblo Mapuche ver Aylwin, José. 1989. “Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena”, en *América Indígena*, año XLIX, num. 2, México: Instituto Indigenista Interamericano, abril-junio 1989, p. 369-391 y Vidal, Aldo. 1999. “Políticas legislativas en Chile. El caso de las tierras y territorios mapuche”, en *CUHSO*, Volumen especial N° 1 1999 “Legislación Indígena, Tierras y Pueblo Mapuche”, Temuco: Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco, 1999, p. 67-111.

¹¹⁸ CEDM Liwen y Marimán, José. 1990. “Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional”. Centro Estudios y Documentación Mapuche Liwen y Fundación para el progreso humano. Santiago, noviembre 1990, 21.

¹¹⁹ Que los mapuche poseían legalmente en virtud de los títulos de merced entregados por el Estado en el proceso de radicación

que un obstáculo para su total incorporación al progreso o desarrollo de la “nación”.

En este mismo sentido, la ley N° 19.253, actualmente en vigencia, sostiene que “el Estado reconoce como principales *etnias indígenas* de Chile...”¹²⁰, ...que “(el Estado) valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, ...que “Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, *proteger y promover el desarrollo* de los indígenas” (art. 1°).

Los principios generales planteados en este cuerpo legal dejan de manifiesto una actitud etnocéntrica, ya que si bien se admite por una parte la diferenciación presente entre los indígenas, no se les reconocen sus derechos políticos, al negarse su condición de Pueblo. Se establece una especie de minoría de edad de los indígenas, en que otro distinto (Estado nación) decide lo que es mejor para ellos.

En el ámbito de la resolución de conflictos, no se reconocen las facultades de las comunidades a reprimir las contravenciones que se producen en sus espacios, pues esto atentaría contra el principio de separación de poderes y de la jurisdicción, reservada por la Constitución (art. 73) a los Tribunales establecidos por la ley. Se establece una instancia de mediación¹²¹ institucional para conflictos en que se encuentre involucrado algún indígena, donde el mediador es un funcionario de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena¹²² (art. 55). Fuera de ello se considera la conciliación dentro del procedimiento judicial ordinario. Además, la ley le otorga validez a la costumbre indígena hecha valer en un juicio (la costumbre debe probarse de acuerdo a los medios legales) entre personas de la misma etnia, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política. En materia penal, puede disminuir o excluir la responsabilidad penal.

¹²⁰ El Concepto de etnias no otorga derechos colectivos.

¹²¹ López, Jaime. 2001. “Formas alternativas de Resolución de Conflictos en la ley indígena 19.253”; en Revista “CREA” número 2, Temuco Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Temuco, 2001. (p. 77-90).

¹²² Órgano público, creado por la ley para determinar políticas públicas, y brindar protección a los indígenas.

La evolución histórica del Estado chileno da cuenta del desconocimiento de los derechos de los indígenas, entre ellos la exclusión del derecho colectivo de todo Pueblo o Nación a proveerse de sus propios mecanismos de resolución de conflictos. Esta mirada “monista” del derecho, además, impide percibir situaciones que forman parte de lo jurídico que no se originan en el Estado.

No se trata por cierto, de resucitar un derecho ancestral, codificarlo, y aplicarlo de manera paralela y desvinculada del Estado; más bien se trata de reconocer la facultad de los Pueblos Indígenas de ejercer sus propias formas jurídicas, entendiendo por propias, no (necesariamente) las que sean ajenas al Estado, sino las que sean escogidas y utilizadas por el mismo Pueblo.

8. El pluralismo jurídico. Hacia una visión pluralista del derecho

Esta concepción del derecho, que rechaza el axioma de que el derecho constituye un producto exclusivo del Estado, y que por otra parte reconoce la composición diversa y multiétnica de los Estados, se ha denominado como *pluralismo jurídico*, y que, retomando la introducción, se explica en un contexto en que se conectan diversos procesos como complejización del derecho, la globalización, la crisis de los Estados nacionales, el fortalecimiento de una plataforma indígena.

Esta preocupación, que proviene fundamentalmente desde la antropología (se puede distinguir una vertiente europea y una latinoamericana), se centra en el fenómeno social que implica “la coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social”¹²³, que se denomina como *pluralismo jurídico*. Esta situación ha venido siendo reconocida en distintos países de América Latina, en diferentes grados y condiciones; cabe destacar el caso de los países andinos¹²⁴. En estos casos donde el pluralismo ha sido reconocido por los ordenamientos internos (por ejemplo a nivel Constitucional),

¹²³ Hoekema, André, op. cit.: 269

¹²⁴ Ver Yrigoyen, Raquel, 1999, op. cit.

hablamos de pluralismo jurídico formal, el que a su vez puede ser unitario o igualitario¹²⁵. El pluralismo jurídico formal unitario es aquel en que se reconoce internamente por el Estado la coexistencia de dos órdenes jurídicos, donde el “derecho oficial se reserva la facultad de unilateralmente determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos, que era, por ejemplo, el contenido en la propuesta de la COCOPA en México, y que corresponde también a lo que se establece en el Convenio 169 de la OIT sobre esta materia.

Un *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, implica que el derecho oficial no se reserva la facultad para determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás derechos en sentido social. “El derecho oficial reconoce además la validez de normas de los demás sistemas de derecho, su fuente especial en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y por tanto tiene derecho a que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional por los demás”¹²⁶.

Ahora bien, la preocupación por el reconocimiento de la “justicia comunitaria” o derecho indígena, no importa aplicar un criterio de segregación para con los indígenas, por una parte. No es posible definir al derecho indígena como un *sistema*, utilizando los criterios que utilizamos para definir el derecho estatal. Esto, “si partimos del presupuesto real de que los órdenes jurídicos interactúan, se amalgaman y mezclan, no sólo en el orden formal..., sino también en el pensamiento y en el discurso”¹²⁷. Por lo que mal podrían constituir un sistema, en la perspectiva funcionalista, ya que “resulta siendo (el derecho indígena) un orden social tan poroso que las interacciones jurídicas de ida y vuelta con otros subórdenes o el orden hegemónico (el estatal) lo transforman permanentemente”¹²⁸.

La preocupación por el ejercicio de este derecho colectivo, entonces, es más que un problema de reconocimiento de

¹²⁵ Hoekema, André, op.cit.

¹²⁶ Hoekema, André, op. cit., pág. 270.

¹²⁷ Orellana, René, op. cit., pág. 15

¹²⁸ Orellana, René, op. cit., pág. 15

normas, autoridades y procedimientos (aunque por cierto incluye aquello), y que no es suficiente la descripción de las instituciones indígenas¹²⁹ para comprender estas realidades jurídicas. Lo que preocupa (en definitiva) es conocer y manejar la relación entre estos “derechos”, cómo se determina y desplaza esa frontera porosa.

“Para decirlo en términos de la definición de derechos de Sousa, la recurrencia a niveles jurídicos extraños al de una comunidad y el uso de la retórica institucional o de diferentes repertorios jurídicos por parte de los disputantes e incluso, en algunos casos, por parte de las autoridades, es evidencia de la internalización de **OTROS procesos regularizados y de (OTROS) principios normativos, considerados justiciables** en el orden jurídico hegemónico o en OTROS subórdenes jurídicos **que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para la resolución de éstos a través de un discurso argumentativo**”^{130, 131}.

La otra preocupación es buscar criterios de validez que no impliquen la imposición de unos criterios que son propios de un derecho (hegemónico u oficial), ni tampoco —como se ha dicho— explicar estos fenómenos sociales como acontecimientos absolutamente separados con criterios de validez sustantiva propia. Se trata, entonces, de intentar superar la polaridad expresada entre la universalidad o relatividad de los derechos humanos.

El desafío del pluralismo jurídico, entonces, consiste en buscar nuevos paradigmas del derecho que permitan explicar viejas realidades. En lo que —por cierto— no podré explayarme por ahora.

9. Conclusión: Los indígenas en el nuevo sistema penal, o ¿hacia un reconocimiento de la juridicidad indígena?

Intentaré enunciar algunas ideas a modo de conclusión, pues me he referido a tan diversas cuestiones que, cualquier confusión, no será imputable al lector.

¹²⁹ Assies, Willim, 2000, op. cit.

¹³⁰ El destacado es original.

¹³¹ Orellana, René, op. cit, pág. 29.

En primer lugar, rescatar la idea de que la reforma procesal constituye un avance, tardío, pero no por eso menos valioso, en la protección efectiva de los derechos fundamentales. Me he detenido en el tema de la protección y las garantías, pues me parece que en ello está lo que constituye lo determinante de este cambio. En la medida en que con mayor eficacia puedan oponerse al poder del Estado los derechos fundamentales, menos probabilidades existen de que se transforme en un instrumento opresivo.

Segundo, que la reforma procesal no trae aparejados derechos específicos para los indígenas, ya que nunca fue concebido de esta manera (ni me parece que aquello estaba presente en las expectativas del movimiento indígena), ya que se inserta dentro del mismo paradigma etnocéntrico de la legislación interna. No es posible esperar una situación nueva, el mismo derecho no otorga nuevas posibilidades. De hecho el Código, como la mayor parte de la legislación nacional no hace mención alguna a lo(s) indígena(s), como por ejemplo sí lo hace la Constitución Brasileña (en el ámbito procesal penal) que establece como obligación del Ministerio Público defender judicialmente los derechos y los intereses de la población indígena (art. 129.V).

En tercer término, y atendido lo dicho, no cabe asumir la interculturalidad mediante instrumentos inadecuados. Si este nuevo procedimiento penal no ha sido concebido para dar lugar a un régimen jurídico estatal que dé cabida al pluralismo jurídico, no debiera constituir una normativa que favoreciera la vigencia de los derechos de los indígenas. De esta forma, nuevamente se intenta resolver una cuestión etnonacional mediante una implementación legal insuficiente. Si la legislación indígena vigente no resuelve (tampoco) el tema de la tenencia de la tierra¹³², es porque no se ha recogido la demanda indígena propiamente tal¹³³. Si los esfuerzos, en cambio, apuntan a ignorar u ocultar esas demandas, no estaremos avanzando en la búsqueda de respuestas.

¹³² Entiendo por la resolución de un conflicto, el asumir que existen intereses contradictorios, en este caso la tierra usurpada y expoliada a los mapuche, y por otro, los de las empresas y actuales propietarios que fundan sus derechos en la legislación chilena vigente.

¹³³ Lillo, Rodrigo, 2000, op. cit.

Acercá de cómo recoger de manera efectiva la demanda indígena, parece ser que los instrumentos internacionales y el reconocimiento de los derechos colectivos otorgan una buena metodología para ello, en la medida en que se reconozca que se establece una relación interétnica (con un “otro”), que además éste otro corresponde a una comunidad de cultura, cuyos conflictos y diferencias internas se resuelven también de manera interna, y que sólo se debe advertir cuál es el referente¹³⁴ con el que se debe establecer el diálogo.

De esta forma, más que la pregunta de qué manera el nuevo proceso penal recoge los derechos de los indígenas, se hace necesario (re)plantear la reforma del Estado chileno, en términos de adecuar su estructura a una realidad interétnica y multicultural. Para ello, basta echar un vistazo al avance producido en la década pasada en la mayoría de los Estados latinoamericanos, o en otros países con naturaleza multinacional, sin que ellas contengan necesariamente la respuesta a la situación chilena; revisar, en otro sentido la evolución de la doctrina de los derechos humanos y cuestionar aquella concepción del derecho que otorga monopolio al Estado en la resolución de conflictos; y fundamentalmente, analizar y reconocer (el Estado) y desarrollar (los movimientos indígenas) las propuestas políticas en este sentido¹³⁵.

En cuarto término, y dicho lo anterior, para los agentes de la nueva reforma, no debe ser una preocupación el hecho de que el sistema penal se transforme en el mecanismo que incorpore los derechos de los indígenas en el orden jurídico interno (cuestión que corresponde al Estado nacional, considerado como un todo); pero sí, en cambio, debe ser una preocupación que el sistema penal no se transforme en “la salida” del conflicto etnonacional. En efecto, como responsable de la política criminal, el Ministerio Público determina, bajo los límites establecidos en la ley, cuáles delitos se persiguen. Y a

¹³⁴ Referente que no lo determina el Estado nacional, sino el propio Pueblo.

¹³⁵ Sobre este tema existen propuestas escritas como la del Centro de Estudios y Documentación Liwen de 1990, “Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional”, el Consejo de Todas las Tierras y la Identidad Territorial Lafkenche que en Mayo de 1999 redactó el documento “De la deuda histórica Nacional al reconocimiento de nuestros derechos territoriales”.

estas alturas (al menos provisionalmente), parece ser que “la tolerancia cero” con los indígenas es la única reacción posible del Estado frente a las demandas planteadas.

Bibliografía

1. Ambos, K; Woischnik, J. 2000. “Las reformas procesales penales en América latina”; en “Las reformas procesales penales en América latina”. Maier, J; Ambos, K; Woischnik, J (compiladores) 2000. Editorial Ad hoc, Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional, Konrad Adenauer. B. Aires 2000. (p. 835-896).
2. Andueza, Pablo. 1996. “La nueva ley indígena. Historia, contexto internacional y análisis normativo”; en: Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso N° 42. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, p. 229. (225-253).
3. Assies, Willem, van der Haar, Gemma y André Hoekema. 1998 “Los diversidad como desafío”, en “El Reto de la diversidad”. Assies, Willem, van der Haar, Gemma y André Hoekema (editores) 1999. Colegio de Michoacan, 1999.
4. Assies, Willem. 2000 “La situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el contexto latinoamericano” Seminario-Taller “Unidos en la diversidad por nuestro derecho al territorio” organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, Sta. Cruz-Buena Vista, 10 al 13 de julio del 2000, sin publicar.
5. Assies, Willem. 2000. “La oficialización de lo no oficial. ¿re-encuentro de dos mundos?. Texto preparado para el Curso Post Congreso, “Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos en el Tercer Milenio”, 18-22 de marzo, 2000. Arica, Chile.
6. Aylwin, José. 1989. “Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena”, en *América Indígena*, año XLIX, num. 2, México: Instituto Indigenista Interamericano, abril-junio 1989, p. 369-391.

7. Aylwin, José. 1999. "Pueblos Indígenas en el derecho internacional y comparado", en: Sandra Pérez (ed.) "Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas". Temuco: Editorial Escapate, 2000.
8. Bascuñan, Eduardo y Durston, John. 1999. "Las dimensiones sociales de la regional en América Latina". Rolando Franco y Armando Di Filippo (Compiladores). Santiago, 1999, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Naciones Unidas. N.U.(p. 181-210)
9. Broekman, Jan. 1993, "Derecho y Antropología". Editorial Civitas S.A., Madrid, España.
10. Bustos, Juan. 1994. "Principios garantistas del Derecho Penal y Proceso Penal"; en "Proceso Penal y Derechos Fundamentales". Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, 1994.
11. Bustos Juan. 1987 "Pena y Estado", en: "Control Social y Sistema Penal". 1ª edición, Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1987.
12. Carocca, Alex. 1997. "Las garantías constitucionales en el sistema procesal chileno"; en Revista Ius et Praxis, N° 2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, editorial Universidad de Talca, 1997. (p 145-226).
13. Carocca, Alex. 2000. "Las Garantías Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal". En "Nuevo Proceso Penal", Carocca, A.; Duce, M; Riego, C; Baytelman A.; Vargas, J. Santiago, editorial Conosur, 2000. (p. 31-98).
14. CEDM Liwen y Marimán, José. 1990. "Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional". Centro Estudios y Documentación Mapuche Liwen y Fundación para el progreso humano. Santiago, noviembre 1990.
15. Coña, Pascual. 2000. "Testimonio de un cacique mapuche". Santiago, Editorial Pehuén, sexta edición, 2000.
16. Cooper, Doris. 2000. "Etiología de la delincuencia mapuche y otros tipos de delincuencia"; en: Milka Castro (ed.) "*Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo*

- Legal: Desafíos del tercer milenio*". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (p. 164-177).
17. Cooper, James. 2001. "Se abre una nueva oportunidad: Importando sistemas horizontales de justicia durante una época de Reforma Judicial"; en Revista "CREA" número 2, Temuco Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Temuco, 2001. (p. 91-103)
 18. Diario Austral. Ejemplar del día 31 de julio de 2001.
 19. Díaz Polanco, Héctor. 1998. "Derechos Indígenas en la actualidad". En: Revista mensual de política y cultura, Número 117, disponible en el sitio internet "Proyecto de Documentación Ñuke Mapu".
 20. Díaz Polanco, Héctor. 2000. "Los dilemas de la diversidad", en: Milka Castro (ed.) *"Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio"*. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. p. 1009-1020.
 21. Durán, Teresa; Salamanca, María.; Lillo, Rodrigo. 2001. "Estableciendo límites entre la costumbre y la juricidad cívico nacional en un sector mapuche de la Araucanía. Una aproximación antropológica-jurídica al caso del Comité de Vigilancia de Rüpükura del Valle de Chol Chol". En Revista "CREA" número 2, Temuco Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Temuco, 2001. (p. 53-76).
 22. Durston, John. 1995. "Etnodesarrollo de cara al siglo XXI". En publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Naciones Unidas. N.U.(p. 1-33).
 23. Dworkin, R. 1967. "¿Es el derecho un sistema de normas?", en Dworkin (ed.) *"La Filosofía del Derecho"*. México, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, 1980; p. 75-127.
 24. Espina, Rodrigo; Oyarce, Ana María; Pérez, Gabriela; Sabag, Alejandro; Sánchez, Rubén. 1998. "Población Mapuche.

- Tabulaciones Especiales, XVI Censo Nacional de Población 1992”.
25. Ferrajoli, Luigi. 1992. “El derecho como sistema de garantías”. Ponencia expuesta en las jornadas sobre “La crisis del derecho y sus alternativas”, organizadas por el Consejo General de Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de Noviembre al 04 de Diciembre de 1992. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez.
 26. Hoekema, André. 1998. “Hacia un pluralismo Jurídico formal igualitario, en Sierra, María Teresa.1998. “Autonomía y pluralismo jurídico”, en: Milka Castro y María Teresa Sierra (compiladoras) *“Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina”*, *América Indígena*, N° 1 y 2 .México: Instituto Indigenista Interamericano de la OEA. Diciembre de 1999, p. 25 (21-44)
 27. Iturralde, Diego. 1989. “Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley”; en “Entre la Ley y la Costumbre”; Stavengahen, R.; Iturralde, D. (compiladores). Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990. (p. 47-64).
 28. Lillo, Rodrigo. 2000. “Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho”, en: Milka Castro (ed.) *“Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio”*. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (744-753).
 29. Lillo, Rodrigo. 2001. “El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad”; en Revista de antropología aplicada N° 2, del Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco. Temuco, 2001.
 30. Lillo, Rodrigo. 2001. “Situación de los derechos indígenas en Chile”. En Revista Liwen N° 6 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, Chile, 2001. (en imprenta).

31. López, Jaime. 2001. "Formas alternativas de Resolución de Conflictos en la ley indígena 19.253"; en Revista "CREA" número 2, Temuco Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Temuco, 2001. (p. 77-90).
32. Martínez, Raúl Alfonso. 1999. "Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas. Informe final". Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías. Naciones Unidas
33. Muelas, Lorenzo. 2000. Carta "Llamado a los indígenas que llevaran la voz de nuestros pueblos a la COP5". Carta abierta al movimiento indígena, con objeto de la preparación de la 5ª reunión sobre la Conferencia de Biodiversidad.
34. Naguil, Víctor. 1997. "Desarrollo Mapuche y Derecho de Autodeterminación", en *Liwen* N° 4, Temuco: Centro de Estudios y Documentación Mapuche, Liwen, 1997 (8-35).
35. Naguil, Víctor. 1999. "Conflictos en el Territorio Mapuche. Intereses, derechos y soluciones políticas en juego", en *Liwen* N° 5, Temuco: Centro de Estudios y Documentación Mapuche, Liwen, 1999 (11-41).
36. Obieta, José de. 1985. "El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos". Madrid: Editorial Tecnos, 1989, Col. Ciencias Jurídicas.
37. Ochoa, Carlos. 2000. "Derechos indígenas y Pluralismo legal en América Latina", en Foro sobre pluralismo legal y reconocimiento constitucional del derecho indígena, disponible en sitio internet Alertanet, Derecho y Sociedad.
38. Orellana René. 2001. "Derecho. ¿qué eres? ¿dónde estás?". Ensayo inicial que forma parte de la investigación realizada por el autor en el marco de un programa doctoral en Antropología y Sociología del Derecho de la Universidad de Amsterdam, con el apoyo de la Fundación Holandesa para el Avance de la Investigación Tropical (WOTRO), con la supervisión de André Hoekema y Willem Assies.

39. Organización Internacional del Trabajo. 1996. "Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT". OIT y Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático Montreal, Ginebra, 1996.
40. Riego, Cristián. 2000. "Chile"; en "Las reformas procesales penales en América latina". Maier, J; Ambos, K; Woischnik, J (compiladores) 2000. Editorial Ad hoc, Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional, Konrad Adenauer. B. Aires 2000. (p. 167-196).
41. Sánchez, Esther 1998. "Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1998.
42. Sierra, María Teresa. 1998. "Autonomía y pluralismo jurídico", en: Milka Castro y María Teresa Sierra (compiladoras) "*Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*", *América Indígena*, N° 1 y 2. México: Instituto Indigenista Interamericano de la OEA. Diciembre de 1999, (21-44).
43. Stavehagen, Rodolfo. 1989. "Derecho consuetudinario indígena en América Latina"; en "Entre la Ley y la Costumbre"; Stavengahen, R.; Iturralde, D. (compiladores). Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990. (p. 27-46).
44. Stavenhagen, Rodolfo. 1997. "El marco internacional del derecho indígena". en "Derecho Indígena", Magdalena Gómez (Coordinadora), Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1ª edición, 1997.
45. Vidal, Aldo. 1999. "Políticas legislativas en Chile. El caso de las tierras y territorios mapuche, en *CUHSO*, Volumen especial N° 1 1999 "Legislación Indígena, Tierras y Pueblo Mapuche". Temuco: Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco, 1999, p. 67-111.
46. Yrigoyen, Raquel. 1999. "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)", en: "*Pena y Estado*" N° 4, "Justicia Penal y comunidades indígenas". Buenos Aires:

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, enero 2000, (129-142).

47. Yrigoyen, Raquel. 2000. "Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal". Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1ª edición, 2000.
48. Zaffaroni, Eugenio R.. 1986. "Sistemas Penales y derechos humanos en América Latina". Instituto Interamericano de Derechos Humanos, editorial Depalma, 1986.
49. Zaffaroni, Eugenio R. 1990. "En busca de las penas pérdidas". Bogotá, editorial Temis, 1990.

LOS CONCEPTOS DE VIRTUD Y ACTO VOLUNTARIO EN LA ÉTICA DE ARISTÓTELES

David Quintero Fuentes.
Profesor de Fundamentos
Filosóficos del Derecho
Universidad Católica de Temuco.

I.- Presentación

El presente trabajo pretende exponer y analizar algunos de los aspectos centrales del pensamiento ético de Aristóteles, como son los conceptos de virtud y de acto voluntario.

En cuanto al primero, resulta necesario hacer presente que se intentará realizar una aproximación al planteamiento del Estagirita, en términos generales, por lo que se ha renunciado a efectuar un estudio detallado acerca de las virtudes éticas en particular, y especialmente de la concepción de justicia, a las que están dedicados los libros IV y V de la *Ética Nicomaquea*; los que no obstante, tienen una importancia capital.

Asimismo, es conveniente tener a la vista el resto del *Corpus Aristotélico*, en especial, su concepción acerca del hombre, del saber y de la felicidad.

La ética de Aristóteles, al igual que el resto de su filosofía, es claramente finalista; y este carácter debe necesariamente considerarse para una acertada comprensión de su pensamiento.

En efecto, todas las acciones humanas tienden hacia fines, los que, a su vez, constituyen bienes. Tales acciones y fines se encuentran subordinados a un fin último, que, por ende, es el Bien Supremo: la

felicidad. Bien y felicidad, por tanto, se identifican. La ética de Aristóteles es, en consecuencia, eudaimonista.¹

A continuación se plantea el problema de determinar cuál es el bien supremo al que tiende toda actividad humana, para ello revisa y critica las diversas concepciones acerca de la felicidad, para concluir que ella consiste en lograr la perfección en cuanto hombre, lo cual sólo es posible ejercitando la actividad o función que le es propia: la actividad racional.²

Se constata, una vez más, el carácter empirista del pensamiento de Aristóteles, quien abandona la formulación de principios a priori y se preocupa por lo concreto: ¿Qué es el Bien para el hombre?.

Ahora, si bien el hombre es fundamentalmente razón, no puede reducirse exclusivamente a ella. Una parte de nuestra alma es ajena a la razón; incluso más, en ocasiones se le opone. Esta parte está constituida por el deseo y el apetito, que puede participar de la razón, sometiéndose a sus dictados.

De aquí nace la conocida clasificación de las virtudes en éticas y dianoéticas. Las primeras buscan la perfección o excelencia de la parte irracional del alma, subordinándola a la razón, y las segundas apuntan a la perfección o excelencia del alma racional en cuanto tal; y por tanto, son jerárquicamente superiores.

Las virtudes, de esta manera, son los medios de que dispone el hombre para alcanzar su fin propio: la felicidad. Es decir, la virtud es un medio, no un fin en sí misma.

Es feliz, el hombre virtuoso, aquel que alcanza su "excelencia" en la función que le es propia.

Pasemos, ahora, a revisar el concepto de virtud.

¹ " Todo arte y toda investigación, y del mismo modo toda acción y elección parecen tender a algún bien; por esto se ha dicho con razón que el bien es aquello a que todas las cosas tienden". Ética Nicomaquea, 1.094 a 1-3.

² "... decimos que la función del hombre es una cierta vida, y ésta es una actividad del alma y acciones razonables, y la del hombre bueno estas mismas cosas bien y primorosamente, y cada una se realiza bien según la virtud adecuada, y si esto es así, el bien humano es una actividad del alma conforme a la virtud, y si las virtudes son varias, conforme a la mejor y la más perfecta, y además en una vida entera."

Aristóteles se pregunta ¿Qué es la virtud?. A continuación, enuncia las posibles alternativas: pasión, facultad o hábito.

Las afecciones corresponden a aquellos estados relacionados con el placer o el dolor, por ejemplo: el miedo o la ira; las potencias son las facultades que hacen posible experimentar las afecciones como la irascibilidad y los hábitos son " aquello por lo cual nos comportamos bien o mal respecto de las pasiones".

El Estagirita concluye que la virtud es un *habitus*, pues corresponde a una elección voluntaria (con lo cual se descarta la potencia, que es una disposición natural) y a una disposición permanente (descartándose la afección , que tiene carácter pasajero). " Pero es menester decir no sólo que es un hábito, sino además de qué clase.". La virtud no es un mero hábito, es un hábito bueno, distinguiéndose así del vicio.³

" El vicio es la obediencia pasiva a un instinto natural; la virtud, el dominio del instinto por el sentimiento del deber o de algún otro motivo elevado, o como dice Aristóteles, por la regla discernida por la razón."⁴

La virtud, es además, excelencia. "... toda virtud perfecciona la condición de aquello de lo cual es virtud y hace que ejecute bien su operación."⁵

II.- Las virtudes éticas o morales

Ya hemos enunciado la clasificación de las virtudes. Nos ocuparemos a continuación de las virtudes éticas.

He aquí la definición aristotélica de virtud, la cual intentaremos analizar:

" Es, por tanto, la virtud un hábito selectivo que consiste en un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquella por lo cual decidirá el hombre prudente."

³ " La virtud del hombre será también el hábito por el cual el hombre se hace bueno y por el cual ejecuta su función propia". Ob. Cit. 1.106 a 13-14.

⁴ Ross, p.294.

- La virtud es un hábito

Esta clase de virtud se adquiere mediante el hábito. El hábito es un mecanismo de conducta resultante de la repetición de una serie de actos.

De esta manera, las virtudes constituyen una suerte de estados o modos de ser, creados por nosotros mismos.

¿Cómo puede el hombre llegar a ser virtuoso? Realizando acciones virtuosas. Por ende, no somos virtuosos por naturaleza, ya que las virtudes éticas proceden de la costumbre. " Las virtudes no se producen ni por naturaleza, ni contra naturaleza, sino por tener aptitud natural para recibirlas y perfeccionarlas mediante la costumbre"; las adquirimos a través de un "ejercicio previo"⁶.

" Así también practicando la justicia nos hacemos justos, practicando la templanza, templados, y practicando la fortaleza, fuertes." ⁷

- La virtud consiste en un justo medio

La razón debe moderar una multiplicidad de tendencias e impulsos; por ello las virtudes éticas son muchas.

Los impulsos y pasiones presentan una tendencia al defecto o al exceso, por ello, la razón interviene señalando la justa medida, el justo medio entre los extremos. Así, el valor es un justo medio entre la temeridad y la cobardía; y la liberalidad, lo es entre la prodigalidad y la avaricia.

Para Aristóteles, el justo medio es característico de la virtud; en cambio, el exceso y el defecto son rasgos típicos del vicio: En consecuencia, existe una forma de obrar correctamente, y muchas de errar.

"La virtud que se refiere a pasiones y acciones, en las que el exceso y el defecto constituyen errores y son reprobados, mientras

⁵ Ética Nicomaquea, 1.106 a 14-16.

⁶ Ob. Cit. 1.103 a 32.

⁷ Ob. Cit. 1.103 a 36- 1.103 b 1.

que el punto medio es alabado y constituye la virtud: éstas dos cosas son propias de la virtud."

Así, la virtud es una especie de intermedio, pues tiende de manera constante hacia el medio.

Debemos precisar que no se trata de un medio aritmético, de un punto equidistante matemáticamente de los extremos. En efecto, la noción de justo medio tiene más bien por propósito, la búsqueda de la proporción, de la armonía; en otras palabras, de la perfección. Tampoco podemos asociar la idea de "medianía" a la de mediocridad, muy por el contrario; según lo señala el propio Estagirita: "... desde el punto de vista de su entidad y de la definición que enuncia su esencia, la virtud es un término medio, pero desde el punto de vista de lo mejor y del bien, un extremo."⁸

Al respecto, recordemos que la virtud es un medio para la consecución del Bien, que consiste en la perfección del hombre en su propia actividad, por lo tanto, desde este ángulo, implica excelencia. **Además, este término medio en que consiste la virtud, como lo expresa la definición aristotélica es relativo a nosotros y no a la cosa;** quedando manifiesta nuevamente una perspectiva empirista de la ética.

"Así pues, todo conocedor rehuye el exceso y el defecto, y busca el término medio y lo prefiere; pero el término medio no de la cosa, sino el relativo a nosotros."⁹

En síntesis, la virtud ética constituye una culminación, al representar la primacía de la razón, por sobre los instintos. Con esta concepción, Aristóteles se presenta como un heredero del pensamiento griego anterior; particularmente de los planteamientos de los Siete Sabios, que consideraron la vía media, el "nada en exceso" como regla de actuar; asimismo, de la doctrina pitagórica que atribuía al límite la perfección, y en especial, de la noción platónica de "justa medida".

⁸ Ob. Cit. 1.107 a 5-8.

⁹ Ob. Cit. 1.106 b 4-7.

- El justo medio es determinado por la razón

Ya hemos señalado que la virtud ética persigue la perfección de la parte irracional del alma, sometiendo a la razón las pasiones e impulsos.

Sin embargo, subsiste la interrogante, si la virtud es un justo medio, y dicho medio no tiene un sentido aritmético exacto: cómo puedo determinarlo, de manera que me sirva como pauta de acción.

La respuesta es a través de la razón. El hombre es un animal racional y es justamente la razón la que debe guiarlo en su actuar.

La ética aristotélica, en consecuencia, tiene un marcado rasgo intelectualista, que proviene del pensamiento socrático; sin embargo, en cierto sentido, constituye su superación. “... al hacer de la virtud una actitud de la voluntad, irreductible al conocimiento, Aristóteles se opone radicalmente al intelectualismo socrático.”¹⁰. Volveremos, más adelante sobre este punto.

En resumen, para establecer el justo medio, no son suficientes consideraciones abstractas, es indispensable tener en cuenta al sujeto que realiza la acción y las circunstancias del caso; por ello, se requiere discernimiento, sensatez. “Así, pues el hombre sensato... dotado de sensatez moral, es el que pasa a ser regla y medida... de la moralidad.”¹¹

- Las virtudes éticas son jerárquicamente inferiores a las virtudes dianoéticas o intelectuales

Las virtudes dianoéticas buscan la perfección de la parte racional del alma; y ya sabemos que la virtud ética pretende someter los impulsos a la razón. Como intermediario entre ambas clases de virtudes, nos encontramos con la prudencia, que consiste en dirigir

¹⁰ “Aristóteles y su Escuela”, J. Moreau, p. 200.

¹¹ Ob. Cit. P. 199.

correctamente la vida humana, "deliberando" acerca de lo que es el bien o el mal para el hombre. Así, el hombre prudente sabrá determinar el justo medio entre los extremos; y si actúa en conformidad, será, por tanto, virtuoso y alcanzará la felicidad.

Podemos constatar que la definición de virtud ética contiene una alusión a la virtud intelectual, pues la primera no es suficiente.

El hombre virtuoso debe poseer la sabiduría práctica, o recurrir al ejemplo o consejo de quien la posea, porque para decidir cómo actuar correctamente, debemos aplicar, mediante la razón, los principios a las circunstancias del caso.

Aristóteles aclara que la virtud, en ocasiones, se encuentra más cerca del exceso; en cambio, en otras, presenta mayor proximidad con el defecto; ello puede deberse a la naturaleza de los hechos; o bien, a nuestras inclinaciones. De allí que debamos apartarnos especialmente del vicio que se opone más a la virtud correspondiente y del vicio hacia el cual sentimos mayor inclinación¹² "… en general, ni existe término medio del exceso y del defecto, ni exceso y defecto del término medio."¹³

El Estagirita precisa que el término medio no es aplicable a todas las acciones y pasiones, ya que algunas de ellas implican necesariamente maldad. Cita como ejemplo: la malignidad, la envidia, el robo, el homicidio, entre otras. En consecuencia, al cometerlas siempre se yerra.

- Virtud y placer

El hombre virtuoso alcanza el placer en la práctica de acciones virtuosas, pues la vida conforme a la virtud es placentera por sí misma. Para Aristóteles, el placer se encuentra ligado a la actividad; y por tanto, su calificación moral dependerá de esta última. La

¹² Ross, p. 282.

¹³ Ética Nicomaquea, 1.107 a 24-26.

actividad racional es la propiamente humana, y en ella encuentra el hombre su verdadera felicidad.

El hombre virtuoso logra el placer a través de la realización de actos de virtud, y los placeres contrarios a ella, no constituyen para él, auténticos placeres.

- La virtud, por ser un hábito, corresponde a una elección voluntaria y a una disposición permanente

Por ello, se actúa virtuosamente sólo si se tiene pleno conocimiento de lo que se está haciendo; eligiendo el acto por sí mismo y ello debido a una disposición de carácter permanente.

De lo anterior se desprende que "... las acciones que producen la virtud se asemejan a aquellas que la virtud produce, no por su naturaleza íntima sino solamente por su aspecto exterior."¹⁴

Aristóteles afirma que nos hacemos virtuosos, practicando la virtud, entonces surge la interrogante: ¿Cómo podemos realizar actos virtuosos, si, a la vez, no lo somos?.

Para solucionar este problema, distingue entre los actos que generan una buena disposición y aquellos que se desprenden o son una consecuencia de ella. De este modo, la acción virtuosa, será aquella que conviene a las circunstancias, según lo determine la prudencia; y que además se inspire en un buen motivo.

- La elección es lo más propio de la virtud¹⁵

" Por tanto, si, como se ha dicho, las virtudes son voluntarias (en efecto, somos en cierto modo concausa de nuestros hábitos y por ser como somos nos proponemos un fin determinado,

¹⁴ Ross, p. 277.

¹⁵ Ética Nicomaquea, 1.111b 4-6.

también los vicios serán voluntarios, pues lo mismo ocurre con ellos.”¹⁶

Como el ser viciosos o virtuosos, en principio depende de nosotros, nuestras malas acciones son censurables, y acarrearán responsabilidad. Sin embargo, analizaremos este punto más en detalle, cuando tratemos los actos voluntarios; y específicamente la particular noción de libertad en el pensamiento griego.¹⁷

- El hombre vicioso no puede dejar de serlo

“ Si alguien comete a sabiendas acciones a consecuencia de las cuales se hará injusto, será injusto voluntariamente; pero no por quererlo dejará de ser injusto y se volverá justo...”¹⁸

Aristóteles sostiene, que luego que alguien se vuelve vicioso, no puede dejar de serlo, a pesar que en un comienzo hubiese podido no transformarse en vicioso. Ello se explica, en parte, por ciertas peculiaridades del pensamiento ético griego, ya que los conceptos de voluntad propiamente tal y de libre arbitrio, sólo surgirán con el advenimiento del Cristianismo.¹⁹ Regresaremos sobre este aspecto, más adelante.

- Importancia y sentido de la regulación de la conducta humana

Puesto que las virtudes y los vicios son voluntarios, al depender, en principio de nosotros y ser fruto de una elección, y considerando que se adquieren por hábito; entonces tendrá sentido, intentar regular las conductas humanas; de manera de incentivar la

¹⁶ Ob.cit. I.114 b 21-24.

¹⁷ “... También en las demás cosas, los vicios censurados dependerán de nosotros”.

Ob. Cit. I.114 a 31-32.

¹⁸ Ob.cit. I.114 a 13-15.

¹⁹ “ Cuando el carácter ha sido establecido, no puede ser cambiado a voluntad”. Ross, p.288.

práctica de acciones virtuosas e impedir el ejercicio de actos viciosos, imponiéndoles una sanción; por ende, la legislación podría cumplir un importante papel, desde el punto de vista moral. Nos encontramos aquí con la estrecha relación que existe entre ética y política, en el pensamiento aristotélico.

En efecto, ambas son ciencias prácticas, pues se refieren a la conducta humana y al fin que pretendemos alcanzar, tanto como individuos o como integrantes de una sociedad política. Aquí es preciso recordar que de ambos saberes prácticos tiene preponderancia la política; y una demostración palpable la encontramos en el rol asignado al Estado, el cual debe brindar las condiciones necesarias para la práctica de la virtud, a través de la educación y del empleo de su poder coercitivo.

“ Es necesario que el alma se haya plegado desde la infancia por medio de las amenazas y las recompensas, por la fuerza o por la persuasión, por procedimientos mecánicos o psicológicos, a las exigencias del orden para que pueda dedicarse provechosamente al estudio de la moral y recibir con fruto las lecciones de la sabiduría”.²⁰ Esta idea será recogida posteriormente por Santo Tomás de Aquino, quien sostendrá que respecto a aquellos “malvados e inclinados a los vicios”, la ley puede contribuir a que, al menos, por temor al castigo, eviten cometer actos viciosos; y en definitiva, terminen por hábito, realizando acciones virtuosas. He aquí uno de los fines a cumplir por la legislación.²¹ Este punto reviste particular importancia y es ampliamente debatido, por lo que ameritaría un tratamiento riguroso y profundo que excede los límites y objetivos del presente trabajo; en esta oportunidad, sólo nos limitamos a enunciarlo.

²⁰ Moreau, p. 220.

²¹ No nos referiremos a la concepción aristotélica de justicia, la que no obstante, destaca entre las virtudes éticas. “Se piensa que la justicia es la más importante de las virtudes y que ni la estrella vespertina ni el lucero del alba son tan dignos de admiración: y al igual que el proverbio afirmamos: en la justicia están comprendidas todas las virtudes.”

III.- Las virtudes dianoéticas o intelectuales

Para Aristóteles, la virtud dianoética pretende lograr la perfección del alma racional en cuanto tal. Ahora bien, la parte racional del alma posee dos aspectos, ya que puede tener por objeto las realidades mutables de la vida humana, o los principios supremos y necesarios.

Así, las virtudes dianoéticas serán fundamentalmente la prudencia y la sabiduría.

La prudencia (phronesis) dirige las conductas humanas, deliberando correctamente entre el bien y el mal. Por su parte, la sabiduría es el conocimiento de las realidades supremas e inmutables, las cuales son objeto primordialmente de la Metafísica o Filosofía Primera.

A través de la sabiduría, es que el hombre alcanza su perfección, pues realiza la actividad que le es propia: la actividad contemplativa.

Aristóteles afirma que en el mismo grado en que haya contemplación, en ese mismo grado habrá felicidad.

Ya hemos dejado en claro que las virtudes dianoéticas son superiores a las virtudes éticas o morales, por cuanto estas últimas son inconcebibles sin las primeras, puesto que es la recta razón, la idónea para determinar el justo medio en que consisten las virtudes morales.

El hombre virtuoso, por tanto, será aquél que conoce y realiza el Bien; y una vez que conocemos el Bien, no podemos no desearlo. En consecuencia, actúa mal, el ignorante.

- *El Saber* -

El hombre está impulsado por naturaleza al saber, el cual consiste en poseer a través del intelecto, la verdad de las cosas. Sin embargo, Aristóteles avanza mucho más allá y distingue diversas

formas de saber: tékhne, phrónesis, episteme, nous y sophía. Nosotros nos detendremos a analizar sólo dos de ellas: la sophía y la phrónesis.

- *La Sophía o Sabiduría*

Corresponde a la forma superior de saber; y se encuentra en la cúspide de las virtudes dianoéticas, y por ende, de las virtudes, en general. Tiene por objeto el estudio de los primeros principios, los cuales son inmutables, absolutos y necesarios.

En el ejercicio de esta virtud, el hombre alcanza su perfección, pues realiza su propio ser, a través de la vida contemplativa, la cual incluso tiene un carácter divino, pues recordemos que para Aristóteles, Dios es pensamiento de pensamiento.

- *La phrónesis o prudencia*

Aristóteles la define como una "habitud de praxis con razón verdadera acerca de lo bueno y lo malo para el hombre".²² Esta virtud nos permite actuar correctamente, en nuestra vida, "Es un saber universal, porque se refiere a la totalidad de la vida y del bien del hombre: saber la manera de actuar en la vida en su conjunto total."²³ Esta forma de saber, a diferencia de la sophía, tiene por objeto las realidades mutables de la vida del hombre. Aquí es indispensable precisar que la prudencia no determina los fines, sino sólo los medios para alcanzar dichos fines.

La prudencia consiste en una aptitud o potencia, que Aristóteles denomina habilidad, y que nos permite establecer los medios idóneos para alcanzar el fin propuesto. Por ser una potencia, eventualmente puede ser empleada erróneamente, si se persigue un fin deshonesto, en tal caso se reduciría a una simple habilidad, que degeneraría en "granujería" u "oportunismo". Para ser efectivamente

²² Ética Nicomaquea 1.140 b 5.

²³ Xubirí, p.21.

prudencia, dicha habilidad debe someterse a las reglas de la razón. Así comprobamos que la prudencia se encuentra subordinada a la sabiduría, la que le proporciona las reglas y principios que la encauzan.

Ello es importante, porque el Estagirita sostiene que las virtudes dianoéticas pueden adquirirse, a través de la enseñanza. " Como existen dos clases de virtud, la dianoética y la ética, la dianoética debe su origen y su incremento principalmente a la enseñanza, y, por eso requiere experiencia y tiempo; la ética, en cambio, procede de la costumbre..."²⁴

Aristóteles, recoge aquí el pensamiento de su maestro Platón, subrayando el sentido y la importancia de la educación, la cual resulta imprescindible para adquirir la sabiduría, y por medio de ella, la prudencia. Ello nos permitirá actuar conforme a la virtud, y alcanzar nuestra perfección como seres racionales, haciéndonos, en definitiva, hombres felices.

IV.- Los Actos Voluntarios

Como hemos señalado anteriormente, el pensamiento ético de Aristóteles intenta superar el intelectualismo de los planteamientos socráticos, pues no basta conocer el bien, sino que además es preciso actualizarlo, realizarlo.. Por ello, se preocupa de establecer y describir los procesos psíquicos envueltos en el acto moral.

Al respecto, distingue nítidamente entre elección (*prohairesis*) y deliberación.

El hombre siempre actúa en vistas a un determinado fin; pues bien, cuando nos proponemos alcanzar ciertos fines, mediante la deliberación establecemos los medios necesarios para lograrlos, desde los más remotos a los más inmediatos, llegando incluso a considerar los medios de los medios.

²⁴ *Ética a Nicómaco* 1103 a15-18

En seguida, la elección determina cuáles de dichos medios son los más aptos para la consecución del fin propuesto, y los actualiza. Aristóteles precisa que la elección no recae sobre las cosas imposibles o necesarias, sino únicamente sobre aquello que está en nuestro poder; implicando tanto al deseo como a la razón, se trata del "deseo guiado por la razón y la razón estimulada por el deseo".²⁵ Sostiene que la elección es "el deseo deliberado de cosas que están en nuestro poder".²⁶

De este modo, la elección tiene por objeto, sólo los medios, no así los fines; en consecuencia la elección acarrea responsabilidad, pero no nos hace por ella misma necesariamente buenos o malos.

La bondad o maldad depende de los fines que persigamos con nuestras acciones, y de acuerdo a la concepción aristotélica, los fines no son objeto de elección, sino de volición.

He aquí otro rasgo trascendental de la ética de este pensador: La voluntad siempre y sólo quiere el Bien, o por lo menos, el bien aparente.

Seremos buenos si queremos el verdadero bien, pero éste únicamente puede ser reconocido por el hombre virtuoso. Sobre este punto, expresa: "el hombre virtuoso ve lo verdadero en cada cosa, en cuanto regla y medida de todas las cosas." En cuanto a las consecuencias que ello conlleva para la responsabilidad por la acción, expone: "el hombre es de alguna manera responsable de su estado moral, en el mismo sentido es también responsable de lo que le parece bueno, si no lo es, la virtud no es más voluntaria que el vicio, y el fin de cada hombre no es determinado para él por su elección, sino por la naturaleza o de alguna otra manera."²⁷

Es importante destacar que tanto Aristóteles, como el pensamiento griego en general, desconocen las nociones de voluntad y libre arbitrio, las que surgirán con el Cristianismo.

²⁵ Ross, p.286.

²⁶ Ética a Nicómaco, 1112 a 18-1.113 a 14.

²⁷ Ob.cit., 1.113 b 3- 1.115 a 3.

El problema ético reviste caracteres bastantes peculiares en el pensamiento griego, pues no podemos analizarlo a la luz de las concepciones posteriores. A partir del surgimiento del cristianismo, la libertad se encuentra indisolublemente ligada a la noción de individualidad, implicando la forma de actuar diferente y el acto decidido y responsable.

En tanto, existe una suerte de determinismo en la concepción griega, pues incluso los dioses están sometidos al destino, en consecuencia, se requiere moderación, serenidad, para escapar a él.. La noción de libertad, así, se torna bastante compleja, pues no se vincula a la individualidad.

El hombre, por naturaleza busca el bien, el cual coincide o se identifica con la felicidad. Entonces, es feliz, aquél que busca y realiza el bien. Sin embargo, el ser humano es imperfecto, ya que no alcanza la plenitud del bien y de la felicidad.

Según ya se ha expresado sólo puede ser feliz el hombre virtuoso, al cual no le bastan las virtudes morales, sino que requiere la prudencia, que lo guíe en sus deliberaciones, y sólo es prudente el sabio. En cambio, el ignorante yerra, y si alguna vez acierta ni siquiera se percata.

Se encuentra presente nuevamente el intelectualismo ético propio de los griegos. Es virtuoso el que conoce; es vicioso, el ignorante. Así, el problema de la acción está centrado en el conocimiento. Se trata de un ética de perfección, el hombre que no alcanza el bien, no logra su nivel de perfección.

Puesto que el hombre tiende por naturaleza al bien, actuar mal es involuntario, y en consecuencia, no cabe responsabilidad personal por ello, salvo en cuanto no ha tenido la diligencia suficiente para salir de su ignorancia.

Una vez que conocemos el bien, no podemos no desearlo. La voluntad se encuentra sometida a la inteligencia, depende del conocimiento. El que obra mal, no es que haya optado por él, sino que obra por ignorancia.

Efectuadas esas precisiones, podemos centrarnos en la particular noción de libertad, que difiere bastante de la forma en que la entendemos en la actualidad.

Sé es libre, en la medida en que se opte por el bien, escoger el mal no implica libertad, muy por el contrario. El hombre libre pudo optar por el mal, pero sólo es libre al escoger el bien. Ello no implica una forma de determinismo, pues el hombre deliberó sobre los medios, eligió el más idóneo para la consecución del fin que se propuso con su acción, y siendo un hombre virtuoso, y por lo tanto, sabio y prudente, desea el bien, que es su propia perfección, alcanzando de esa forma su felicidad. ¿Y qué hombre no desea ser feliz?.

Se suele precisar que no existe un desarrollo del concepto de voluntad en la ética aristotélica. La voluntad se adhiere y subordina a la inteligencia, que es la encargada de mostrarle el bien, el cual siempre es deseado por el hombre. Aristóteles emplea propiamente el término deseo o apetito, el cual necesariamente persigue el bien.

Consideremos ahora las condiciones que determinan la responsabilidad por nuestras acciones.

Sólo se aprueba o censura los actos voluntarios. Precisemos, entonces cuando una acción reviste este carácter:

A) En aquellos casos, en que el principio de la acción se encuentra en el sujeto, y

B) Éste conoce las circunstancias particulares en que la lleva a cabo.

Y actuamos involuntariamente, cuando lo hacemos debido a compulsión o ignorancia. En las primeras, el principio de acción no proviene del sujeto, sino que éste es compelido a actuar por una fuerza exterior. (Por supuesto, se excluye el placer; así no son compulsivos los actos realizados por placer).²⁸

²⁸ Aristóteles también reconoce la existencia de los actos mixtos que pueden asimilarse a los compulsivos, pero que se parecen a lo voluntarios, pues el principio de la acción se encuentra en el sujeto, pero este actúa motivado por circunstancias insuperables. Estos actos pueden merecer reproche o alabanza, dependiendo de cada caso concreto.

En cuanto al segundo aspecto, añade que los hombres viciosos actúan siempre en la ignorancia de lo que deben realizar, pero ello no transforma sus acciones en involuntarias. Sólo excusa la ignorancia de las circunstancias particulares en las que se actúa. En cambio, la ignorancia del bien, la ignorancia en la elección, es la condición del vicio, y debemos salir de ella, para así intentar alcanzar nuestra perfección.²⁹

V.- Conclusión

La Ética Aristotélica es propiamente eudaimonista, pues plantea como finalidad de la conducta humana, la búsqueda de la felicidad, que consiste en el logro de la perfección en aquella actividad propia del hombre: el ejercicio de su facultad racional.

Ahora bien, el medio para alcanzar nuestro fin supremo es la virtud, por tanto, es feliz el hombre virtuoso, que será aquel que someta sus impulsos a la razón, determinando el justo medio de acuerdo a la prudencia, con el propósito de realizar el bien, que conocemos gracias a la sabiduría.

Otro rasgo característico del pensamiento ético de Aristóteles es su intelectualismo, que se constata en la subordinación de las virtudes éticas a las intelectuales, estableciendo así una estrecha conexión entre la sabiduría teórica y la práctica. Surge así una suerte de tensión constante entre intelectualismo y empirismo en la Ética del Estagirita, como se desprende de diversos aspectos de su obra y que ameritaría un estudio más profundo.

Por otra parte, destaca la importancia del rol asignado a la enseñanza y la legislación, pues las virtudes intelectuales pueden ser adquiridas por medio de una educación apropiada, y las virtudes éticas, gracias al ejercicio de actos virtuosos, por lo que la ley puede contribuir en este aspecto, sancionando los actos viciosos, e incentivando aquellos conforme a la virtud. De esto se desprende la

²⁹ Ross, p.284.

importancia de la Política como ciencia práctica, que incluso cobra preponderancia sobre la Ética, pues el Estado puede contribuir a la consecución de la felicidad de los ciudadanos.

Destaca también dentro del pensamiento del Estagirita, su particular concepción del acto voluntario, pues desconocía al igual que el resto de la filosofía griega, las nociones de voluntad y libre albedrío, las que sólo surgirán con el Cristianismo.

De esta manera, el hombre únicamente será libre, en la medida, que realice el Bien, el cual es nuestro fin supremo, al que necesariamente todos aspiramos.

VI.- Bibliografía

1.-Aristóteles.

Ética a Nicómaco: Traducción de María Araujo y Julián Marías. Clásicos Políticos, Primera Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.970.

2.- Moreau, Joseph.

Aristóteles y su Escuela. Traducción de Mariano Ayerra, Temas/Filosofía, Tercera Edición, Eudeba, Buenos Aires, 1.993.

3.- Robin León.

La Moral Antigua. Traducción de Raúl H. Premat, Editorial Argos, Buenos Aires, 1.947.

4.- Ross W. D.

Aristóteles. Traducción de Diego F., Pro Biblioteca de Filosofía, Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires, 1.957.

5.- Zubirí Xavier.

Cinco lecciones de Filosofía. Primera Edición, Alianza Editorial,
Madrid, 1.994.

EL AVAL CAMBIARIO. UNA PERSPECTIVA JURÍDICA COMPARADA

Edinson Antonio Lara Aguayo
Abogado.
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

I. Introducción

Las obligaciones cambiarias que emanan de una letra de cambio, son independientes y diferentes de la relación causal o subyacente, pero que coexisten en forma paralela. La acción causal emanada de la obligación originaria o primitiva quedará entre tanto en suspenso. Extinguida la obligación cambiaria se extingue la causal.

Así lo dispone el párrafo 3º del artículo 1170 del Código Civil español. Por eso, salvo voluntad expresa en contrario de las partes, la entrega o *datio* de una letra de cambio no se hará *pro soluto* sino *pro solvendo*.

Una de las declaraciones susceptibles de introducir en la letra de cambio de manera facultativa, por los que intervienen en el tráfico mercantil, es la declaración cambiaria del aval, cuyo objeto fundamental y típico es el de garantizar el pago de la letra de cambio. Es decir, el avalista garantiza el pago de otra obligación, la obligación cambiaria del avalado, y tendrá frente al tenedor, la posición cambiaria que corresponda a éste último, al responder de igual manera que el avalado, ya sea como un obligado directo o de regreso.

Sin perjuicio de la *función exclusiva de garantía*, es innegable la *función económica* que importa el reforzamiento de la seguridad del pago del crédito cambiario, mediante el aval.

El *libramiento* de la letra de cambio contiene el mandato de pagar una suma determinada de dinero a otra persona llamada librado, para que pague al portador o beneficiario o a su

orden. La *aceptación*, por la cual el librado pasa a ser el principal y directo obligado al pago de la letra, o *el endoso*, por el cual el endosante, además de transferir el dominio, contrae *ex-lege* - al igual que el librador y el aceptante- la responsabilidad cambiaria de pagar la letra (función de garantía indirecta).

En suma, las declaraciones cambiarias típicas enunciadas, además de los efectos principales llamados por la ley a cumplir, también manifiestan de manera indirecta o refleja una función de garantía, lo que se aprecia claramente cuando surge la responsabilidad en regreso, debido al impago de la letra o en los casos de “crisis cambiarias”, que puede surgir con la negativa total o parcial del librado a cumplir la orden de pago, o posteriormente, del aceptante, etc.

El aval, como toda obligación cambiaria, se caracteriza por ser una obligación nueva, que se agrega a la de los demás obligados cambiarios, distinta de la causal o subyacente, típica y formal, unilateral, abstracta y no recepticia.

Desde la perspectiva del acreedor cambiario, el crédito emanado del título-valor, que por excelencia es la letra de cambio, se puede garantizar de diversos modos:

1. Por la llamada *solidaridad propia o especial de las obligaciones cambiarias*, que la distingue de la solidaridad establecida en el Derecho Civil.

Esta solidaridad cambiaria, la establece el apartado 1º del artículo 79 de la Ley 18.092, en los siguientes términos:

“Todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes o endosantes, quedan solidariamente obligados a pagar al portador el valor de la letra, más los reajustes e intereses, en su caso”.

Por su parte, en España, el apartado primero, del artículo 57 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, señala:

“Los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responden *solidariamente* frente al tenedor”.¹

Es la llamada responsabilidad especial solidaria establecida por la ley. Surge tanto para los obligados directos, como el librado-aceptante y sus avalistas, o de los obligados en regreso, es decir, cualquier otro obligado: librador, endosante, aceptante por intervención y sus respectivos avalistas. Cualquier firmante que haya pagado la letra, siempre que “en el caso de los obligados en regreso, les *sigu* en la cadena de circulación cambiaria, adquiere una responsabilidad que la LC califica de solidaria (v. art.57)”².

2. La obligación cambiaria puede garantizarse mediante *cauciones reales- extracambiarias-*, conforme al Derecho común, esto es, con prendas o hipotecas y “por cualquiera de los medios ordinarios del derecho civil”.³

¹ Existen diferencias entre la solidaridad cambiaria y la del Derecho Civil: en la solidaridad común, existe una obligación con pluralidad de deudores; en la solidaridad cambiaria existen varias obligaciones autónomas entre sí. En la solidaridad común, la interrupción de la prescripción que se opera en un deudor, perjudica a los otros, no así en la cambiaria. En la solidaridad común la extinción de la obligación por un deudor solidario, la extingue respecto de todos, ello no sucede en la solidaridad cambiaria, en que el pago es parcialmente liberatorio y recuperatorio, por la acción o derecho de regreso. El deudor que paga puede repetir por el total en contra de los anteriores obligados. Por estas razones, se puede pensar que la solidaridad no está tomada en sentido técnico, sino que es en realidad un *mero recurso o instrumento funcional procesal*, destinado a reforzar la posición del acreedor, a fin de que ejercite la acción cambiaria en contra de todos los deudores en su conjunto o *per saltum*, a su arbitrio. En similares términos, se expresan, entre otros, CORTÉS DOMÍNGUEZ, “El nuevo juicio ejecutivo cambiario”, en MENÉNDEZ. (Dirección), *Derecho Cambiario*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 886 y 887; VÁSQUEZ CUETO, *La prescripción de las acciones cambiarias*, Mc Graw- Hill, Madrid, 1997, págs. 40 y 41; POLO SÁNCHEZ, “La protección del acreedor cambiario ante el impago de la letra”. *Documentación Jurídica*, tomo XIII, 49/50 (enero-junio 1986), págs.126 y 127, e “Innovaciones fundamentales de la nueva Ley Cambiaria y del Cheque”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 4 (1986), págs.892 y 893.

² JIMÉNEZ SÁNCHEZ. (Coordinación) *Derecho Mercantil*, Ariel, Barcelona, 1999, 5ª. ed., pág.101.

³ VICENTE Y GELLA. *Introducción al Derecho Mercantil comparado*, Labor, Barcelona, 1930, pág.230. *Íbid.* En relación con la *hipoteca cambiaria*, entre otros: ROCA GUILLAMÓN, “La hipoteca cambiaria”, en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, (Coordinación NIETO CAROL) T.II. Volumen 2, Civitas, págs.271 y ss., SAPENA TOMAS, “Hipoteca Cambiaria”. *Revista Derecho Mercantil*, núm.62, 1956, pág. 25, VALLET DE GOYTISOLO. “Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento”, en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág.539, GONZÁLEZ LAGUNA. “La hipoteca cambiaria”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979 (II), pág. 876, MANZANO SOLANO, “La identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, págs.1193 y ss., DE ANGEL YAGÜEZ, “La hipoteca cambiaria de constitución unilateral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979 (I), pág. 370. TOMILLO URBINA, “Admisibilidad de la hipoteca cambiaria en el Derecho

Del mismo modo, como puede constituirse una garantía personal para asegurar el pago de una letra de cambio, también es posible caucionarlo con una garantía real.

En España existe en la práctica mercantil, la denominada “hipoteca cambiaria”, convencionalmente admitida, aunque sin regulación normativa expresa. Se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación cambiaria.

3. Por último, puede garantizarse el pago del crédito reflejado en la letra de cambio, mediante la garantía personal típica como la *fianza* extracambiaria, que es el paradigma clásico de este tipo de cauciones; o, por la constitución del *aval cartular*, que será objeto de este estudio, dentro del ámbito de las garantías personales, el cual garantiza exclusivamente obligaciones cambiarias, a diferencia de la fianza que puede garantizar tanto obligaciones cambiarias como extracambiarias.

Nadie discute actualmente que el aval cambiario cumple una función de garantía típica, a diferencia de otras obligaciones cambiarias, como el libramiento, la aceptación o el endoso, que sólo de manera indirecta o refleja se manifiestan en una función de garantía, en la medida que surja la responsabilidad, ya sea directa o de regreso, ante el incumplimiento de alguno de los obligados en la cadena cambiaria.

Así, por ejemplo, si el librado no acepta el mandato de pagar la letra de cambio, el librador será obligado de regreso. Lo mismo sucederá si el aceptante no la paga a su vencimiento. El endosante contrae, por su parte, *ex-lege*, la responsabilidad cambiaria- en vía de regreso- de pagar la letra respecto de los terceros de buena fe que intervengan en el tráfico, en caso de impago de ella.. Ello como un efecto secundario y eventual, al efecto propio del endoso traslativo de dominio, cuya finalidad principal es la de transferir el dominio del crédito contenido en la letra.

Positivo español”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1986, pág.173, PASCUAL LACAL, “El mito de la accesoria de la hipoteca”, *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 925 y ss.

II. Aspectos comunes

1. Concepto. El aval se ha definido como “la garantía cambiaria para el pago de la letra dada a favor de un obligado directo (aceptante) o en vía de regreso (endosantes, librador). (...) expresa siempre una relación de *garantía externa*, porque su finalidad es precisamente garantizar el pago de la letra”.⁴

GARRIGUES reconoce que su concepto de aval es demasiado amplio, dado que “todo firmante garantiza su pago”. También este autor enseña que puede darse la “hipótesis del aval encubierto o enmascarado (*fideiussio palliata*), que se emplea más que el aval expreso, porque éste, en cuanto manifiesta una desconfianza hacia el deudor, significa tanto como un certificado de enfermedad de la letra”.⁵

Esta es la hipótesis de la firma de favor, que solo refleja la cara interna entre acreedor y deudor, y que puede servir de soporte al aval.

VICENTE Y GELLA define al avalista como la “persona que asume la obligación de satisfacer la letra si no lo hace aquel por quien se obligó”.⁶

En Chile, el aval se ha definido como “un acto jurídico unilateral, abstracto, de naturaleza cambiaria, que obliga en forma autónoma, distinta y personal a quien lo da, es decir, el avalista, por el cumplimiento de la orden incondicional de pagar una suma determinada o determinable de dinero incorporada a la letra de cambio”.⁷

Para DAVIS, el aval “es un acto escrito en virtud del cual un tercero extrañó a la letra de cambio se constituye solidariamente responsable del pago de ella, en los términos y bajo las

⁴ GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, T. III, Temis, Bogotá, 1987, 7ª. edic., pág. 244.

⁵ *Id.*, pág. 245.

⁶ VICENTE Y GELLA, *op. cit.*, pág. 230.

⁷ VÁSQUEZ MÉNDEZ, *Tratado sobre el cheque la letra de cambio y otros documentos financieros*, T.II, Conosur, Santiago de Chile, 1984, pág. 530.

condiciones estipuladas, o en los mismos en que se haya obligado la persona avalizada»⁸.

Esta definición está en concordancia con el concepto de aval que estaba contenido en el artículo 683 del Código mercantil, derogado por la nueva Ley Cambiaria chilena (N.º 18.092, de 1982). En definitiva, el aval es una obligación *cambiaria* cuya finalidad específica es de *garantía*.

En efecto, se trata de un negocio jurídico claramente diferenciable de otras figuras de garantía personal existentes, como la fianza, lo que no impide que puedan tener elementos comunes.

2. Características comunes del aval

2.1 Sirve de *garantía cambiaria típica del pago* de la letra de cambio a una persona determinada (endosante, aceptante, aval, etc.) para ante cualquier portador determinado o determinable.

La responsabilidad surgida de la obligación de garantía que se genera, al igual que la de la aceptación, sería de carácter negocial, a diferencia de otras declaraciones cambiarias como la emisión o el endoso, que tendrían carácter legal.

2.2 Es *sustancialmente autónoma y abstracta*. El otorgar aval importa obligarse cartularmente al pago de la letra de manera autónoma, es decir, con autonomía sustancial o material, independientemente de la obligación avalada y de las relaciones personales o subyacentes, de los demás obligados en la cadena cambiaria y de los vicios que puedan afectar la obligación principal garantizada por el aval.

Con todo, *ab initio* la obligación avalada debe ser formalmente válida.¹²

⁸ DAVIS, *La letra de cambio*, T.II, Nacimiento, Santiago de Chile, 1935, pág.142.

¹² Cfr. al respecto, a título ilustrativo: AÑOVEROS TRIAS DE BES, *El aval cambiario*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 42 y 50 a 53; FERNÁNDEZ ALBOR, *El aval cambiario*, Civitas, 1992, págs.87 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ, " El aval", en *Derecho Cambiario*, MENENDEZ (Dirección) Civitas, Madrid, 1992, págs. 550 y 551; SANCHEZ CALERO-GUILARTE, "El aval de la letra de cambio", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 46, Madrid, 1992, pág. 334; CALAVIA MOLINERO-BALDÓ DEL CASTAÑO, *Letra de cambio. Estudio*

Una expresión de ello, es el principio de inoponibilidad de las excepciones. El deudor cambiario demandado, no puede oponer las excepciones personales de los otros portadores de la letra.

2.3 Es una *declaración unilateral típica y formal*. La obligación del avalista es perfecta y emana de su declaración unilateral de voluntad, lo que la diferencia de otros contratos como la fianza, mandato, etc. Debe señalarse por el avalista que firma “por aval”, “por garantía” o de un modo análogo. La literalidad de todos los títulos-valores, hace que el derecho reflejado en el título, se conozca por su sola lectura. Para ello son necesarias las declaraciones típicas, como las fórmulas indicadas.

2.4 Es una *obligación accesoria*, pues garantiza la obligación cambiaria del avalado. Sin la existencia de la obligación del avalado, no puede surgir ni existir la obligación del avalista: es presupuesto previo y *sine qua non*. Puede tratarse de cualquier obligado en la cadena cambiaria, incluso otro aval (llamado sub-aval).

En Chile, la posibilidad de la existencia de pluralidad de avales, se infiere de lo dispuesto en el apartado final, del artículo 82 de la Ley N° 18.092, que señala:

“Se aplicará a los avalistas conjuntos la norma establecida en el artículo 2378 del Código Civil”.

La accesoriedad en el aval cambiario es meramente formal, a diferencia de la fianza, que es sustancial. La obligación accesoria en la fianza sigue la suerte de la principal si a ésta la afectan vicios de fondo, lo que no sucede con el aval cambiario, es decir, los vicios de fondo o sustantivos de la obligación avalada no contaminan ni invalidan la obligación del avalista.

La accesoriedad formal del aval en la LC española, se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 37. I, párrafo 2º, cuando establece que será válido el aval aunque la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea vicio de forma.

sistemático de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985. Praxis, Barcelona, 1986, pág. 182; SÁNCHEZ- CALERO, “La reforma del Derecho Cambiario dentro de la reforma del Derecho Mercantil”, en la fase de elaboración de la Ley, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 15, 1984, pág. 497.

Sólo se requiere, en consecuencia, una obligación en lo formal, aparentemente válida. Esta accesoriedad formal es plenamente coherente y compatible con su autonomía.

Es accesoria también la obligación del avalista respecto del avalado, por cuanto el avalista responde de la misma manera que el avalado, sea obligado directo o de regreso, según quien sea el obligado cambiario avalado.

3. Naturaleza jurídica del aval cambiario

Tanto en nuestro país, como en el Derecho español, existe consenso, en la actualidad, de que se trata de una *garantía cambiaria*. Así, se ha señalado que el aval “es una garantía típica del Derecho Cambiario, separada de las obligaciones cartulares de las partes que intervienen en la obligación cartular de que se trata y en la circulación de la letra”, luego se añade, que: “Se destaca claramente el carácter cambiario de la obligación del avalista desvinculado de la obligación avalada, abstracta y literal y que confiere al portador un derecho autónomo”.⁹

El artículo 680 del Código de Comercio chileno, hoy derogado, establecía:

“El aval es un acto escrito en virtud del que un tercero extraño a la letra de cambio *afianza* solidariamente el pago de ella, en los términos y bajo las condiciones estipuladas o en los mismos en que se haya obligado la persona *afianzada*”.

En este mismo orden de ideas, el artículo 486 del Código de Comercio español, establecía:

“El pago de una letra de cambio podrá *afianzarse* con una obligación escrita, independientemente de la que contraen el aceptante o endosante, conocida con el nombre de aval”.

La controversia doctrinal surge del mismo modelo jurídico adoptado por ambos países, es decir, el Código de Comercio

⁹ MORALES ESPINOZA, *El aval en la letra de cambio*. La Ley Editores, Santiago de Chile. 1995, pág. 59.

francés de 1807, que a su vez sufrió el influjo de la Ordenanza francesa de 1673, el cual veía en el aval un contrato de *fianza*.

Sobre la base de dichas normas “los autores y comentaristas franceses, que al propio tiempo rechazaban la posibilidad de aceptar la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, se limitaron a buscar las bases contractuales del aval, debido en gran medida a que la letra de cambio aparecía íntimamente ligada al contrato de cambio al que le servía de instrumento y regulaba la provisión de fondos como obligación fundamental del librador”.¹⁰

En la actualidad, tanto la legislación mercantil chilena como española, han adaptado sus normas al Proyecto sobre Ley Uniforme de Ginebra relativas al aval, contenido en los artículos 30 a 32, con diferentes matices, como se expondrá.

La Ley Uniforme de Ginebra regula el aval como garantía cambiaria, coherente con la letra de cambio como título típicamente cambiario, “que se otorga en la misma letra o separada de ella, por el pago total o parcial de la misma, toda vez que puede ser limitado a persona determinada y en tal circunstancia sólo producirá la responsabilidad que el avalista se hubiere impuesto”.¹¹

En consecuencia, el aval en la actualidad, aparece independizado de su matriz, es decir, de la fianza, ya que es una obligación cambiaria más de la cambial, que se adiciona con finalidad exclusiva de garantía del pago de la misma.

Sin embargo, estimamos que ello no alcanza para considerar el aval como una garantía objetiva, como algunos autores pretenden, toda vez que la configuración del aval está vertebrada de forma subjetiva, esto es, la obligación del avalista se hace en consideración y depende formalmente de la obligación de otro sujeto, la del avalado.

En efecto, la otra línea directriz surgió de la Ordenanza Alemana de 1848, en la que se basó no sólo la normativa italiana de 1882, sino que ejerció gran influencia en la redacción de la Ley

¹⁰ *Id.*, págs. 45 y 46.

¹¹ VÁSQUEZ MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 531.

Uniforme de Ginebra, y en la doctrina, que considera el aval como una garantía objetiva del pago de la cambial, es decir, del título, sin vinculación con la obligación del avalado.

La autonomía e independencia de la obligación avalada sería absoluta. Se asumiría la obligación de pagar la letra de cambio y no la obligación avalada.

La concepción alemana del aval era concebida como una mera *cosuscripción cambiaria*, en términos tales que cualquiera que firmara la letra quedaba obligado como garante de la misma, para asegurar el pago de la letra. Sin embargo, la Ordenanza Alemana, no reguló el aval de manera concreta.

En suma, la naturaleza jurídica del aval partió vinculada en sus orígenes a la fianza por la influencia francesa que se ejerció en el mundo hispanoamericano. Por eso se decía que el aval era un *afianzamiento* de la letra de cambio; luego evolucionó a partir de la Ley Uniforme de Ginebra, como una garantía típica cambiaria, con autonomía sustancial, pero con dependencia formal de la obligación avalada.

III. Otras similitudes

1. El artículo 67 de la Ley Uniforme de Ginebra, dispone que el deudor cambiario puede oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él, por lo que se puede concluir que el libramiento de la letra no extingue la relación jurídica antecedente, es decir, no se produce novación, ya que la obligación principal queda en suspenso; solución que prevé el artículo 1170 del Código Civil español, salvo naturalmente que las partes establezcan lo contrario.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley N°18.092, también señala que el giro de una letra no extingue, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, ni produce novación. El apartado segundo de la citada norma, expresa que “el pago de una letra emitida, aceptada o endosada para facilitar el cobro de una

obligación o para garantizarla, la extingue hasta la concurrencia de lo pagado”.

A modo de conclusión, se puede colegir que ambas normas son de índole causal, en contraposición a la idea de abstracción de la letra de cambio y de todas las declaraciones cambiarias, en atención a que el deudor cambiario puede oponer todas las excepciones personales que pueda tener en contra del portador.

2. En efecto, y al hilo de lo esbozado anteriormente, el avalista en cuanto demandado cambiario, “podrá esgrimir cumulativamente todas las defensas personales y reales comprendidas en los párrafos primero y segundo del artículo 67 de la nueva Ley (española)”.¹⁶

En Chile, el demandado por acciones cambiarias “sólo puede oponer a la demanda las excepciones reales y personales suyas, entendiéndose por excepciones reales las que constan del documento y por personales todas las demás, y no puede oponer las excepciones exclusivamente personales que correspondan a otros obligados”.¹⁷

3. El inciso 2º, del artículo 37 de la Ley Cambiaria española, señala:

“Cuando el avalista pagare la letra de cambio adquirirá los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente respecto de esta última”.

En similares términos, el inciso tercero, del artículo 82 de la Ley Cambiaria chilena, expresa:

“ El avalista que paga la letra tendrá acción cambiaria de reembolso (regreso) en contra de la persona a quien él ha garantizado y de los demás firmantes de la letra respecto de los cuales tuviere acción cambiaria de reembolso la persona avalada”.

Como puede apreciarse, en ambas normativas, el avalista que paga la letra de cambio, adquiere de manera autónoma los derechos emanados de ella, en contra de la persona a quien se avaló y

¹⁶ ALVAREZ ABUNDANCIA, op. cit., pág. 963.

¹⁷ PUELMA ACCORSI, *Letra de cambio y pagaré ley N.º 18.092 exposición, texto, fuentes y concordancias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985, 2ª.edic., pág. 22.

a todos los demás obligados cambiarios al pago, derivados de la persona avalada.

Es decir, el aval que paga se subroga en los derechos del tenedor y en las acciones cambiarias de regreso. Así, el avalista de un endosante que paga la letra, posee acción de regreso contra dicho endosante y contra los endosantes anteriores y de sus avalistas, del aceptante, y finalmente, en contra del librador y sus respectivos avalistas.

Si se otorgó el aval sin especificar la persona avalada, el avalista tendría acción de regreso contra el aceptante, de acuerdo al inciso 2º, del artículo 47 de la Ley Cambiaria chilena, y desde luego, contra el librador. El inciso 3º, del artículo 36 de la Ley Cambiaria española, expresa, que a falta de indicación de la persona avalada “se entenderá avalado *el aceptante*, y en defecto de éste, el librador”.

4. También existe similitud en cuanto a que *la simple firma del aval puesta en el anverso* de la letra de cambio, constituye aval, a menos que la firma sea del librador o del librado. Así lo disponen, respectivamente, el inciso 2º del artículo 36 de la Ley Cambiaria española y el inciso 2º, del artículo 46, de la Ley chilena.

Se trataría de una presunción *iuris et de iure* establecida por la ley. La sola firma puesta en el anverso de la letra, importa constituirse en aval, con las excepciones indicadas.

La Ley Uniforme de Ginebra, en el artículo 31 *in fine*, se limitó a señalar que, a falta de indicación de la persona avalada, el aval “se considera otorgado por *el librador*”; solución que no es tan perfecta técnicamente, dado que el aceptante es el principal obligado directo al pago de la letra.

El librador, por su parte, crea la letra y es un obligado de regreso. Responderá en la medida que el librado no hubiere aceptado la letra. Por ello, la solución dada por la normativa chilena y española, es más depurada que su propia fuente - la Ley Uniforme de Ginebra- al presumir de derecho, que a falta de indicación del avalado, debe entenderse avalado, en primer lugar, el aceptante. Si el librado no aceptó, debe presumirse que el avalado es el librador.

IV. Reglas diferentes

1. Preámbulo

El párrafo primero del artículo 46 de la Ley 18.092/1982, de 14 de enero, define el aval, en los siguientes términos:

“El aval es un acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a ésta, o en un *documento separado*, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella”.

Esta norma es una combinación de disposiciones del Código de comercio con la Ley Uniforme de Ginebra: “Por influencia del Código (de comercio chileno) se definió el aval, eliminándose la referencia a la fianza que hacía el artículo 680 del Código de Comercio, pues el aval es un acto jurídico unilateral diverso del contrato de fianza.”¹⁸

2. Aspectos de la normativa chilena que no figuran en el Derecho español

a) En la normativa chilena se enumeran más restringidamente las personas que pueden avalar, en cuanto el texto citado incluye al librador, endosante o tercero y *excluye en su enumeración al aceptante*. Tanto la Ley de Ginebra (art. 30.2) como la española, en el artículo 35, apartado 2º, señalan: “Esta garantía [el aval] puede prestarla un tercero o *también un firmante de la letra*”.

Por consiguiente, cualquiera persona que intervenga en la cadena cambiaria puede ser aval por expreso mandato legal. No es incompatible con otra posición y calidad de obligado cambiario que tenga el deudor en dicho nexo, por una vinculación jurídica previa diferente. La *ratio legis* es aumentar la garantía y la seguridad del pago al tenedor.

b) El aval en el Derecho mercantil chileno, se puede constituir por *acto separado*. Esta forma no la contempla en la

actualidad, ni el Derecho mercantil español ni el Proyecto Uniforme de la Ley de Ginebra.

En España, el Código mercantil de 1829, en su artículo 476, estableció sucintamente: “El aval ha de constar por escrito, poniéndolo en la misma letra o en un documento separado. Mas a este precepto cambiario sucedió en el Código de comercio de 1885 el artículo 486, en el que *se eliminó la frase ‘o en un documento separado’*”.¹⁹

Se ha dicho que “el aval por acto separado no se concilia de ninguna manera con el criterio moderno de la letra de cambio”.²⁰ Ello es natural en tanto la letra de cambio es un título *literal*, cuyos derechos de desprenden de la sola lectura del mismo.

Por eso DAVIS, opina que la constitución del aval por acto separado, “se aparta por completo del régimen jurídico de la letra de cambio, que descansa en el principio de que ella es un documento de circulación y crédito, que debe bastarse a sí misma, indicando en su texto todas las indicaciones necesarias para su validez y para la rapidez de las transacciones en que ella se emplea cotidianamente”.²¹

Por su parte, VARELA señala lo siguiente: “Cosa rara en la letra, en la cual siempre deben constar de ella sus condiciones de validez y prueba. (...) En rigor, el aval otorgado fuera de la letra es una fianza corriente”.²² Esta discusión también ha estado presente en España. Así, URÍA²³ estima que “la garantía prestada en documento distinto de la letra no es verdadero aval. Será un contrato ordinario de fianza, pero no una fianza cambiaria”. GARRIGUES²⁴ opina que el

¹⁸ PUELMA ACCORSI, op.cit., págs.40 y 41.

¹⁹ ALVAREZ ABUNDANCIA, “El nuevo aval cambiario y sus antecedentes”, *Revista de Derecho Privado*, Nov. 1987, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, pág.940.

²⁰ OLAVARRÍA AVILA, *Manual de Derecho Comercial*, T.III, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1956, 2ª. edic., pág. 215.

²¹ DAVIS, op. cit., pág. 145.

²² VARELA, *Derecho Comercial*, T.II, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1966, pág.132.

²³ *Derecho Mercantil*, propiedad intelectual del autor, Madrid, 1985, 13ª.ed., pág. 772.

²⁴ Op.cit., pág. 248. El profesor BROSETA PONT (*Manual de Derecho Mercantil*, 10ª. ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág.665) estima que la naturaleza jurídica del aval sería una “simple fianza mercantil extracambiaria”. Para BLANCO CONSTANS y MUR SANCHO (*Estudios Elementales de Derecho mercantil*, T.III, 4ª.ed.,Reus, Madrid,1950, pág. 331), el aval es “una fianza especial”. Para SUPINO (*Derecho mercantil* .traducido por Lorenzo Benito, T.II, Madrid, s/f., pág. 33) el aval es “una fianza *sui generis*”. RUBIO (*Derecho Cambiario*, Madrid, 1973,

aval en documento separado “contradice el principio de la evidencia propio de los títulos-valores y específico de la letra de cambio”.

A modo de conclusión, se puede señalar que el aval escrito y firmado en la letra de cambio, produce efectos cambiarios y se transfiere por endoso.

El aval constituido por instrumento separado es una garantía extracambiaria cuyos derechos se ceden por la vía de la cesión de créditos nominativos. Se trataría de una simple fianza mercantil.

El Derecho español, limitó la constitución del aval a la propia letra de cambio, lo que se ajusta a los principios de los títulos-valores y al Proyecto de Ley Uniforme de Ginebra.

En España, el aval constituido por *documento separado* de la letra de cambio, a tenor del artículo 36, párrafo cuarto, LC, “*no producirá efectos cambiarios*”.

De esta manera, la Ley española puso fin a una prolongada discusión doctrinal y jurisprudencial, que hace necesario que el aval conste en la letra de cambio para que produzca efectos cambiarios, lo que está acorde con el principio de literalidad que exige que el derecho incorporado en la cambial, se desprenda de la sola lectura del título, esto es, de su tenor literal.

Ligado a la literalidad, se encuentra el principio de autonomía e independencia de las obligaciones respecto de toda otra relación subyacente. Se otorga al portador de buena fe el derecho de crédito emanado de la cambial, como si fuera un derecho nuevo u originario, al cual no le afectan las circunstancias o excepciones personales que pudieran tocar la existencia, contenido o exigibilidad de su derecho de crédito.

pág 322) estima bajo la vigencia del Código de comercio español, que el aval tiene la naturaleza de un “afianzamiento, sin duda de naturaleza cambiaria, pero con el carácter de obligación accesoria propio de toda fianza”. Ahora bien, el aval en documento separado, no cabe duda que tiene la naturaleza jurídica de una fianza; sin perjuicio de que originariamente la doctrina

2. 1. Antecedentes históricos del aval por documento separado

2.1.1. *Evolución francesa.* En Francia, existió una controversia doctrinal en cuanto a determinar históricamente si el aval debía constituirse en la propia letra o en un documento separado, discusión que se extendió hasta nuestros días, lo que también se extrapola al origen del aval.

Lo que está claro, según MUÑOZ PLANAS²⁵, es que la “Ordenanza francesa de 1673 es el primer cuerpo legal donde el aval aparece regulado con la fisonomía propia que esta institución ha asumido en el Derecho cambiario moderno. En este sentido, la Ordenanza constituye un obligado punto de referencia de los posteriores desarrollos legislativos en la materia”.

Dicha Ordenanza estableció la literalidad, es decir, que “el aval sólo podía asumirse con los efectos que le son propios, a través de una suscripción incorporada al propio título cambiario”.

El aval por documento separado, según el citado autor, se presenta en el siglo XVIII, como “un fiador ordinario sometido a las normas del Derecho común y en cuanto tal podía alegar las excepciones de excusión y de división”.

Este tipo de aval tenía mucha aplicación práctica en las costumbres comerciales, por lo cual se terminó de imponer legislativamente.

2.1.2. *Influencia del Código de comercio francés y la consagración legislativa del aval por acto separado.*

El Código de comercio francés de 1807 estableció la norma de que el aval puede ser otorgado por acto separado. Esta regla se mantuvo con motivo de la reforma del Código de Comercio de 1935, en que el legislador francés hizo uso de una reserva de la

española bajo la sola vigencia del Código de comercio, también la atribuyó esa misma naturaleza al aval colocado en la letra de cambio, aunque como una fianza “especial”, “*sui generis*”, etc.

²⁵ Véase “En torno al llamado aval en acto separado”, *RDM*, Vol. XL, núm.97, julio-septiembre, Madrid, 1965, pags.7 a 55.

Convención de Ginebra,²⁶ al adoptar la Ley Uniforme, estableciendo el aval por acto separado en el artículo 130 de dicho Código reformado.²⁷

En efecto, en la Convención de Ginebra, la delegación francesa consiguió la siguiente reserva: "Cada una de las altas partes contratantes tienen la facultad, derogando lo dispuesto en el artículo 31, de admitir que en su territorio pueda otorgarse aval por acto separado con indicación del lugar en que fuere otorgado (Reserva, art. 4, anexo II).

La influencia del Código francés de 1807 se hizo sentir en el Código de comercio español de Sainz de Andino de 1829, consagrando el aval en documento separado en el artículo 476. Sin embargo, al redactarse el artículo 486 del Código de Comercio reformado de 1885, se eliminó toda referencia expresa al aval por

²⁶ Cfr. al respecto: GUYENOT, *Curso de Derecho Comercial*, (traducción de Manuel Osorio Florit y Concepción Osorio Cetrángolo) Vol.II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1975, pág. 59 y RIPERT, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, traducción de Felipe de Solá Cañizares con la colaboración de Pedro G. San Martín, III, Operaciones comerciales, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, pág. 201. GEISENBERGER, *L' Aval des effects de commerce*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1955, pág. 143, LESCOT y ROBLLOT, *Les effects de commerce*, Rousseau & Cia, París, 1953, págs. 556 y ss.

²⁷ La Ley Uniforme de Ginebra no admitió el aval por acto separado. Tampoco lo admitió el Código de comercio italiano de 1883, en cuyo artículo 274 lo prohibió expresamente. Para SUPINO (*Derecho mercantil*, traducido al italiano por Lorenzo Benito, II, publicada por La España Moderna, Madrid, s/f, pág. 34): "El aval se debe escribir sobre la cambial, pues toda obligación cambiaria debe resultar del título; el aval por documento aparte permitido por el Código de 1865 y prohibido ahora, queda reducido, por lo tanto, a una fianza simple sin efecto cambiario". En este mismo sentido, véase por todos, a SUPINO y DE SEMO (*De la letra de cambio y del pagaré cambiario*, traducido del italiano por Jorge Rodríguez Aime con la colaboración de Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo, en Bolaffio-Rocco, Vivante, *Derecho Comercial*, VIII, vol. I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 343) donde se plantea que: "(...) del nuevo concepto de la letra, obligación rigidamente formal, deriva la consecuencia imprescindible de que todas las obligaciones inherentes a ella deban concentrarse en el título. Esto implica fuerza y facilidad de circulación por su contenido literal, y contrastaría con el sistema de atribuir responsabilidad cambiaria a una firma puesta fuera del título". Por su parte, PAVONE LA ROSA (op. cit., pág. 387), señala: " La declaración de aval está sometida al formalismo propio de todas las declaraciones cambiarias: debe ser redactada en el modo querido por la ley, y hallarse contenida en el mismo documento cambiario".

En suma, la legislación italiana sufrió el influjo de la francesa, la que permitió en principio, el aval por acto separado, en el artículo 227 del Código de 1865, equivalente al artículo 142 del Código francés. En la nueva normativa, esto es, el Código de comercio de 1883, se consagra la eficacia de garantía cambiaria del aval cuando se constituye en la misma letra de cambio. Sin embargo, se discute la naturaleza jurídica que tienen los avales que se consignan en instrumento separado. Las soluciones doctrinales van desde reconocerle efectos cambiarios- como si fuere un aval emanado del título-, hasta negarle valor; o, en su caso, darle el carácter de una fianza mercantil, es decir, como una garantía personal extracambiaria; ésta última tesis, es la que consideramos más acertada.

documento separado, lo que produjo en la doctrina y jurisprudencia española diversidad de opiniones²⁸.

Por otra parte, así como el Código de Napoleón de 1807, tributario de la Ordenanza de 1613, ejerció su influencia en el Derecho español, ello repercutió en forma natural y consecuentemente en diversos Códigos latinoamericanos²⁹

Terminando con la evolución española, cabe señalar que el artículo 36 de la actual Ley Cambiaria y del Cheque N.º 19/1985, de 16 de julio, en su párrafo final, en palabras del profesor POLO, E.: "(...) termina con nuestra vieja polémica sobre la posible eficacia cambiaria del aval por acto o en documento separado en el mismo sentido que la Ley Uniforme y que lo que hasta ahora fue la posición mayoritaria de la doctrina española, ya que en la jurisprudencia del

²⁸ Véase al respecto la autorizada opinión de GARRIGUES (*Curso...* cit., vol. I, pág. 880), quien señala que frente al silencio del Código de comercio, en cuanto a otorgar el aval por acto separado, "de la interpretación conjunta de los artículos 486 y 487 del C. de c., parece desprenderse la posibilidad en nuestro Derecho de estos avales en documento distinto de la letra". Todo ello, partiendo de la base que "contradice el principio de evidencia propio de los títulos valores y específico de la letra de cambio". Lo mismo manifiesta el maestro en su *Tratado de Derecho Mercantil*, III, Temis, Bogotá, 1987, 7ª. ed., pág. 248. En el mismo sentido se pronunció LANGLE Y RUBIO (*El Aval de la Letra de Cambio*, Bosch, Barcelona, 1934, pág. 84) acepta el aval fuera de la letra de cambio, pero le atribuye a la obligación nacida de ella, "una validez de simple fianza común o como afianzamiento mercantil". Véase la completa exposición de MUÑOZ PLANAS, "En torno al llamado aval en documento separado", RDM, Vol. XL, Julio- Septiembre, Madrid, 1965, págs. 48 y ss. Vid. también la jurisprudencia citada por ROJO FERNÁNDEZ-RIO, "El aval", en *Derecho Cambiario: Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, (Dirección MENENDEZ) Civitas, Madrid, 1992, pág. 568, URÍA, op. cit., págs. 772 y 773. GAY DE MONTELLÁ, Código de comercio español comentado, III, Bosch, Barcelona, 2ª. ed., pág. 557 y FERNÁNDEZ -ALBOR, op. cit., pág. 236.

²⁹ El Código de comercio de Chile de 1865 estableció en el artículo 681, el aval por acto separado, concepto que se repite en la actual Ley 18.092 de 1982, en el artículo 46. El Código de comercio argentino de 1859, en el artículo 680, mantenido en el artículo 33 de su actual Decreto-Ley 5.965 de 19 de julio de 1963.

El Código de comercio de Bolivia de 1834, en el artículo 410; sin embargo, el artículo 559 del Código actual, no contempla el aval por documento separado. También lo contemplaban el Código de Paraguay de 1903, artículo 680, el uruguayo de 1866, el de Ecuador en el artículo 424, el Código de comercio de Costa Rica de 1964, etc. Por el contrario, las legislaciones que siguieron la tendencia germana o italiana como Brasil, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, México y Perú, no admitieron el aval por acto separado. Al respecto, por todos, v. OLAVARRÍA AVILA, *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos con una introducción de Derecho Comparado Externo*, Jurídica de Chile, Santiago, 1961, pág. 98 y ss., véase asimismo, DA SILVA PINTO, *Direito Cambiario Garantia Cambiaria e Direito Comparado*, Revista Forense, 1948, pág. 347 y ss., y ALVAREZ VALLEJO, *El aval en la letra de cambio*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universitaria, Santiago de Chile, 1962, págs. 22 y 23.

Tribunal Supremo la polémica se había saldado con un doble empate³⁰

En las Conferencias Internacionales de La Haya, celebradas entre el 23 de junio a 25 de julio de 1910 y entre el 15 de junio a 23 de julio de 1912, para la unificación del Derecho relativo a la letra de cambio y el pagaré a la orden, se elaboraron proyectos o anteproyectos de una Convención para la unificación del Derecho cambiario, en los cuales no se contempló la hipótesis del aval por documento separado.³¹

Sin embargo, en la Conferencia de Ginebra de 1930 se trajo a colación el tema, a raíz de las mismas discusiones surgidas con motivo de la redacción del Código de comercio italiano, la influencia alemana de una parte y de otra, la posición francesa, que admitía y admite el aval por documento separado, argumentándose que tiene mucho arraigo en la vida comercial y económica y porque no disminuiría el prestigio de la firma avalada, pudiendo perjudicar el crédito de las personas.

Para zanjar este inconveniente de discordancia de tendencias, se estableció como Anexo II de la Convención, un conjunto de 23 artículos que constituyen *reservas* para que cada país pudiera, al adoptar la Ley Uniforme, introducir normas diferentes de las previstas por ella.

2.1.3. *En España, se discute el tema del aval limitado*, pues la actual LC nada expresó al respecto. En Chile, el problema está zanjado en la propia ley. En efecto, el artículo 47 de la Ley 18.092, expresa lo siguiente:

“El aval puede ser *limitado* a tiempo, caso, cantidad o persona determinada; y en tal evento, sólo producirá la responsabilidad que el avalista se haya impuesto.

³⁰ Véase, “Innovaciones fundamentales de la nueva Ley Cambiaria y del Cheque”, *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXXV, núm. 4, Barcelona, 1986, págs. 41 a 70.

³¹ Véase “Conferencia Internacional de la Haya para la unificación del derecho relativo a la letra de cambio, al pagaré a la orden y al cheque”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, año X, núm. 6, marzo-diciembre, Nros. 1 a 10, 1913, págs. 68 y ss.

Concebido el aval *sin limitaciones*, el avalista de la letra de cambio responde del pago de ella en los mismos términos que la ley impone al *aceptante*".

El legislador en cuanto faculta al aval para que tenga la responsabilidad que se haya impuesto, no siguió en esta materia a la normativa de Ginebra, sino que reproduce el artículo 682 del Código de Comercio chileno.³² La Ley Uniforme permite limitar el aval sólo en cuanto a la cantidad, en el artículo 30; por su parte, el artículo 32, señala que el "*avalista queda obligado de igual manera que aquel a quien garantiza*".

A su turno, el artículo 35 de la LC, siguiendo la normativa uniforme de Ginebra, estableció en el apartado primero, la posibilidad de limitar cuantitativamente el aval; en los siguientes términos:

"El pago de una letra podrá garantizarse mediante aval, *ya sea por la totalidad o por parte de su importe*".

Sin embargo, el artículo 487 del Código de comercio español de 1885, establecía, también, la limitación del aval cambiario en cuanto "*a tiempo, caso, cantidad o persona determinada*", aval que no generaba más responsabilidad que la establecida en los propios términos de la restricción.

La doctrina española de la época- como era natural- ante un texto legal expreso que autorizaba los avales limitados, no formuló mayores cuestionamientos a las limitaciones que se pudieran establecer en el aval cambiario.

El problema se plantea a partir de la vigencia de la actual LC de 1985, que nada dijo y guardó silencio sobre las limitaciones que podía presentar el aval, regulando únicamente el aval parcial relativo a una parte del importe de la letra de cambio (artículos

³² PUELMA ACCORSI (op. cit., págs. 41 y 42) señala que en el caso del aval sin limitaciones, el avalista responde como aceptante, " lo que tiene por consecuencia, que no le beneficia el perjuicio de la letra, vale decir, no caduca su responsabilidad si la letra no se protesta en tiempo y forma. (...) las reglas de la aceptación sólo se aplican al aval en materia de responsabilidad de pago y no, por ejemplo, para los efectos de acciones de reembolso, protesto y otras". El artículo 682 del Código de comercio de 1865, decía: "El aval puede ser limitado a tiempo, caso, cantidad o persona determinada. Dado en estos términos, el aval no producirá otra responsabilidad que la que el avalista se hubiere impuesto".

35 y 131). Con ello, se siguió el modelo que presentaba la Ley Uniforme de Ginebra. Esta fuente normativa tampoco dijo nada sobre los avales limitados, excepto en lo relativo al aval parcial (artículo 30).

A mayor abundamiento, y yendo a las fuentes más originarias sobre la materia, cabe expresar que en la Conferencia Internacional de La Haya de 1912, realizada para la unificación del Derecho relativo a la letra de cambio, al pagaré a la orden y al cheque, que recogió básicamente lo establecido en el Anteproyecto de Convención y de Ley Uniforme de 1910, tampoco existe ninguna mención relativa a los avales limitados.

El artículo 37, apartado 1º, de la LC expresa: “que el avalista responde de igual manera que el avalado”. Esta disposición “puede hacer entender ineficaces las restricciones que alteren esta identidad de responsabilidades”³³.

Con todo, “un autorizado sector doctrinal considera que, al no estar expresamente prohibidos en la Ley, son admisibles los *avales limitados a tiempo* (es decir, a que la reclamación contra el avalista se plantee dentro de uno fijado), a *persona* (es decir, a que sea una concreta y determinada—el *beneficiario* del aval—la que se dirija contra el avalista) y a *caso o condición* (sin duda la limitación más cuestionable desde la lógica cambiaria).”³⁴

³³JIMÉNEZ SÁNCHEZ, op. cit., pág. 71. Admiten con carácter general los avales limitados: ROJO FERNÁNDEZ, “El aval”, cit., pág. 578; MOXICA ROMÁN, *Ley Cambiaria y del Cheque*, Aranzadi, Pamplona, 1990, págs. 275 y ss.; GARCÍA LUENGO Y SOTO VÁSQUEZ, *El nuevo régimen de la letra de cambio en la doctrina y en la jurisprudencia*, Comares, Granada, 1986, pág. 138 y 139 y ZURIMENDI ISLA, “Avales Limitados”, RDM, Enero- Marzo 2001, núm. 239, págs. 171 a 198. GARRIGUES, (Tratado, III, reimpresión de la 7ª ed., Temis, Bogotá, págs. 250 y 251) ante la vigencia – a la sazón – del artículo 487 del Código de comercio español, estima que la licitud de los avales limitados, es incuestionable.

Por el contrario, rechazan los avales limitados: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El aval de la letra de cambio”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 46, Año XI (Abril- Junio), Madrid, 1992, págs. 341 a En la misma línea doctrinal, véase DUQUE DOMÍNGUEZ, *El aval de la letra de cambio*, Documentación Jurídica, T.XIII, (Enero- Junio) 1986, 49/50, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, Págs. 37 a 39. LANGLE Y RUBIO (op.cit., pág. 123) estima que no se puede condicionar el aval, pues iría contra la naturaleza de la obligación cambiaria, al hacer depender de una condición el pago de la letra, o en virtud de la cual resultase incierto el vencimiento, o la cantidad o el lugar; aunque reconoce que se puede limitar el aval.

³⁴ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, op.cit., pág. 71.

También es de opinión de que no es admisible el aval limitado BONFANTI, para quien “el aval no puede ser concebido como una mera firma más del obligado cambiario sino que para que cumpla su función económico-jurídica debe estar apuntalado por ese mínimo de rigorismo que sólo la obligación incondicionada proporciona”.³⁵

El problema del aval limitado en la doctrina española, se relaciona con el principio de la autonomía de la voluntad, en orden a si ella rige con plenitud en su manifestación particular de la libertad contractual, pudiendo establecer los pactos, cláusulas o condiciones que estimen convenientes las partes, sin más limitaciones que “la moral, las leyes o el orden público (artículo 1255 Código Civil español)”; o si, por el contrario, tiene las limitaciones imperativas del Derecho Cambiario, en cuanto atribuye efectos legales predeterminados a los negocios cartulares, como sucede con el libramiento, la aceptación, el endoso, etc.

Ha de tenerse en cuenta que la LC en determinados y precisos casos, sanciona con la nulidad algunos negocios cambiarios (*numerus clausus*), a saber: la aceptación condicional, el art. 30 LC exige que la aceptación sea pura y simple, aunque se admite la aceptación parcial a una parte del valor de la letra; el endoso parcial es nulo conforme al artículo 15 LC, sólo puede ser total. El objetivo sería la no-escisión del crédito cartular en diversos tenedores.

³⁵ De los *Títulos de Crédito*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, 2ª.ed., pág.424. En la misma tendencia doctrinal se inscribe, FERNÁNDEZ ALBOR, op.cit., págs. 348 a 357; URÍA, MENÉNDEZ, y PÉREZ DE LA CRUZ, (*Curso de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, pág. 783) aceptan el aval parcial o limitado a cantidad y el aval temporal “en el que el avalista subordina su vinculación a que le sea requerido el pago de la letra dentro de unos determinados límites temporales (por ej., treinta o sesenta días después de la fecha de su vencimiento)”; ALEGRIA, (*El Aval*, Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 245) rechaza la posibilidad de constituir el aval condicional y temporal. Tampoco acepta el aval condicional; ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, Editor Dott A. Giuffré, 1964, 4ª.ed., pág. 265 acepta el aval condicional. CÁMARA, (*Letra de Cambio y Vale o Pagaré*, II, Ediar, Buenos Aires, 1986, págs. 161 y 162) rechaza el aval condicional, por estimar que vulnera la estructura de las obligaciones cambiarias. PAVONE LA ROSA (*La letra de cambio* traducción de Osvaldo Maffia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 430) “no cree que el avalista pueda modificar, aun con efecto limitado a la propia obligación, otros elementos de la declaración cambiaria, oponiéndose a ello la exigencia de tipicidad del título, de la que son expresión numerosas normas de la ley cambiaria”. Para GÓMEZ LEO (*Instituciones de Derecho Cambiario, Letra de cambio y pagaré*, II-A, Depalma, Buenos Aires, 2ª. ed., pág. 522) sólo admite la limitación legal del aval parcial, pues –argumenta– el avalista queda obligado en los mismos términos cambiarios que el avalado; y por ello no puede exceder los límites cuantitativos y cualitativos de la obligación del avalado.

Por último, sería nulo el libramiento de las letras de cambio al portador, ya que deben contener el nombre del tenedor (art.1.º, párrafo sexto, LC), esto es, “el nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar”.

Otras veces, la LC estima que la condición puesta en el endoso, se “considerará como no puesta” (art.15). Ello es lógico por la circulación y seguridad que debe presidir el tráfico cambiario.

Sin embargo, no es tan claro que estas razones puedan ser extensibles al aval cambiario, en cuanto la circulabilidad ni la seguridad se vería afectada del mismo modo, si se limita o condiciona el aval, ya sea a condición, plazo o a persona determinada, como lo autoriza la legislación chilena. Por lo demás, en la LC no existe prohibición expresa al respecto.

2.1.4. A consecuencia de lo anterior, los efectos del aval varían en ambas legislaciones. En la ley chilena, cuando el aval se otorga sin condiciones, el avalista responde del pago de la letra de cambio, en los mismos términos que el aceptante.

En otras palabras, no hay perjuicio por falta de protesto en tiempo y forma. En efecto, la ley dice que si no se realiza en tiempo y forma el protesto por falta de pago, caducarán las acciones cambiarias que el portador pueda tener en contra del librador, endosante y de los avalistas de ambos (art.79, inc.2º). El aval limitado, por su parte, responderá en los términos que se establezcan en la letra de cambio, en virtud de la autonomía de la voluntad.

2.1.5. En España, el avalista responde de igual manera que el avalado, salvo que se hubiere estipulado una parte del importe de la letra, única limitación legal permitida.

Lo anterior hace que “la responsabilidad del avalista discurre por distintos cauces según que el aval haya sido prestado a favor del aceptante o de un obligado cambiario de regreso”.³⁷ Es decir, el aval responderá de igual manera que el avalado, y en el caso del

³⁷ ALVAREZ ABUNDANCIA, op. cit., pág. 956.

aval limitado a un importe inferior al valor de la letra, responderá hasta el monto pactado.

2.1.6. *La responsabilidad del aval, en España es claramente solidaria*

El inciso primero, del artículo 57 de la Ley Cambiaria española así lo señala expresamente. En Chile, en cambio, el artículo 79 de la Ley chilena, indica que todos los que firman una letra de cambio quedan solidariamente obligados a su pago. Sin embargo, el legislador chileno *olvidó en su enumeración al aval*, lo que a diferencia de España, plantea diversas interpretaciones acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del aval cambiario.

Así, para PUELMA, el avalista “en teoría, tampoco es un obligado solidario, pues su obligación puede ser limitada a tiempo, caso, cantidad o a una persona determinada, y en estos eventos sólo responde en los términos estipulados. (...) Doctrinariamente y en teoría, no se trata realmente de un caso de solidaridad, pues las obligaciones de los diversos obligados al pago de la letra son distintas e independientes, pero, en todo caso, el precepto tiene un fin aclaratorio evidente”³⁸.

Por el contrario, MORALES ESPINOZA piensa que el avalista “que da su aval en términos generales responde como aceptante. Por ende su responsabilidad es solidaria (art. 47 inc.2°) en relación con el artículo 79.”³⁹ Añade que aceptar la responsabilidad

³⁸ Op. cit., pág. 57.

³⁹ Op. cit., págs. 142 y 143. Sobre la solidaridad véase *supra* pág. 2, nota cuatro. También puede verse la siguiente bibliografía, entre otros: LANGLE Y RUBIO, “El aval...”, cit., pág.97 a 106; GÓMEZ CALERO, “La responsabilidad solidaria de los obligados cambiarios”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.2, Madrid, 1981, págs. 245 a 305; OTERO LASTRES, “Reflexiones sobre la solidaridad cambiaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIX, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, págs. 27 a 49; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, “La solidaridad cambiaria”, *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Julio, núm. 7, 1989, págs. 133 a 156; CAMPOBASSO, “Solidarietà Cambiaria” (con particolare riferimento all’avallo), en *I Titoli di crédito*, a cura di GL.PELLIZI, Giuffrè Editore, Milán, 1980, págs. 85 y ss.; CAMPOBASSO, “I Soggetti Passivi Della Responsabilità solidale cambiaria”, en R.D.C.,LXXI, parte primera, 1973, págs. 161 a 202; BALICE, Michele, “Osservazioni in tema di solidarietà cambiaria con speciale riguardo si coobbligati di pari grado”, en R.D.C., año LXXXII, 1984, págs. 51 a 64; ROBLOT, *Les effects de commerce*, Sirey, Paris, 1975, págs. 200 a 203; SINAY, H., “La situation juridique du donneur d’aval”, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, T. VI, Paris, 1953, págs. 26 a 31. Por último, en materia civil es importante tener en cuenta la obra de GUILARTE ZAPATERO, *De las obligaciones*

del avalista como *subsidiaria*, importaría volver a hacer revivir teorías contractualistas que ya están superadas.

Sin embargo, estos problemas interpretativos no existían bajo la sola vigencia del Código de Comercio, en cuyo artículo 683 se establecía que cuando el aval no contenía ninguna cláusula limitativa, la ley entendía que el avalista “responderá solidariamente del pago de la letra en los mismos términos que el librador y endosantes”.

Por otra parte, si el aval era limitado al tiempo, caso, cantidad o persona determinada, conforme al artículo 682 no producía otra responsabilidad que la que el avalista se hubiera impuesto. Esta disposición se mantuvo en el artículo 47 de la Ley actual.

2.1.7. Otorgamiento de aval de letra vencida

El artículo 35, inciso final, de la LC española, señala:

“El aval podrá suscribirse incluso *después del vencimiento y denegación del pago de la letra*, siempre que al otorgarse no hubiere quedado liberado ya el avalado de su obligación cambiaria”.

Para el problema del otorgamiento de la letra de cambio vencida, resulta de sumo interés que al otorgarse el aval se indique la fecha en que se otorga.

La ley chilena nada dice en este supuesto de otorgamiento de aval en una letra vencida, lo cual puede producir opiniones encontradas en la doctrina y en la jurisprudencia, al no existir un texto expreso que zanje el problema. Así, DAVIS ⁴⁰ opina que cuando “la ley no ha fijado plazo para la constitución del aval, (...) es lícito avalizar antes o después del vencimiento: desde la generación de la letra de cambio, hasta la extinción de todas las responsabilidades que de ese efecto se derivan”.

Indudablemente, esto puede aplicarse sin problemas al aval otorgado sin limitaciones; no así al aval limitado a tiempo, caso o

mancomunadas y de las solidarias, en “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, dirigidos por ALBADALEJO, XV-2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 257.

⁴⁰ Op. cit., pág. 147.

cantidad o persona determinada, dado que en estas hipótesis el aval contrae la responsabilidad que se hubiere impuesto, en uso de la libertad contractual.

En este orden de ideas, SANDOVAL⁴¹ señala que la obligación de pagar contenida en la letra, “por lo general, está diferida a un plazo determinado, época de vencimiento, puede el avalista limitar su responsabilidad a esa época y exonerarse si ella se prorroga”. Lo que significa, a contrario sensu, que si el aval no se limita “a tiempo”, queda obligado en caso de prórroga del vencimiento de la letra, igual que el aceptante.

También participa, entre nosotros de la idea de que se puede avalar una letra vencida, MORALES⁴², quien fundamenta que “no se atenta en caso alguno contra la esencia de la institución del aval, ni menos aún contra el carácter circulatorio del documento, sino que muy por el contrario con la presencia de la institución se le da más credibilidad y garantía a la letra”. En consecuencia, el aval de letra vencida, es plenamente válido y eficaz.

⁴¹ Op. cit., págs. 124 y 125. Véase al respecto, AVILA FREDES y RIOS LEGUIFFE (*Jurisprudencia sobre la letra de cambio 1925-1946*, s/e, Santiago, 1948, págs 43 y 44) los cuales citan la siguiente doctrina establecida por la Corte de Apelaciones de Santiago: “El aval constituido hasta el vencimiento de una letra de cambio, no está obligado a aceptar las prórrogas que sufra la obligación, y por lo tanto, queda libre de responsabilidad junto con el vencimiento primitivo de la letra de cambio”.

⁴² Op. cit., pág. 128. Véase, en el mismo sentido, entre otros, VIGUERA RUBIO. “La nueva era de la letra de cambio, pero le atribuye a la obligación nacida de ella, una validez de simple fianza común o como afianzamiento mercantil. Véase la completa exposición de MUÑOZ PLANAS, En torno al llamado aval en documento separado, RDM. Vol. XL, Julio- Septiembre, Madrid, 1965, págs. 48 y ss. Vid. también la jurisprudencia citada por ROJO FERNÁNDEZ-RIO, El aval en Derecho Cambiario: Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque, (Dirección MENENDEZ) Civitas, Madrid, 1992, pág. 568, URÍA, op. cit., regulación de las declaraciones cambiarias en la Ley 19/1985, de 16 de julio”, Actualidad Civil. Editora General de Derecho. 1986-2, págs. 1.957 a 1972, especialmente la pág. 1971. SÁNCHEZ- CALERO GUILARTE, “El aval...”, cit., págs. 353 y 354; DUQUE DOMÍNGUEZ (“El aval de la les, DAVID (*La letra de cambio*, Jurídica de Chile, Santiago, 1957, pág. 347) piensa que el aval de letra vencida no altera la naturaleza del título. ROJO FERNÁNDEZ-RIO (“El aval”, op. cit., pág. 580) estima que el aval póstumo produce plenos efectos cambiarios, si se suscribe antes del perjuicio de la letra o, en caso que la letra no se hubiere perjudicado, dentro del plazo de un año contado desde la fecha del protesto o declaración equivalente, realizada en tiempo hábil, o de la fecha del vencimiento en las letras con cláusulas sin gastos. Todo ello conforme lo autoriza la normativa española. Esta pareciera ser la tesis correcta, en tanto en cuanto la obligación avalada no se hubiere perjudicado o haya prescrito. En definitiva, mientras la responsabilidad cambiaria del avalado esté vigente y por tanto, también el crédito cartular.

El párrafo tercero del artículo 35 LC, es una norma originariamente española, y no tiene antecedentes histórico-normativos en el Derecho Ginebrino ni el Derecho comparado.

Aunque lo normal es que las obligaciones cambiarias se constituyan antes del vencimiento de la cambial, pareciera no existir inconvenientes en que el aval se otorgue después de vencimiento, el que sería perfectamente válido y eficaz. En todo caso, ha de tenerse presente que no tendría eficacia el aval, en el evento que el avalado hubiere quedado liberado de su obligación, atendida la dependencia o conexión formal existente entre ambas obligaciones.

Pues bien, el límite máximo de tiempo posible en la constitución del aval, estaría dado por el término de la prescripción de las acciones cambiarias, es decir, el aval se puede constituir en la medida que esté vigente el crédito cartular, desde la perspectiva del tenedor. Desde el lado pasivo, se podrá constituir aval en tanto no se haya extinguido el débito cambiario por el pago o por alguno de los medios reconocidos por la Ley.

Especial mención cabe consignar respecto de la situación particular del *perjuicio* de la letra, que puede favorecer al avalista, si el avalado se favoreció con el perjuicio de la letra al ser obligado de regreso, subsecuentemente, el avalista no podría avalarlo.

V. Conclusiones

1. Se puede señalar como conclusión general, que el aval tiene como función principal y esencial, la de servir de *garantía cambiaria típica y directa* del pago de la letra de cambio, reforzando por consiguiente el crédito contenido en ella.

Ligado al concepto de aval se relaciona la *fianza* como garantía personal, que accede y depende de una obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza. Se trata de la fianza extracambiaria, cuya nota característica y tipificadora es la *accesoriedad sustancial* que se manifiesta en el tratamiento dispensado por el Código Civil

chileno, artículos 46, 2335, 2344, 2354, 2381, en virtud de los cuales, la obligación de garantía sigue la suerte de la obligación principal.

La fianza no puede existir sin una obligación válida y la extinción de la obligación principal extingue la fianza. El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal.

En el aval cambiario, la accesoriedad de la obligación del avalista respecto de la obligación del avalado es sólo *formal*. Sólo se requiere *ab initio* que la obligación avalada sea formalmente válida. Tiene independencia y autonomía sustancial respecto de la obligación avalada, de tal modo que la nulidad o ineficacia de la obligación avalada por vicios sustanciales no se comunican ni invalidan a la obligación del avalista, excepto por vicio de forma.

2. La redacción del artículo 47 de la Ley 18.092, parece desvirtuar la función de garantía. La norma citada habla del “avalista de la letra de cambio”, como si se tratara de una garantía objetiva. Sobre este aspecto, pensamos que la garantía ofrecida por el aval está estructurada subjetivamente.

En efecto, la obligación del avalista es accesorio y autónoma: *accesorio*, porque se sustenta formalmente en otra obligación cambiaria de otro sujeto, la persona del *avalado*; *autónoma*, porque es válida aunque la obligación garantizada resulte nula por cualquier causa que no sea vicio de forma, y porque el avalista no puede oponer las excepciones personales del avalado.

Es decir, no basta con una conexión formal con la obligación avalada, sino que es necesaria la existencia de otro obligado cambiario: *el avalado*. Podrá ser cualquiera de los partícipes de la cadena cambiaria o un tercero ajeno al nexo cambiario.

3. Relacionado con la anterior, la LC española, en el artículo 57 establece claramente la solidaridad de los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio, frente al tenedor, el cual podrá dirigirse de manera individual o conjunta, con independencia de su posición en la letra de cambio,

respecto de cualquier deudor; corresponde el mismo derecho al que la hubiera pagado.

El legislador español asegura de esta manera a cabalidad el pago de la letra de cambio, a objeto de alcanzar el “buen fin” para el cual fue creada. En Chile, por el contrario, la responsabilidad solidaria del aval no es clara. Si el aval se otorga sin limitaciones responde en los mismos términos que el aceptante (art. 47, apartado 2.º)

El legislador chileno, nada dijo en el caso de que el aval garantice a otro de los obligados como el endosante o el librador, o en un caso más extremo, a otro aval. En esta materia parece razonable la solución dada por la Ley Uniforme de Ginebra en el artículo 32 y que siguió el legislador español, en cuanto el avalista se obliga en los mismos términos que la persona a quien garantiza.

La *vis attractiva* de la letra de cambio, hace que responda solidariamente todo aquel que estampe su firma en ella, cualquiera sea el lugar o el título que ocupe en la cadena cambiaria.

4. El aval otorgado en instrumento separado, contemplado en el artículo 46 de la Ley 18.092, desvirtúa la naturaleza o funcionalidad de la letra de cambio, la cual se caracteriza como todos los títulos-valores- por facilitar el ejercicio y transmisión de los derechos reflejados en el título, y por su literalidad.

El título debe ser autárquico, es decir, bastarse a sí mismo; ello no ocurre al constituirse el aval por documento separado. La Ley Cambiaria española, no contempla esta hipótesis, y en el artículo 36 *in fine*, se limita a indicar: “No producirá efectos cambiarios el aval en documento separado”.

Por eso en Chile, es criticable que el legislador haya mantenido la posibilidad de constituir el aval en documento separado que contemplaba el Código de Comercio. La Ley Uniforme exige que el aval conste únicamente en la letra. En Francia, no obstante haberse adoptado la Ley Uniforme, también se acepta el aval separado.

5. En la normativa española, el aval sin limitaciones, *responde de la misma manera que el avalado* y no puede oponer las excepciones personales de éste (art. 37). Ello puede ser en vía directa o de regreso, según se avale al aceptante o a los endosantes o al librador, respectivamente. Conforme al inciso 1° del artículo 57 de la LC, el avalista responde “solidariamente frente al tenedor” del pago de la letra de cambio.

En Chile, bajo la sola vigencia del Código de Comercio, en el artículo 683 se establecía expresamente que el aval sin limitaciones respondía solidariamente del pago de la letra. Esta norma no se reprodujo en la Ley 18.092, lo que plantea dudas acerca de la naturaleza de la responsabilidad del aval, en orden a si es subsidiaria o solidaria.

El aval otorgado sin limitaciones responde del pago de la letra de cambio “*en los mismos términos que la ley impone al aceptante*” (art. 47 inciso 2°). La solución es diferente en ambas normativas. La solución dada por la ley chilena, es diferente de la que indica la Ley Uniforme de Ginebra, por cuanto, según ella, si no se indica por cuenta de quien se da el aval “se reputa que ha sido otorgada por el librador” (art. 32).

6. En España, el que paga la letra, tiene acción de regreso en contra del avalado y de los demás responsables cambiarios que correspondan. El derecho emana de la letra misma, de manera autónoma, pudiendo demandar individual o colectivamente a los obligados cambiarios. Todo esto se indica en los artículos 37, 57 y 59 de la Ley Cambiaria española.

La acción de cobro será por el total en virtud de la solidaridad cambiaria, contra todos los deudores cambiarios o alguno de ellos, a elección del tenedor cambiario (el acreedor posee el *ius variandi* y el *ius eligendi*). De este modo, el avalista que pagó la letra puede dirigirse contra cualquier responsable, incluso contra otro avalista, por la obligación cambiaria asumida. El avalista responde de igual manera que el avalado, ya sea éste obligado directo o de regreso.

En Chile, el avalista que paga la letra de cambio tiene acción de reembolso en contra de la persona a quien él ha garantizado y de los demás firmantes de la letra respecto de los cuales tuviere acción cambiaria de reembolso la persona avalada (art.82).

Sin embargo, el apartado final del artículo citado, a diferencia de la normativa española, incurre en un defecto de técnica jurídica, al establecer que “se aplicará a *los avalistas conjuntos* la norma establecida en el artículo 2378 del Código Civil”. Esta última norma, indica que “el fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores”.

En efecto, al tenor de lo expuesto, cabe preguntarse ¿la acción del fiador que paga al tenedor es una acción cambiaria o una acción subrogatoria propia de la fianza civil, o por último, una acción personal distinta de las anteriores?.

No es conveniente aplicar las normas de la fianza civil a las obligaciones cambiarias, que son *unilaterales, autónomas abstractas e independientes* cada una de ellas. No opera la subrogación, por ello el avalista que paga la letra de cambio no se subroga en los derechos del avalado. Sus derechos emanan *de la letra* contra el avalado, con autonomía sustancial, y contra los demás responsables cambiarios respecto del avalado.

Por la acción subrogatoria el fiador sólo puede demandar de los otros la cuota que a éstos corresponda en la deuda. Se trata de la concepción del aval como una fianza común, tratada en los artículos 2335 y ss. del Código Civil chileno.

Sin duda, que en ello se refleja la influencia de la doctrina francesa del aval concebido como una *fianza cambiaria*, con la que se identificó en sus aspectos relevantes.

A modo de conclusión, creemos que la acción del aval que paga la letra de cambio- existiendo varios avalistas- es, en rigor y en puridad, una *acción cambiaria de regreso*, por el importe de ella contra el coavalista, acorde con la doctrina moderna, consagrada en la normativa española. Todo lo cual, ameritaría una revisión y corrección

de la normativa cambiaria chilena, a objeto de que esté más acorde con la técnica actual.