

Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política

VOLUMEN 3 / NÚMERO 1 / AÑO 2 / 2011

La Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco es una publicación periódica de carácter académico y científico. Su finalidad es generar un espacio de diálogo del conocimiento especializado en el ámbito de las Ciencias Jurídicas, de la Ciencia Política y de las Políticas Públicas, a través de la difusión de los resultados de las investigaciones desarrolladas tanto a nivel nacional como internacional en los espacios americano y europeo.

La Revista de Derecho y Ciencias Políticas es una publicación bianual y se encuentra indexada en Latindex, Sistema Regional de Información en Línea para revistas científicas de América Latina, el Caribe, España u Portugal. También se encuentra incorporada al catálogo de Dialnet y el catálogo de la Universidad de Chile HYPERLINK "<http://www.al-dia.cl>" www.al-dia.cl

ISSN 0718-9389



UNIVERSIDAD
CATOLICA DE
TEMUCO

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO
ESCUELA DE DERECHO

JULIO 2011
TEMUCO, CHILE

Representante legal
Alberto Vásquez Tapia

Director
Dr. Jordi Delgado Castro
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Dr. en Derecho, Universidad de Barcelona

Comité Editorial
Dr. Jordi Delgado (U. Católica de Temuco)
Dr. Iván Draz (U. Católica de Temuco)
Dr. Rodrigo Coloma (U. Alberto Hurtado)
Dr. Héctor Hernández (U. Diego Portales)
Dr. Jaime Baeza (U. de Chile)
Mg. Judith Schönsteiner (U. Diego Portales)

Comité Científico Internacional

- Dr. Rafael de Asís Roig, U. Carlos III de Madrid.
Correo: rarfid@inst.uc3m.es
- Dr. Paolo Comanducci, U. de Génova.
Correo: comanducci@unige.it
- Dr. Enrique Rajevic, U. Alberto Hurtado.
Correo: erajevic@uahurtado.cl
- Dr. Sabine Michalowsky, University of Essex. Correo:
Dr. Clara Sandoval, Pontificia U. Javeriana, Bogotá.
Correo: csandov@essex.ac.uk
- Dr. Jorge D'Agostino, U. Católica, Argentina.
Correo: jorgedagostino@uolsinectis.com.ar
Dr. Miguel Ángel López (U. de Chile)
- Dra. Leslie Wehner, GIGA. Correo: wehner@giga-hamburg.de
- Dr. José Luis Vázquez Sotelo, U. de Barcelona.
Correo: vazquezotelo@icab.es
- Dr. David Vallespín, U. de Barcelona.
Correo: dvallespin@ub.edu
- Dra. Carmen Calvo Sánchez, U. de Salamanca.
Correo: mina@usal.es
- Mg. Ricardo Reveco, Duke University, Estados Unidos.
Correo: rreveco@carey.cl
- Mg. José Ángel Rodríguez, U. Autónoma de Coahuila.
Correo: jocirdzc@hotmail.com
- Dr. Robalino Orellana, U. Andina Simón Bolívar, Ecuador.
Correo: jrobalino@pbplaw.com
- Dr. Patricio Carvajal, Pontificia Universidad Católica de Chile.
Correo: ccarvajal@uc.cl
- Sr. David Cienfuegos, U. Nacional Autónoma de México.
Correo: davidcienfuegos_unam@yahoo.com.mx
- Dr. Lorenzo Bujosa, U. de Salamanca. Correo: lbujosa@usal.es
- Dra. Florabel Quispe, U. Carlos III de Madrid.
Correo: fquispe@der-pu.uc3m.es
- Dr. Raúl Letelie, U. Alberto Hurtado, Chile.
Correo: rletelie@uahurtado.cl
- Dr. Álvaro Pérez Ragone, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo: alvaro.perez@ucv.cl
- Irma Isabel Lovera de Sola, U. Católica Andrés Bello, Venezuela.
Correo: irmalovera@gmail.com
- Ulf Christian Nordenstahl, Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (UCES), Universidad de la Matanza, Argentina.
Correo: ceiras@justierradelfuego.gov.ar
- Dr. Alex van Weezel, U. de Los Andes, Chile.
Correo: avanweezel@claro.cl
- Dr. Joan Trayter, U. de Girona, España.
Correo: joan.trayter@udg.edu
- Dr. Francisco Ortego Pérez, U. de Barcelona, España.
Correo: fortego@ub.edu
- Dr. José Martín Pastor, U. de Valencia, España.
Correo: jomapa@uv.es
- Ph. D. Juan Pablo Luna, Pontificia Universidad Católica, Chile.
Correo: jpluna@icp.puc.cl
- Alfonso Donoso, Pontificia Universidad Católica, Chile.
Correo: aldonoso@uc.cl
- Claudia Heiss, Universidad de Chile.
Correo: claudia_heiss@hotmail.com
- María Inés Suárez, Universidad de Morón, Argentina.
Correo: marinesmediadora@gmail.com

Ediciones Universidad Católica de Temuco

Dirección General de Investigación y Postgrado
Manuel Montt 056, Temuco
editorial@uctemuco.cl

Coordinadora Ediciones UC Temuco

Andrea Rubilar Urra

Coordinadora Revista

Gabriela Obregón Siegmund

Dirección Revista

Manuel Montt 056, Campus San Francisco, edificio E, tercer piso
Teléfono: (56-45) 205 317/ Fax: (56-45) 205 497
Correo electrónico: derechoycienciapolitica@uct.cl

Diseño Portada

Daniel Ferrera Leiva

Diagramación e impresión:

Alfabeta Artes Gráficas: Carmen 1985, Fono: 364 9242



ÍNDICE

5	PRESENTACIÓN
	ARTÍCULOS CIENTÍFICOS
	• DERECHO
9	NOTAS SOBRE EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA PABLO MARSHALL BARBERÁN
37	LA “REINTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL” DE LA APRECIACIÓN EN CONCIENCIA DE LA LECrim. ESPAÑOLA DR. DAVID VALLESPÍN PÉREZ
49	EL MODELO DE POLICÍA COMUNITARIA: EL CASO CHILENO CYNTHIA LABRA DÍAZ
63	AUTORES Y PARTÍCIPIES EN EL TRÁFICO DE SUSTANCIAS ILÍCITAS... ¿DELINCUENTES O ENEMIGOS? CHRISTIAN SCHEECHLER
	• CIENCIA POLÍTICA
85	JÜRGEN HABERMAS, DEMOCRACIA, INCLUSIÓN DEL OTRO Y PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL DESDE LA ÉTICA DEL DISCURSO JORGE ARAYA ANABALÓN
	• CREA
101	DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA EN ARBITRAJES SURGIDOS DE TRATADOS DE INVERSIÓN FRANCISCO ENDARA FLORES
119	SOBRE NOSOTROS
121	NORMAS DE REDACCIÓN

PRESENTACIÓN

La Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política llega puntual a su compromiso con la ciencia. Este tercer ejemplar, primer número del año 2011, cuenta con destacados trabajos que han de contribuir al desarrollo del conocimiento.

Con una ligera predominancia disciplinaria penal, el presente volumen reafirma su carácter marcadamente misceláneo que pretende satisfacer a un mayor número de lectores de la comunidad jurídica y, específicamente, del foro. Seguimos trabajando con la firme convicción de convertirnos en un referente científico que consiga resultar atractivo tanto para académicos como para litigantes y demás operadores jurídicos.

Una vez más, por lo tanto, invitamos a toda la comunidad a contribuir con el crecimiento y desarrollo de este proyecto, reiterando nuestro llamado al envío de originales que ayuden a ir colmando parcelas de la ciencia política o la ciencia jurídica que todavía necesitan ser investigadas para la satisfacción de la curiosidad que resulta inherente al ser humano.

Por otra parte, como resulta tradicional en estas líneas, avanzaremos algunos de los horizontes a los que estamos dirigiendo nuestros esfuerzos: una de las líneas maestras de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Temuco es la revitalización del área de extensión y vínculo con la comunidad. Precisamente, la revista de esta Casa de Estudios cumple con el objetivo de acercar a la Universidad a nuestro entorno. En este contexto, esperamos contar en próximos números con artículos científicos que provengan de los resultados de investigaciones promovidas en el seno de jornadas, conferencias y seminarios... Además, en esta misma línea barajamos la idea de incorporar un nuevo apartado en el que se publique la mejor tesis de pregrado. Hace tiempo que la tesis decimonónica ha sido desterrada de nuestro modelo educativo por un trabajo más breve, específico, científico y, como no podría ser de otro modo, jurídico al estilo de un artículo de investigación. Uno de los medios de promover la generación de conocimiento y el esfuerzo más allá de los límites de la malla curricular es premiar al mejor trabajo científico.

DR. JORDI DELGADO CASTRO
Director de la Revista

ARTÍCULOS CIENTÍFICOS



DERECHO

NOTAS SOBRE EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA

NOTES ABOUT THE CONTENT OF DEMOCRATIC PRINCIPLE

PABLO MARSHALL BARBERÁN¹

Resumen:

El presente trabajo busca exponer aspectos sustantivos del principio de la democracia. Para ello se vale de las importantes investigaciones que, inspirado en la metodología de Carl Schmitt, E.W. Böckenförde ha realizado sobre el contenido y alcance de la cláusula democrática en el derecho constitucional positivo. Para ello se realiza una pequeña explicación del rol que cabe a la democracia en la teoría de las formas de gobierno para después tratar el fundamento, rol y aplicación que tiene el principio de la democracia como principio constitucional reconocido en el ordenamiento jurídico. Se finaliza con una breve aplicación de la teoría al caso del sistema jurídico chileno.

Palabras clave: Democracia, constitución, igualdad, libertad.

Abstract:

This paper seeks to expose the substantive aspects of the principle of democracy. It focuses, in the important research, inspired by the methodology of Carl Schmitt, that EW Böckenförde been made about the content and scope of the democratic clause in positive constitutional law. To that objective, was make a brief explanation of the role that have democracy in the theory of forms of government. After that was explain the foundations, role and application of the principle of democracy as a constitutional principle recognized in legal system. It ends with a brief application of this theory to the case of the Chilean legal system.

Key words: *Democracy, constitution, equality, freedom.*

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Correo: pmarshall@uach.cl

1. Introducción

Carl Schmitt es una figura polémica. Ello se debe, además de su académicamente irrelevante adhesión al régimen nacionalsocialista, a que las ideas vertidas en sus obras son también polémicas. Sin embargo, no existe duda que Schmitt fue y continúa siendo una de las más influyentes figuras del derecho público. Uno de los pocos que en Alemania ha intentado rescatar sus ideas, y lo ha hecho de una manera notable, ha sido E.W. Böckenförde.

El estudio llamado “La democracia como principio constitucional”, contenido en sus Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, es quizás el mejor artículo jurídico sobre la democracia jamás escrito y sin duda uno de los mejores textos sobre derecho constitucional que pueden encontrarse en idioma castellano. Este trabajo está no solo inspirado en dicho estudio, sino que pretende ser una revisión del mismo, un intento de introducir sus ideas a la comunidad jurídica nacional y finalmente evaluar la plausibilidad de aplicar las ideas en él contenidas al derecho constitucional chileno.

Teniendo lo anterior en consideración, pretende presentarse el principio de la democracia como principio constitucional. Para ello, la exploración debe comenzar con el lugar que cabe a la democracia como forma de gobierno, frente a sus alternativas. El fundamento de la democracia y su forma representativa constituye un antecedente ineludible para entender cuál es la forma en cómo opera la democracia como principio constitucional. Luego, se revisarán las maneras de legitimación democrática, que pretenden implementar el principio democrático como un principio con fuerza normativa, para finalizar considerando cuál es la interpretación y la aplicación que puede tener la idea de legitimación democrática bajo la regulación de la Constitución Política de Chile.

2. República, aristocracia y monarquía

El principio de la democracia está presente en todas y cada una de las constituciones occidentales y se ha transformado, desde el imperio de la soberanía popular, en el principio que domina la organización y ejercicio del poder del Estado.

Si bien en la distinción fundamental de las formas de gobierno se diferencia claramente, en función de quién ejerce el gobierno del Estado, entre monarquía, aristocracia y democracia, el principio constitucional de la democracia ha coexistido con otros principios constitucionales que aparentemente aparecen como su negación, como el principio aristocrático y el monárquico.

Primero, se revisará una tipología de las clasificaciones relacionadas con el go-

bierno, para a continuación revisar un concepto de monarquía y de aristocracia, que luego servirán para complementar una explicación de cómo los principios en que dichas formas de gobierno se fundan pueden existir en el Estado democrático.

a) Clarificaciones en torno a las formas de gobierno

Existen numerosas clasificaciones de los gobiernos, y la terminología empleada en cada una de ellas dista de ser unívoca. Pueden reconocerse al menos tres clasificaciones que tienen relevancia constitucional:

(1) la clasificación de Aristóteles, entre monarquía, aristocracia y democracia, en atención a quienes ejercen el poder del Estado y entre estas mismas respecto a sus versiones degeneradas. Nada mejor que leer al propio Aristóteles: “Ya que constitución y gobierno significan lo mismo y el órgano de gobierno es el poder soberano de la ciudad, es necesario que el poder soberano sea ejercido por una persona o unos pocos o la mayoría. Cuando el uno, pocos o la mayoría ejercen el poder en vista del interés general, entonces forzosamente esas constituciones serán rectas, mientras que serán desviaciones los que atienden al interés particular de uno, de pocos o de la mayoría [...]. Tenemos la costumbre de llamar *monarquía* al gobierno unipersonal que atiende al interés general, y *aristocracia* al gobierno de pocos [...] cuando se propone el bien común; cuando es el mayor número el que gobierna atendiendo al interés general recibe el nombre común a todas las constituciones *politia* [...] Las degeneraciones de las mencionadas formas de gobierno son: la *tiranía* de la monarquía, la *oligarquía* de la aristocracia, y la democracia de la *politia*. La tiranía, en efecto, es una monarquía orientada hacia el interés del monarca, la oligarquía hacia el interés de los ricos y la democracia hacia el interés de los pobres. Pero ninguna de ellas atiende al provecho de la comunidad (1279 a-b)”²;

(2) la clasificación de Maquiavelo, entre monarquía y república, también atiende a cuántos ejercen el poder del Estado, si es solo uno o varios. La clave de la distinción, que asocia en la categoría república al gobierno de pocos y de muchos, es la de si existe necesidad de algún procedimiento para determinar la voluntad del gobierno o solo depende de la voluntad de la persona del monarca. En ese sentido en la república se requieren reglas para la toma de decisiones, las que no están presentes, según Maquiavelo, en la monarquía³; y

(3) la clasificación de Montesquieu, entre monarquía, república y despotismo, recogiendo la distinción de Maquiavelo, pero agregando la tercera categoría que es predicable de la forma de gobierno sin límites. En palabras del propio Montesquieu:

² Aristóteles, La Política, citado en Bobbio, Norberto, La Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político: año académico 1975-1976, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 34.

³ Bobbio, Norberto, obr. cit. p. 65.

“Hay tres especies de gobiernos: el republicano, el monárquico y el despótico [...] Supongo tres definiciones, mejor dicho, tres hechos: uno, que el gobierno republicano es aquel en que todo el pueblo, o una parte de él, tiene el poder supremo; otro, que el gobierno monárquico es aquel en que uno solo gobierna, pero con sujeción a las leyes fijas y preestablecidas; y por último, que en el gobierno despótico el poder también está en uno solo, pero sin leyes ni frenos pues arrastra a todo y a todos tras su voluntad y caprichos”⁴.

Por otro lado, no debe confundirse la teoría de las formas de gobierno, con las formas de Estado (Estado unitario o federal) ni con los regímenes de gobierno (parlamentario o presidencial), no obstante existir numerosas conexiones entre ellas.

b) Monarquía

La monarquía, según Silva, es la “forma de gobierno en que el poder supremo corresponde con carácter vitalicio a un príncipe, designado generalmente según orden hereditario y a veces por elección”⁵.

De este concepto pueden desprenderse las siguientes características, que pueden ser matizadas o criticadas: (a) La atribución al monarca del *poder supremo*. Esta atribución debe ser entendida como el poder del gobierno del Estado; (b) *Vitalicio*. El carácter vitalicio de la monarquía comprende la duración del gobierno del monarca por toda su vida. En esta característica está implícita la idea de que el monarca es irresponsable políticamente; y (c) *Hereditario o electivo*. La elección ha quedado limitada a casos marginales en las que el elemento hereditario está también presente.

La monarquía según Carl Schmitt puede tener diversas formas de justificación. Así, puede tener (1) una fundamentación religiosa que asimila al monarca con Dios o lo vincula de manera relevante; (2) una fundamentación que encuentre su fuente en la identidad entre el monarca y el padre de familia; (3) una fundamentación que se encuentra en el poder económico o patrimonial del monarca; o (4) puede basarse en el liderazgo de un caudillo que es requerido para satisfacer la necesidad de gobierno de una organización estatal⁶.

Sin embargo, el más importante caso de monarquía en la actualidad es el caso de las monarquías con base democrática, que descansan sobre la forma de legitimación de la soberanía popular y que tienen en el monarca nada más que un órgano constitucional que ejerce la jefatura del Estado.

⁴ Bobbio, Norberto, obr. cit. p. 126.

⁵ Silva, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1963, p. 238.

⁶ Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 1983, pp. 275-276.

Ello, evidentemente, no recibe su justificación en una de las formas teológica o patriarcal de justificación de la monarquía. Se puede justificar la existencia del monarca, como jefe de Estado, apelando a la teoría del poder neutro, que hizo famosa Schmitt. Cuando el jefe del Estado tiene garantizado su poder, la lucha política en la democracia no se llevará de manera tan extrema, en la medida que el más importante cargo dentro del Estado está ocupado de manera indefinida. La justificación reside en que el monarca está “por encima de los partidos” y se convierte en un poder neutral que tiene como finalidad ser el moderador de la vida política dentro del Estado y ser el representante de la unidad política del Estado⁷.

El principio democrático coexiste con la pervivencia de un monarca constitucional en numerosos países de Europa. Ello no implica actualmente que la democracia compita con la monarquía, como principio de legitimación del poder del Estado, sino que implica, más tímidamente, que el monarca conserva algunas atribuciones constitucionales. Esas atribuciones normalmente tienen un origen histórico y se expresan en la evolución institucional ininterrumpida de la monarquía constitucional hasta la democracia. Si bien el monarca en la democracia conserva un papel que puede ser presentado como meramente simbólico, y que se limita a dar cuenta de una tradición nacional o cultural que es asumida por la constitución. Pero también puede atribuírsele un rol institucional más relevante, que solo puede ser entendido cuando se entiende la distinción entre jefe del Estado, que puede ser ocupado por el monarca o por un funcionario electo, y jefe del gobierno, que en una democracia solo es admisible que sea ocupado por un funcionario electo.

Si se hace una abstracción, puede concluirse que la existencia en una república de un jefe de Estado como órgano unipersonal está inspirada en el principio monárquico.

c) Aristocracia

La aristocracia existe, señala Silva, “cuando el grupo de hombres que se han impuesto por los talentos, virtudes o servicios prestados a la colectividad [...] consolidan su prestigio y aseguran el uso y la continuidad del poder político mediante el privilegio de ser ellos mismos o sus descendientes llamados por derecho a ejercer las funciones públicas”⁸.

La aristocracia está ligada internamente con la idea de privilegio. La aristocracia como forma de gobierno atribuye alguna clase de privilegio en el acceso o el ejercicio del poder del Estado a los individuos que poseen una característica que los diferencia de los demás. La idea de este privilegio, como se verá más adelante, está

⁷ Schmitt, Carl, obr. cit. pp. 277-279.

⁸ Silva, Alejandro, obr. cit. p. 241.

en una posición contradictoria con la idea de igualdad política, que es una base fundamental y un principio complementario de la democracia como forma de gobierno. La igualdad política implica que no existen privilegios. Allí donde las instituciones estatales consagran alguna clase de privilegios políticos, existe una erosión de la democracia, que debe estar justificada debidamente.

La recepción del principio aristocrático en el Estado democrático se ha realizado principalmente a través de la adopción del bicameralismo: una estructuración del parlamento en dos cámaras. La idea del bicameralismo, al menos en su origen, se fundó en la idea de dividir al órgano legislativo en dos, para controlar el poder de la democracia. La cámara baja estaría compuesta por representantes del pueblo, la cámara alta estaría compuesta por representantes, que con exclusividad, pertenecieran a las clases más acomodadas. Ello encuentra una abierta tensión entre el bicameralismo, fundado en la aristocracia, y el principio democrático. El respeto irrestricto de la democracia exige la representación del pueblo y nadie más que el pueblo. Siendo el unicameralismo el sistema de organización del órgano legislativo que se concilia mejor con la democracia.

Esa tensión ha tendido a eliminarse, sin embargo, mediante la adopción de un parlamento unicameral, o de la eliminación de la representación aristocrática de la segunda cámara. Con todo, esta última alternativa no está desprovista de un contenido limitativo de la democracia. Por tres razones: primero, porque la democracia consiste en el gobierno del pueblo como unidad política, y la existencia de dos representaciones, cualquiera sea su clase, erosiona la representación de esa unidad; segundo, porque el bicameralismo ha conservado vigencia, más allá del principio aristocrático, como una forma de organización propia del Estado de derecho que pretende, deliberadamente, imponer límites a la democracia; y tercero, porque en la estructura de los sistemas bicamerales, cuando no se fundan en una representación especial, tienden a conservar cierta identidad aristocrática. Ejemplo de ello es la mayor edad que se exige para acceder al Senado (art. 48 *vis-à-vis* art. 50 CPol) o el menor número de integrantes de este (art. 47 *vis-à-vis* art. 49 CPol).

d) Democracia y república

La república es algo distinto a la democracia, como ya se ha visto en las reflexiones preliminares. La relación de la república con la democracia dependerá del concepto de república que se presente.

Un *concepto formal* de república se define por la relación de negación que tiene con el concepto de monarquía⁹. El concepto formal de república dice relación con una jefatura del Estado no monárquica. De una manera más general, puede decirse que en

⁹ Schmitt, Carl, obr. cit. p. 221.

la república, de manera opuesta a la monarquía, las autoridades políticas deben cumplir con dos principios: (1) principio de la temporalidad, que exige que las autoridades solo desempeñen sus funciones durante un periodo de tiempo limitado; y (2) el principio de electividad, que exige que las autoridades sean elegidas y que su investidura no dependa de un régimen hereditario del titular del cargo, sino de una elección¹⁰.

Algunos postulan que además debe atenderse al principio de responsabilidad, que es aquel que exige que los titulares de los órganos del Estado respondan ante el pueblo por sus actuaciones¹¹. Sin embargo, el principio de responsabilidad está implícito, al menos en lo que respecta al jefe de Estado, en su elección por parte del pueblo durante un periodo de tiempo determinado¹².

En una república democrática el órgano que ejerce la jefatura del Estado es sometido a las reglas de elección democráticas. Sin embargo, el principio de la democracia no se ve afectado de manera relevante por la existencia de un “vértice monárquico” dentro de un sistema que admite e implementa el principio de la democracia de manera relevante, por ejemplo, en un Estado democrático con un jefe de Estado hereditario¹³.

El concepto material de república exige una clara dirección del Estado respecto a perseguir objetivos comunes y a pensar en lo que es mejor para la comunidad política. El republicanismo, en este sentido, se presenta como una alternativa al liberalismo, al plantear una justificación diversa del Estado, ya no en la persecución de las condiciones que posibiliten la búsqueda y consecución del plan de vida individual, sino en la búsqueda y realización del plan de vida en común, presentando especiales objeciones a la incorporación de intereses individuales en el discurso público y especialmente en la influencia o dominación del Estado por parte de un grupo o individuo¹⁴.

¹⁰ Roldán lo describe de la siguiente manera: “La división de los gobiernos en monárquicos y republicanos se ha fundado en la naturaleza del título de donde deriva su autoridad el jefe del estado. / En la monarquía este título es hereditario, mientras que en las repúblicas procede de la elección. Otra diferencia, no menos importante, consiste en que el monarca gobierna por toda la vida, al paso que el funcionario que desempeña la primera magistratura en las repúblicas, no permanece en el poder sino por un tiempo limitado”. (Roldán, Alcibíades, Elementos de Derecho Constitucional de Chile, Imprenta Lagunas & Co., Santiago, 1924, p. 51.). También véase Lastarria, José Victorino, Elementos de Derecho Público 1865, p. 50.

¹¹ Vivanco, Ángela, Curso de Derecho Constitucional, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 84.

¹² Ello, a menos que se esté dispuesto a justificar que la irresponsabilidad del jefe de Estado es una nota esencial de la forma de gobierno monárquica.

¹³ Böckenförde, Ernst Wolfgang, La democracia como principio constitucional, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 127.

¹⁴ Sobre el republicanismo, véase Ovejero Lucas, Félix; Martí Màrmol, José Luis; Gargarella, Roberto, Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad, Paidós Ibérica, Barcelona [etc.], 2004; Pettit, Philip, Republicanismo, una teoría sobre la libertad y el gobierno, Paidós, Barcelona, 1999.

La relación de la democracia con el republicanismo estará condicionada a las ideas imperantes dentro de la comunidad política de que se trate. Es en ese sentido, contingente. Es tan posible hablar de una democracia liberal como de una democracia republicana.

Un concepto material de república, sin embargo, plantea muchos más problemas de determinación y no se plantea como un concepto propio de la dogmática constitucional, sino que de la teoría de la justicia política. Es en ese sentido que la alusión a la forma republicana que la Constitución Política realiza al señalar que "Chile es una república democrática" (art. 4º CPol) tiende a asociarse con un concepto formal de república¹⁵.

3. Fundamentos de la democracia

La democracia como principio constitucional de organización y ejercicio del poder del Estado se afirma en dos ideas fundamentales: la libertad política y la igualdad política.

La democracia es en sí misma la afirmación del ejercicio libre del gobierno por parte del pueblo, no sujeto a límites o restricciones. En ese sentido, la integración de otros bienes o fines ajenos a la libertad del pueblo de autogobernarse, no parecen ser aceptados por el principio de la democracia. Así, la protección de los derechos fundamentales en general, no forma parte de la democracia. Tampoco forma parte de la democracia, la consecución de bienestar y crecimiento económico. No puede, de esta manera, afirmarse que la democracia es un medio o instrumento para lograr un fin que sea distinto a la realización misma de la democracia como libertad e igualdad del pueblo¹⁶.

a) La libertad política

La libertad política puede ser objeto de confusión. La libertad política hace referencia a la ausencia de restricciones para la formación de la voluntad del pueblo. Pero la autonomía de voluntad del pueblo parte de la base, de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos. En este sentido, la democracia aparece como un modelo que equilibra la calidad de ciudadano como destinatario del poder del Estado, pero que, al mismo tiempo, encuentra en la voluntad de los mismos que se encuentran sometidos él, su fundamento y ejercicio¹⁷.

¹⁵ Schmitt, Carl, obr. cit. p. 221.

¹⁶ Cft. Barros, Enrique, La democracia como forma del poder: un enfoque normativo /en/ Estudios Públicos, Nº 26, 1987.

¹⁷ Böckenförde, Ersnt, obr. cit. p. 77.

(i) Los derechos fundamentales democráticos

El tránsito de la autonomía del individuo a la autonomía de la comunidad política es un proceso que está mediado por la garantía fundamental de la libre participación individual en el proceso de decisión colectiva. Esa mediación está institucionalizada en los derechos fundamentales democráticos como “aseguramiento de las condiciones procedimentales de formación de la voluntad política”¹⁸. Primariamente, el voto y el acceso a los cargos públicos (art. 13 CPol), como medios directos de producción de la voluntad colectiva. Secundariamente, la libertad de expresión, información y prensa (art. 19 N° 12 CPol), la libertad de reunión (art. 19 N° 13 CPol) y la libertad de asociación (art. 19 N° 15 CPol), que constituyen fórmulas que garantizan la posibilidad de que dichos medios primarios efectivamente canalicen la voluntad individual a la voluntad colectiva, mediante la formación de opinión pública libre como base de la decisión política¹⁹.

(ii) La libertad política y la democracia como principio formal

La libertad política tiene, como autonomía colectiva ya configurada, la “facultad de disposición sobre el orden político y jurídico”. En ese sentido, no está vinculada por contenido alguno y solo dice relación con la contingencia que tales contenidos presentan a la luz de la posibilidad de renovarlos, eliminarlos o mantenerlos. La libertad política como autonomía colectiva es vacía de contenido y, por tanto, solo una libertad formal, abierta a las posibilidades y contingencias.

La democracia como concreción permanente de la libertad política, asegura la revisabilidad de las decisiones políticas anteriores, y en ese sentido, debe conformarse un estado de cosas que ponga límite a las interferencias externas al proceso de formación de voluntad. Esas interferencias vienen dadas fundamentalmente por la intervención de poderes de facto que actúan en representación de concepciones o intereses particulares, y que puede llegar a generar la exclusión de la participación de un grupo determinado o de la comunidad entera, por ejemplo, las interferencias provenientes de los medios de comunicación o de los partidos políticos²⁰.

La libertad política como fundamento de la democracia no exige la garantía de otros derechos fundamentales que no sean los aquí denominados democráticos. Esa exigencia está planteada por el principio del Estado de derecho, que en ese sentido limita y colisiona con la democracia²¹. Lo mismo sucede con los arreglos institucio-

¹⁸ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 81.

¹⁹ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p.78.

²⁰ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p.82.

²¹ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p.80. La noción formal de la democracia, que hasta aquí se ha planteado se enfrenta a una noción sustancial de democracia, también denominada democracia constitucional.

nales que se justifican en la protección de determinados objetos o bienes constitucionales, como por ejemplo, el sistema de quórum diferenciado o dificultado para la dictación de leyes consideradas importantes (art. 66 CPol) o de la distinta dificultad de reforma para distintos capítulos de la Constitución Política (art. 127 CPol). El objetivo de dichos arreglos institucionales puede describirse de la siguiente forma: “Impedir una ‘revolución legal’, esto es, una transformación que destruya por medios legales los fundamentos del orden político y jurídico, y por eso pretenden vincular jurídicamente también a generaciones futuras. Son en realidad un signo de que la comunidad política [...] ha perdido la confianza en sí misma”²².

Puede asociarse esta clase de trabas con la limitación de la expresión del pueblo. Ello puede repercutir, de forma traumática, en el desborde de la expresión del pueblo respecto de los cauces institucionalmente establecidos. En la medida que una organización democrática considere adecuadamente la libertad del pueblo de decidir su destino, la expresión de la soberanía del pueblo, como expresión del poder político de aquel, expresada a través de las formas que no se adecuan a la constitución vigente, tenderá a ser canalizada o refrenada²³.

(iii) Pluralismo político y sus límites

El pluralismo político puede ser entendido como una consecuencia necesaria de la libertad política en una democracia. El pluralismo político exige que los más diversos puntos de vista puedan ser expresados y sostenidos en el discurso público. En este sentido, el pluralismo político está estrechamente relacionado con los derechos fundamentales democráticos, en especial la libertad de expresión y de asociación. En relación con esta última, particular interés tiene comprender cómo el principio del pluralismo político afecta la existencia y actuación de los partidos políticos.

Esta noción sustancial se configura por la combinación de la democracia con otros elementos, típicamente pertenecientes a la doctrina del Estado de derecho. Por ejemplo, se señalan como elementos integrantes de la democracia, en este sentido sustancial, a los derechos fundamentales y a la separación de funciones entre los órganos del Estado.

La configuración del Estado moderno como Estado de derecho democrático o como Estado democrático constitucional, considera la combinación de los principios de la democracia y del estado de derecho. Sin embargo, considerar que los elementos integrantes del Estado de derecho forman parte de la democracia puede conllevar a equívocos.

El más importante de todos es aquella carga de argumentación que se establece a favor de una decisión democrática. Las limitaciones que pretendan implementarse frente a una decisión de ese tipo, tienen necesariamente que estar fundadas, ya en la propia protección de la democracia o en la protección del principio de Estado de derecho. Este principio, como un principio que pretende limitar el poder del Estado frente a la esfera individual, consiste en un recurso lícito en una argumentación que pretenda poner límites a la democracia.

²² Böckenförde, Ersnt, obr. cit.

²³ Véase Marshall, Pablo, La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional /en/ Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 35, 2010.

El principio del pluralismo político considera que todos los partidos, grupos y tendencias políticas pueden buscar hacerse del gobierno. El Estado debe abstenerse de interferir y debe favorecer la mayor y más diversa expresión y representación política, así como la libre constitución y desarrollo de grupos y partidos políticos.

El pluralismo está exigido por la libertad y igualdad política. Por la libertad, en la medida que la expresión de todas las alternativas es necesaria para la libre determinación del pueblo en la búsqueda de la mejor de ellas, así como por la necesidad de la formación de la voluntad colectiva, medida por el establecimiento de derechos fundamentales democráticos. Es exigida por la igualdad política porque considerar alguna alternativa como inviable sería no tener en cuenta como iguales a aquellos que la sostienen.

El principio del pluralismo se puede encontrar limitado. Tal limitación puede dar paso a diferentes modelos de pluralismo limitado, en los cuales se pone coto a la libre asociación y expresión de alternativas políticas que atenten contra o intenten eliminar a la democracia misma. Así, pueden encontrarse modelos de limitaciones fundadas en la expresión de violencia política por parte de grupos organizados, típicamente en la forma de proscripción del terrorismo (art. 9° CPol). Luego, pueden encontrarse modelos de limitaciones directamente dirigidos a censurar y proscribir las ideas o opiniones políticas que se presenten contrarias a la democracia (art. 19 n° 15 inc. 6°)²⁴.

La limitación del pluralismo estará justificada cuando se presente como la garantía de la democracia frente a un peligro grave o a su destrucción. No se encontrará justificada, allí donde los límites constituyan solamente barreras legales para la participación de grupos políticos disidentes, como fue el caso del texto original de la Constitución Política²⁵. Dicho artículo fue reemplazado por el actual 19 N° 15 inc. 6°, que establece: "La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad".

²⁴ Molina, Hernán, *Instituciones Políticas*, LexisNexis, Santiago, 2006, pp. 176-182.

²⁵ El antiguo artículo 8° establecía: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República (inc. 1°). / Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales (inc. 2°)".

Respecto a este artículo, es difícil sostener que la proscripción, solo de posiciones políticas y no de actos pueda ser amparada por el pluralismo político. En ese sentido, existe una tensión evidente entre el encabezado y el resto del inciso.

B) La igualdad política

Al igual que con la libertad política, la igualdad política está íntimamente ligada a la democracia. La igualdad política se implica en el concepto de democracia en la medida que exige que no sean solo algunos quienes sean considerados como punto de partida para la formación de la voluntad general, sino que sean *todos*. La libertad política debe ser asegurada a todos los integrantes del pueblo y debe serlo de igual manera²⁶.

La igualdad política específicamente exige la garantía de la igualdad de oportunidades para acceder al poder político y de manera concreta, de iguales derechos de participación. Solo la igualdad de derechos de participación puede garantizar la igualdad de oportunidades de influencia en el proceso de formación de la voluntad política del pueblo²⁷.

La igualdad política, al igual que la libertad política, se restringe al ámbito de la "participación en la formación de la voluntad política" y no exige la igualdad ni la libertad de otros ámbitos de la vida social²⁸. Sin embargo, bien entendida, la igualdad política parece descartar todos los obstáculos para la realización de la igualdad en otros ámbitos de la vida social. La búsqueda de la igualdad social puede convertirse en el contenido de la política democrática, que como se señaló es, en un principio, vacía de contenido²⁹.

El criterio para la aplicación de la igualdad política es la calidad de ciudadano. Esto es, la pertenencia a la comunidad política o pueblo. Se imputa a la igualdad política, en este sentido, dos caracteres: uno estrictamente formal y otro de carácter material.

(i) Igualdad política formal y sustancial

La igualdad política formal consiste en la asignación de los mismos derechos políticos a cada ciudadano. En ese sentido, la asignación de un voto a cada ciudadano, suprimiendo además cualquier diferencia de ponderación o valor posible, viene exigida por razones de igualdad política. Cualquier privilegio es contrario a

²⁶ Böckenförde, Ersnt, obr. cit. p. 82; Schmitt, Carl, obr. cit. p. 224.

²⁷ Böckenförde, Ersnt, obr. cit. p. 83.

²⁸ Cft. Schmitt, Carl, obr. cit. p. 223.

²⁹ Böckenförde, Ersnt, obr. cit. p. 83.

la igualdad democrática y por tanto solo es admisible por razones de peso. En este sentido no solo el derecho a sufragio debe estar determinado por la igualdad política, sino la configuración del sistema electoral: cada voto debe valer igual (art. 15 CPol), tanto aritméticamente como efectivamente³⁰. Lo mismo es predicable del sistema de partidos políticos, en el que se debe garantizar la igual libertad de participación y la igualdad de oportunidades de estos, en cuanto mediadores de la voluntad de los ciudadanos en el Estado y de los representantes del pueblo ante el parlamento³¹.

Por otro lado, se habla de la faz sustancial de la igualdad política cuando esta se predica solo de los ciudadanos y entre los ciudadanos. Las demás personas carecen de la particular condición que los hace merecedores de la libertad política: “Los ciudadanos saben ‘iguales’ y de acuerdo sobre cuestiones de principio del orden político; consideran la experiencia y la vivencia de sus conciudadanos como algo no existencialmente distinto o extraño, y están dispuestos sobre esta base a compromisos y a una aceptación leal de la decisiones de la mayoría”³².

Esta es la dimensión en la que la igualdad política y la igualdad general se muestran claramente diversas. La igualdad política exige la asignación de iguales derechos políticos. La igualdad general solo exige la asignación de los derechos que son reconocidos por la comunidad a todas las personas, independiente de su calidad de ciudadano. En esta posición se encuentran los extranjeros y los no ciudadanos. El futuro de la relación del extranjero con la comunidad política marcará también el futuro de la igualdad que le será asignada a su estatus³³.

(ii) Identidad y liderazgo: la solución de la tensión entre identidad y representación

Si se comprende que el principio de la identidad exige que en la democracia sea el pueblo quien ejerce el poder del Estado sobre sí mismo, se necesita una explicación para la conciliación entre la igualdad y la identidad con la forma representativa de democracia.

De la igualdad política se sigue que no hay diferencias entre gobernantes y gobernados. Lo que normalmente se presenta como una diferencia es en realidad una situación, el gobernante ocupa un cargo o función dentro del Estado, el gobernado no. Eso no es suficiente para afirmar que no hay una identidad entre los gobernantes y los gobernados; ambos son igualmente ciudadanos y no son más que eso. La naturaleza transitoria del ejercicio de cargos públicos y la responsabilidad que puede perseguir-

³⁰ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 84-85. En este sentido las barreras electorales afectan el principio de igualdad política.

³¹ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 85-86.

³² Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 88.

³³ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 86-88; Schmitt, Carl, obr. cit. pp. 224-230.

se por el pueblo garantizan la igualdad y la identidad, no permitiendo el ejercicio del dominio político por parte de personas o grupos más que de forma transitoria³⁴.

La característica igualdad e identidad entre gobernantes y gobernados, necesariamente acarrea el principio del liderazgo como principio de la atribución del gobierno en la democracia. Este se basa en el reconocimiento libre de los seguidores de un partido o candidato y, además, está sometido a la competencia por el liderazgo que, por cierto y dada la ausencia de un dominio asegurado institucionalmente, se mantiene como una competencia continuada³⁵. En términos de Schmitt: “La inevitable diferencia práctica entre gobernantes y gobernados no puede pasar a ser una distinción y singularización cualitativas de las personas gobernantes. Quien gobierna en una Democracia no lo hace porque posea las condiciones de una capa superior cualitativamente mejor [...] gobierna solo porque tiene la confianza del pueblo. No tienen ninguna autoridad nacida de una naturaleza especial [...]. Aquellos que gobiernan se diferencian *a través* del pueblo, pero no *frente* al pueblo [...]”³⁶.

4. La democracia como democracia representativa

Existen dos concepciones de democracia, que pretenden encarnar la idea expresada en el concepto de democracia como gobierno del pueblo. Ellas son la democracia directa y la democracia representativa.

La democracia directa puede ser presentada como la aplicación plena o estricta del principio de identidad entre gobernantes y gobernados³⁷. Los destinatarios del poder del Estado deben ser los mismos (allí la identidad) que quienes ejercen el poder de decidir. Entre gobernantes y gobernados no hay nadie que pueda reclamar un autoridad propia frente al pueblo³⁸.

Por otro lado, la democracia representativa consiste en la forma de gobierno cuya legitimidad se basa en la autorización que el pueblo realiza para que el poder del Estado sea ejercido por órganos que actúan por sí mismos.

³⁴ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 89-90; Schmitt, Carl, obr. cit. p. 232.

³⁵ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 91-92.

³⁶ Schmitt, Carl, obr. cit. pp. 232-233.

³⁷ Schmit, Carl, obr. cit. pp. 246 y ss.

³⁸ Böckenförde, Ersnt, obr. cit. p. 134.

a) La democracia directa

La forma de la democracia directa reclama para sí, y esa idea es muy difundida, el título de ser la forma auténtica de democracia. Ello puede fundarse en al menos dos ideas: (i) el primer antecedente histórico en la democracia ateniense, en que las decisiones más relevantes eran tomadas por una asamblea en la que participaba todo el pueblo; y (ii) la idea de Rousseau de que la soberanía que reside esencialmente en el pueblo no es susceptible de ser representada.

Desde esta perspectiva, la introducción de agentes estatales representativos que asumen la dirección del Estado, incluso cuando reciben legitimación del pueblo y actúan a nombre de él, debe entenderse como un déficit democrático que solo es justificado por razones pragmáticas vinculadas a las circunstancias del Estado moderno, esto es, (i) la extensión de su territorio y (ii) su inmensa población³⁹. Esta tesis se vuelve relevante para la interpretación de la relación que hay entre las instituciones de democracia directa existentes en la democracia representativa, que en la medida que se perciben como un plus de democracia, deben ser preferidas frente a las instituciones representativas, cuando las razones pragmáticas lo permitan⁴⁰. Según esta concepción, la democracia representativa aparece como una forma inferior de democracia.

Böckenförde considera que esta tesis está expuesta a una crítica incontestable. Considera que la democracia directa no solo debe rechazarse por razones pragmáticas, sino porque tampoco es realizable, y en ese sentido ideal, desde un punto de vista teórico. Funda su crítica en tres ideas principales.

La primera, afirma que para entender cómo la voluntad del pueblo puede ser entendida como la voluntad de una unidad, esa voluntad solo puede ser manifestada como una respuesta a un estímulo. En la medida que el pueblo es una realidad sin forma y para su actuación directa requiere actualizarse en una forma. Esa forma está directamente determinada por el estímulo. Por ejemplo, la decisión del pueblo en una consulta popular estará determinada por cuál será la pregunta que el pueblo responderá. La cuestión de quién hace dicha pregunta no es, entonces, irrelevante.

³⁹ Molina expone que existe otro tipo de consideraciones pragmáticas, que se encuentra en que “los gobiernos deben abordar problemas de enorme complejidad, que requiere de conocimiento especializados y, al mismo tiempo, amplios y generales. Por consiguiente, esta formación científica, técnica y política no la tiene la generalidad de las personas. De ahí la necesidad que los gobernantes sean una selección de personas que, por su formación y competencia, aseguren la mayores probabilidades de acierto en el gobierno” (Molina, Hernán, obr. cit. p. 165). Esta clase de argumento es inadmisibles porque entiende que la tarea de gobernar es una tarea que solo puede ser abordada por una clase ilustrada de personas, lo que se funda, en última instancia, en la posibilidad de distinción y privilegio, idea excluida por el principio de igualdad política. La necesidad de mayor información de todo tipo es una necesidad del gobierno, pero eso habla que los representantes del pueblo no puedan recurrir para ese efecto a los analistas que estimen convenientes.

⁴⁰ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 135.

Siempre se requerirá, como en la democracia ateniense, alguien que haga la pregunta que el pueblo responde en la democracia directa. La cuestión de si ese sujeto puede ser cualquiera o debe ser alguien legitimado por la elección de la mayoría, constituye una primera razón, salvo que la respuesta no sea obvia, para afirmar que la representación democrática es ineludible⁴¹.

El segundo argumento es complementario del anterior. Los individuos que componen el pueblo tiene intereses plurales y su principal interés no está en la participación política. Luego, existe una tendencia a que grupos de interés, que están asociados en torno alguna clase de interés particular, intervengan en el espacio público de una manera activa. Entender la democracia directa como forma primaria de democracia, es conceder que los grupos de poder, guiados por la defensa de sus propios intereses, tienen un espacio suficiente para superponer esos intereses particulares al interés general: “El manto de la democracia directa vela la estructura oculta de la representación que se desarrolla en esta situación”, representación ya no del pueblo, sino de sectores del pueblo⁴².

La tercera y última idea que Böckenförde sostiene es la afirmación de que cualquier clase de organización colectiva, si quiere comprenderse como tal, necesita un aparato organizado de dirección. Para entender al pueblo como un ente colectivo que pueda afirmar su unidad, se requiere conferirle una organización que dirija su acción y permita unificar su voluntad: “Por su propia naturaleza, en ellas [las unidades políticas] se da de un modo continuo y con carácter necesario una relación entre pregunta y respuesta, entre la acción de unos pocos y la aprobación o reprobación de muchos”⁴³.

b) La democracia representativa

El principio de democracia establecido en las constituciones modernas está referido fundamentalmente a un modelo representativo. En este sentido, la referencia a la democracia no es a la democracia directa. La existencia de órganos representativos de dirección de la acción del Estado, que puedan actuar por sí mismos, es, por tanto, una necesidad de la forma de Estado democrática. Vista de esta forma, la democracia no es la cancelación del poder de los órganos del Estado, para darle ese poder al pueblo, sino que es “admitir la existencia de ese poder de dirección y de esos representantes, en conferirles estabilidad en lo posible, pero al mismo tiempo, en someterlos a legitimación democrática [...] para que su acción pueda valer como una acción autorizada por el pueblo y en nombre del pueblo [...]”⁴⁴.

⁴¹ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 136-137; Schmitt, Carl, obr. cit. pp. 269-271.

⁴² Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 138-139.

⁴³ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p.141.

⁴⁴ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp.142-143.

Böckenförde presenta tres elementos específicos para la organización de una democracia representativa: (a) “tiene que ser posible una permanente remisión el pueblo del poder de decisión y de dirección de los órganos representativos que actúan por sí”; (b) el poder de dirección de los representantes debe estar establecido como una competencia estatal limitada jurídicamente; y (c) dicho poder de decisión y dirección debe poder ser *corregido o contrapesado* directamente por el pueblo, ya sea retirando los representantes, ya sea mediante decisión directa sobre ciertos asuntos. Los instrumentos de democracia directa, en este modelo, se incorporan de manera excepcional como factores de equilibrio que corrigen y contrapesan⁴⁵.

c) Sobre la representación

La representación se implementa a través de la acción de los órganos representativos. Dicha acción no debe estar orientada por los intereses particulares de los titulares de los órganos, sino que debe estar orientada por la voluntad pública destinada a satisfacer las demandas del pueblo en su conjunto⁴⁶. Así, la acción representativa de los órganos del Estado debe ser determinada por la voluntad general, que no es una suma de los intereses particulares. Por ejemplo, la actividad del Presidente de la República debe estar orientada por la voluntad popular, que es encarnada, en la democracia representativa, en el concepto de opinión pública.

¿Cómo puede determinarse cuál es la voluntad del pueblo? Esa pregunta plantea la paradoja de necesariamente recurrir a la manifestación de los procesos de formación de la voluntad colectiva, pero sin incurrir en el error de entender que la voluntad general es la suma de la voluntad empírica de todos los ciudadanos integrantes del pueblo. La respuesta de Böckenförde, parece pasar por entender que es necesario un momento normativo, en la determinación de la voluntad general, que pasa no por actuar a nombre del pueblo, sino en interés del pueblo. En la medida que dicho interés no puede encontrar su base sino en la manifestación del pueblo de sus necesidades e intereses particulares, la crítica paternalista no puede ser ocupada contra esta idea⁴⁷. La representación significa, entonces, “la actualización y la manifestación de la identidad misma del pueblo, sita en los ciudadanos, y significa asimismo la actuación y la manifestación de una cierta idea, viva en la conciencia de los ciudadanos, sobre cómo deben tratarse las cuestiones generales y cómo debe llevarse a cabo la mediación entre las necesidades e intereses [particulares] y lo general”⁴⁸.

⁴⁵ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 143-144. La forma de la democracia representativa con instrumentos de democracia directa como formas de contrapeso y corrección, es a veces vista como una tercera forma de democracia diversa, denominada democracia semidirecta. Por ejemplo, Molina, Hernán, obr. cit. pp. 167-174.

⁴⁶ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 147-148.

⁴⁷ Pitkin, Hanna, El concepto de representación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 234.

⁴⁸ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 151.

El órgano representativo por excelencia es el parlamento. Sin embargo, en los sistemas de gobierno presidenciales, el Presidente de la República es también un representante del pueblo.

Todos los órganos representativos son representantes del pueblo y, en ese sentido, no representan a nadie más que al pueblo como unidad política⁴⁹. Pese a que los representantes sean elegidos por una fracción de los ciudadanos electores, dependiendo del sistema de circunscripciones electorales que se establezca, estos no representan a los electores que sufragaron por ellos, ni siquiera a todos los ciudadanos de dicha fracción, sino que representan al pueblo en su totalidad. Esto es evidente en el caso del Presidente de la República, elegido por todos los ciudadanos. Pero no es en absoluto evidente en el caso de los parlamentarios. Existen dos posturas contrapuestas respecto a la relación de los parlamentarios con sus electores (allí donde el pueblo se encuentra fraccionado para elegir sus representantes)⁵⁰.

La primera, argumenta que quien es representante del pueblo en su unidad política es el órgano representativo, en este caso, el parlamento. Dicha situación es perfectamente compatible con la existencia de relaciones particulares de representación entre la fracción del pueblo y el representante miembro del parlamento. La conformación de este como órgano representativo, se lleva a cabo sumando las relaciones de representación individuales entre representantes y ciudadanos: “una de las características más importantes del gobierno representativo es su capacidad para resolver las conflictivas pretensiones de las partes sobre la base de su común interés en el bienestar del todo”⁵¹.

Esta postura puede encontrar apoyo en la existencia de circunscripciones territoriales más bien pequeñas para la elección de representantes y en tendencia a la personalización de las candidaturas y al voto personalizado⁵².

La segunda, argumenta que tanto el parlamento en su totalidad como cada uno de los representantes que lo componen, tiene la calidad de representante del pueblo en su totalidad, y en ese sentido, su vinculación con los ciudadanos que lo eligieron es contingente y limitada. Esta postura encuentra su apoyo en el concepto de pueblo como unidad política que es no susceptible de ser representado por parcialidades en la configuración del parlamento y en la contingencia de los sistemas de elección de parlamentarios con base en circunscripciones pequeñas y a la personalización del voto. También puede encontrar apoyo en la idea de que existe un interés del pueblo

⁴⁹ Schmitt, Carl, obr. cit. En la doctrina nacional Silva, Alejandro, obr. cit. p. 254.

⁵⁰ Pitkin, Hanna, obr. cit. pp. 239-242.

⁵¹ Pitkin, Hanna, obr. cit. p. 241.

⁵² Pitkin, Hanna, obr. cit. p. 240.

en los intereses de los distintos sectores integrantes del mismo⁵³. Tal cómo existe ese sistema, podría existir un sistema de grandes circunscripciones territoriales con un número elevado de representantes a elegir en cuyo caso la relación personal entre representante y los ciudadanos electores tendería a difuminarse.

5. La democracia como forma de gobierno y como principio constitucional

La democracia, en términos de Schmitt, es la forma política del principio de identidad. La democracia, entonces, exige que sea el pueblo el que gobierne. El pueblo, debe coincidir, para que el principio de la identidad sea implementado, con la categoría individual de destinatario del poder del Estado. Así, el gobernante será idéntico al gobernado⁵⁴.

La integración del concepto de pueblo depende de una concepción de ciudadano como categoría de pertenencia individual a la comunidad política. En este sentido, la democracia como gobierno del pueblo, presupone una extensión de la ciudadanía tan lejos como sea posible, conservando la idea de identidad entre gobernantes y gobernados.

a) La relación de la democracia con el principio de soberanía popular

La democracia puede entenderse, como ya se señaló, como una concreción o realización del principio de la soberanía popular. La democracia es el principio que determina quién tiene el ejercicio del poder del Estado que, mediante el principio de soberanía popular, recibe su fundamento en el pueblo. Lo que la democracia sostiene es que el poder del Estado que proviene del pueblo, debe ser ejercido también por el pueblo⁵⁵.

El pueblo en ejercicio del poder constituyente, decide conservar el gobierno del Estado y para ese efecto introduce la democracia como forma de gobierno. Así, en una democracia la organización del poder del Estado es una decisión del pueblo, ya sea por el ejercicio del poder constituyente, ya mediante el ejercicio de los poderes constituidos que pueden organizar el Estado en las cuestiones que no son fundamentales. Pero también corresponde al pueblo lo concerniente a las actuaciones del Estado. Por tanto, la actividad del Estado está determinada y es ejercida por el pueblo.

⁵³ Pitkin, Hanna, obr. cit. p. 242.

⁵⁴ Schmitt, Carl, obr. cit. p. 221.

⁵⁵ Véase, Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 52.

b) La democracia y el Estado

El principio de democracia adhiere a la idea de que el pueblo ejerce el poder del Estado, de manera directa o indirecta. En este sentido, el enunciado de que el pueblo es el titular del poder del Estado excluye como titulares a todo otro posible titular, cualquier clase de hombres singulares, dioses o ideas⁵⁶. Sin embargo, en la medida que la democracia moderna es una democracia representativa, en la mayoría de los casos la decisión del pueblo no será tomada por el pueblo mismo, sino por sus representantes. No obstante, la acción de los representantes, así como la de todos los órganos del Estado, debe poder entenderse o explicarse como proveniente, esto es, debe poder ser atribuida al pueblo.

La democracia no significa, dado que el gobierno del Estado le corresponde al pueblo y el destinatario del poder del Estado es también el pueblo, que la relación de dominación política entre el Estado y el pueblo se cancele, sino, más bien, como señala Böckenförde, “se organiza de tal forma que su ejercicio se constituye, se legitima y controla por el pueblo, en suma por los ciudadanos, y se presenta en esta forma como autodeterminación y autogobierno del pueblo, en los que todos los ciudadanos pueden participar en condiciones de igualdad”⁵⁷.

La democracia como principio constitucional se dirige a regular el ejercicio del poder del Estado y no la vida de la sociedad estatal. En ese sentido, el principio de la democracia no exige que los grupos sociales se organicen de manera democrática, esa organización está a disposición de la decisión política del Estado, con todos los límites a las que dichas decisiones están expuestas, especialmente los límites que los derechos fundamentales establecen⁵⁸.

c) La democracia como principio constitucional

El principio de la democracia como principio constitucional afirma dos cosas. En primer lugar, que la forma de gobierno del Estado es la de una democracia, sin embargo, también designa una concreta forma a la cual el ejercicio del poder político del Estado debe organizarse y ejercerse: “Su contenido es el de que el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidos a él”⁵⁹.

El control que el pueblo ejerce sobre el poder del Estado es, entonces, el criterio sobre el cual se erige, desde esta perspectiva, la organización estatal democrática,

⁵⁶ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 54. Sobre el concepto de pueblo como centro de imputación de las formas de legitimación, véase Marshall, Pablo, obr. cit.

⁵⁷ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 53.

⁵⁸ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 53.

⁵⁹ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 47.

que se presenta, entonces, “como autodeterminación y autogobierno del pueblo” en el que los ciudadanos del pueblo participan en condiciones de igualdad y libertad⁶⁰.

6. La decisión democrática como la decisión de la mayoría

El principio de la decisión de la mayoría está plenamente justificado y está conectado de manera estrecha con la igualdad y la libertad política y que se deduce de ellas. En ese sentido, no se trata de un último recurso ante la imposibilidad del consenso⁶¹.

Si se requiere para la toma de las decisiones en la democracia que todos los ciudadanos sean tomados como iguales en su libertad política, la democracia exige que sea la mayoría la que decida. En la democracia, la minoría no tiene el derecho de decidir, porque al hacerlo no se respetaría la igualdad política de los ciudadanos. Si se exige más que la mayoría, se está considerando que la decisión de la minoría tiene más valor. Si se exige menos que la mayoría, se está considerando que la decisión de la mayoría tiene menos valor.

En la base de este principio, además de las consideraciones de igualdad política, está la consideración pluralista de que todas las opiniones políticas cuentan por igual. Esta última, tiene una especial relevancia cuando se aplica tanto a las opiniones que requieren el cambio como a las que defienden el *statu quo*. Los quórum, reforzados no se presentan, bajo este punto de vista, como más democráticos, sino como una decisión constitucional a favor del *statu quo*⁶².

La justificación de las mayorías cualificadas, como limitación al principio democrático de la decisión de la mayoría, debe sostenerse desde el principio del Estado de derecho, como antidemocrático.

⁶⁰ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 53.

⁶¹ Cít. Molina, Hernán, obr. cit. pp. 182-183.

⁶² Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 92-93. La necesidad de una primacía del *statu quo* sobre la innovación, solo está justificada para cautelar la integridad del orden jurídico, mediante el establecimiento del principio de la decisión por mayoría por sobre del principio de equivalencia de las opciones: “En efecto, cuando se vota un proyecto de ley, esto es, acerca de la innovación del ordenamiento, el principio de equivalencia requeriría que tanto el proyecto como la oposición al mismo necesiten la misma mayoría para triunfar, lo que supondría que ambos se sometiesen a votación y que para ambos se exigiese la mayoría de los votos emitidos. Sin embargo no ocurre así sino que, derrotado el proyecto por no haber obtenido la mitad más uno de los votos, sino por ejemplo, solo la mitad, no es preciso votar por la continuidad de la norma, que se produce por el simple hecho de no haber prosperado la opción reformadora” (De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Ed. Ariel, Barcelona, 1988, p. 60).

En este sentido, la idea de que la democracia debe basarse en un consenso constante sobre los asuntos políticos, es contradictoria con la idea que en la democracia las decisiones son tomadas por la mayoría. La igualdad de los ciudadanos que conforman la mayoría los provee de un derecho a poder decidir, por sobre la decisión del mantenimiento del *statu quo* de la minoría. Así, el principio del consenso que tiene una justificación allí donde presupone la participación y cooperación de todos los ciudadanos, no puede constituirse en un principio de decisión democrático⁶³.

Los límites a decisión de la mayoría son puestos de manera externa por el principio del Estado de derecho, y se encuentran justificados allí cuando tienen como finalidad proteger a minorías sensibles de ser abusadas o para proteger al sistema democrático mismo. En este último sentido, queda vedado a la mayoría alterar las reglas exigidas por la libertad y la igualdad política, que exigen cierta configuración institucional: del derecho electoral, de la regulación de los partidos políticos y de la garantía de los derechos fundamentales de participación política. En palabras de Böckenförde, “no cabe de que la actual mayoría se imponga a sí misma como un todo, y de que, haciendo uso de las ventajas que la posesión legal del poder le atribuye, cierra tras de sí la puerta abierta a través de la que ella misma entró”⁶⁴.

7. La legitimación democrática

a) La legitimación como forma de imputación del ejercicio del poder del Estado al pueblo

En la medida que el principio de la democracia exige que el poder del Estado derive del pueblo de modo concreto, el ejercicio de las competencias estatales exige que exista “una cadena ininterrumpida de legitimación democrática” que permite retrotraer la decisión del Estado al pueblo mismo. Ello no dice relación solamente con la instalación del órgano estatal que actúa, sino también con el ejercicio de la competencia por parte de dicho órgano⁶⁵.

El ámbito de legitimación se extiende a toda la esfera de los asuntos estatales, no limitándose a aquellos asuntos donde el Estado actúa en relaciones de autoridad, sino a todas las actividades que el Estado ejerce de hecho. Por ejemplo, cuando el Estado actúa como un particular, comprando un bien en el comercio, su actividad debe ser objeto de legitimación democrática, de la misma manera que es causa de legitimación la dictación de una ley. El objeto concreto de legitimación es el ejercicio de toda la actividad del Estado.

⁶³ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 94.

⁶⁴ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 95.

⁶⁵ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p. 55.

b) Formas de legitimación democrática

Para lograr la finalidad de la legitimación puede recurrirse a diversos modos o formas de legitimación. Dichas formas de legitimación pueden operar simultáneamente o por separado. Sin embargo, si bien pueden concurrir en diversa magnitud, no puede faltar totalmente ninguna de ellas, pues se dirigen a legitimar cuestiones distintas.

(i) *Legitimación democrática funcional e institucional*

Esta forma de legitimación apela a la organización institucional que el poder constituyente ha realizado mediante la configuración de los órganos del Estado. En el ejercicio de dicho poder, el pueblo le ha atribuido funciones a dichos órganos, lo que les confiere una autonomía respecto de los demás órganos en relación al ejercicio del poder del Estado.

Esta es una forma de legitimación abstracta, pues solo se refiere al órgano del Estado en cuestión y a su competencia *in abstracto*. Para la legitimación de la configuración personal del órgano y el ejercicio concreto de la competencia se requiere la concurrencia de otras formas de legitimación concreta, que aparecerán como complementarias⁶⁶.

La legitimación concreta es fundamental en la medida que impide la autonomización del ejercicio del poder respecto del pueblo. Así, el argumento de que la actuación de un órgano estatal está legitimada en la medida que dicho órgano está establecido constitucionalmente, no es suficiente desde el punto de vista democrático. Se requiere que la actuación de dicho órgano responda a una legitimación democrática concreta.

(ii) *Legitimación democrática orgánico-personal*

Esta forma de legitimación consiste en que en la generación concreta de los titulares de los órganos del Estado debe existir una cadena de legitimación que se retrotraiga hasta el pueblo. Ello implica que la designación de los titulares de dichos cargos debe ser hecha por el pueblo (inmediata) o por otros órganos elegidos por él (mediata). La diferencia entre la designación inmediata o la mediata será la mayor o menor dignidad democrática del órgano y la necesidad de concurrencia de otras formas de legitimación en mayor medida. Lo decisivo, señala Böckenförde, "es que la cadena de legitimación no se vea interrumpida por la intervención de un órgano o de un cargo no legitimado democráticamente o no legitimado así de forma suficiente"⁶⁷.

⁶⁶ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p.57.

⁶⁷ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p.58. Entre las cuestiones que se plantean a propósito de esta forma de

Esta forma de legitimación apunta a legitimar el acceso del titular al órgano, pero no garantiza, de manera alguna, que una vez instalado, dicho titular ejerza las competencias con que cuenta de espaldas a la voluntad del pueblo que, directa o indirectamente, lo colocó en ese lugar. Para ese caso se requiere de una legitimidad material.

(iii) Legitimación democrática material o de contenido

Esta forma de legitimación consiste en asegurarse de que, en lo que se refiere al contenido de los actos del Estado, el ejercicio del poder del Estado pueda entenderse como una decisión del pueblo o, por lo menos, se concilie con la voluntad del pueblo. Esta forma de legitimación es, nuevamente, una garantía para que los titulares de los órganos del Estado, una vez instalados y satisfecha la legitimación orgánico-personal, no puedan actuar con autonomía respecto de la voluntad del pueblo.

Esta legitimación se produce por dos vías: (i) mediante el mandato de vinculación a la ley, que asume la dignidad de la expresión del pueblo, en la medida que emana del órgano de mayor representatividad democrática que es el parlamento; y (ii) mediante la responsabilidad de las autoridades, ejercida a través del control correspondiente y “adecuado para el tipo de tareas asumidas”. Esta responsabilidad se hace valer directamente por el pueblo por medio de las elecciones periódicas, para aquellas autoridades que cuenten con legitimación personal inmediata y de esa manera se confunden formalmente con la legitimación orgánico-personal. Para las autoridades sin legitimación personal inmediata las responsabilidades se ejercerán mediante los derechos de control y destitución que tienen los representantes del pueblo⁶⁸.

Estas dos vías de legitimación material se correlacionan y equilibran. Allí donde los mecanismos de responsabilidad son muy tenues o inexistentes se requerirá una vinculación a la ley estricta. Ese es típicamente el caso de la función jurisdiccional, en el cual es patente la ausencia de control y las posibilidades de destitución son marginales. Por otro lado, en el caso del ejercicio de las atribuciones que no tienen la posibilidad de una vinculación a la ley, la legitimidad material se realizará mediante posibilidad de dirigir sus acciones mediante instrucciones de órganos legitimados y de hacer valer, en su caso, responsabilidades⁶⁹. Este es el caso en el que se encuen-

legitimación surge la de si todos los que participan de las decisiones de un órgano colegiado deben estar legitimados o solo se requiere la legitimación del órgano como tal, siendo posible la legitimación con la participación de una mayoría legitimada orgánico-personalmente. Una solución equilibrada a este problema parece ser la permisión de integrantes no legitimados si se deja en manos de la mayoría legitimada la posibilidad de tomar una decisión positiva (Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 59-61).

⁶⁸ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 62-63. Este análisis debe diferenciar entre los sistemas en los que el Jefe del gobierno recibe su legitimación directamente del pueblo y los sistemas en los cuales su legitimidad es mediada por el parlamento.

⁶⁹ Böckenförde, Ernst, obr. cit. p.63.

tra, típicamente, la administración del Estado en el ejercicio de su función política o su función legislativa; bajo la supervigilancia jerárquica, dirigiendo su acción por instrucciones y sujeto a la responsabilidad política en el caso de los funcionarios de confianza.

(iv) Balance entre formas de legitimación concreta

La ausencia de legitimación material solo está justificada en casos excepcionales. Tal es el caso de las autonomías constitucionalmente garantizadas y las razones de carácter ineludible basadas en el tipo de actividad. Con todo, en estos casos deberá garantizarse plenamente su legitimidad orgánico-personal y someter al ámbito de acción de la competencia del órgano a una estricta delimitación. Al contrario, en los casos en que hay una garantía estricta y plena de legitimidad material, podrá flexibilizarse las exigencias de legitimidad orgánico-personal⁷⁰.

8. La democracia en la Constitución Política de Chile

a) La democracia como principio de organización del Estado

El artículo 4º de la Constitución Política establece que “Chile es una república democrática”. La interpretación del rol de dicho artículo no es una cuestión relevante en la doctrina nacional, que no escatima en expresar su importancia, pero no le confiere mayor eficacia normativa. Así, la disposición que establece la democracia puede ser entendida en dos sentidos erróneos. El primero, como una disposición que consagra un principio descriptivo. En este sentido, tal disposición constituye una abstracción de la concreta organización de democracia representativa que está regulada en los artículos siguientes de la Constitución (por ejemplo, los que regulan la elección del Presidente de la República y de los integrantes del Congreso Nacional). El segundo, como un principio programático. La democracia en cuanto principio de gran abstracción y falta de determinación se constituye en un ideal a ser conseguido. Especialmente relevante ha sido esta segunda lectura en el discurso para eliminar los “enclaves autoritarios” de la dictadura militar⁷¹.

La forma correcta de interpretar la disposición del artículo 4º, sin embargo, es confiriéndole una eficacia normativa mayor. En ese sentido, la democracia exige, por un lado, como se ha visto más arriba, el respeto de la igualdad y la libertad política y de las formas de toma de decisiones que dichos principios suponen y, por otro, de la exigencia de la legitimidad democrática de toda la organización y la actividad estatal.

⁷⁰ Böckenförde, Ernst, obr. cit. pp. 64-66.

⁷¹ Kazor, Camel, Constitución, principio democrático y reformas constitucionales /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Nº 13, 2002.

b) Las formas de legitimación en la Constitución Política

Todos los órganos establecidos en la Constitución Política cuentan con una legitimidad democrática funcional en la medida que esta está legitimada por medio del ejercicio del poder constituyente del pueblo. La falta de legitimidad funcional puede presentarse en la medida que se cuestiona la participación del pueblo en la adopción de la Constitución. Sin embargo, de esa forma lo que se discute es la falta de legitimidad de la Constitución y no simplemente la falta de legitimidad democrática funcional de los órganos por ella establecidos. La pregunta por la falta de legitimidad de la Constitución es una cuestión que no puede ser tocada aquí, sin embargo, puede decirse que la cuestión de la falta de legitimidad popular de origen, no cancela la posibilidad de la imputación del poder constituyente al pueblo, en la medida que uno entiende que dicha imputación siempre es conflictiva desde el punto de vista de un orden establecido. El análisis de las otras formas de legitimación democrática presta utilidad para determinar cómo el principio de la democracia puede influir u orientar la labor de los órganos del Estado.

(i) El Presidente de la República y el Gobierno

El Presidente se legitima, en primer lugar, mediante su elección por el voto popular. Al tener una gran legitimación orgánico-personal directa, el Presidente requiere una menor dosis de legitimación material. En ese sentido, el Presidente si bien está sometido a la fiscalización del Congreso, no es responsable políticamente ante él y este no puede hacerlo responsable por actos de su gestión por encontrarse de espaldas a los intereses del pueblo. No obstante ello, tanto el Presidente de la República como (y especialmente) sus colaboradores están sometidos a la Constitución y a la ley.

El Presidente de la República contribuye, como órgano legitimado de manera directa, a la legitimación orgánico-personal mediata de numerosas autoridades estatales y no solo aquellas que se encuentran subordinadas a él, como los ministros, intendentes y gobernadores. Así, participa en el nombramiento de los miembros del Poder Judicial (art. 78 CPol), del Fiscal Nacional (art. 85 CPol), algunos ministros del Tribunal Constitucional (art. 92 CPol), del Contralor General de la República (art. 98 CPol) y de los consejeros del Banco Central.

(ii) El Congreso Nacional

El parlamento está legitimado de manera muy fuerte por medio la elección de sus integrantes de una manera directa por parte del pueblo. El Congreso es, además, el principal instrumento del pueblo para la atribución de la legitimidad material. En la medida que el parlamento es el órgano primario de la legislación, mediante su producción normativa se implementan las restricciones a las que quedan sujetos el resto de los órganos del Estado. Sin embargo, el Congreso también tiene un importante rol

en la atribución de legitimidad orgánico personal, en la medida que está encargado de la ratificación de numerosas autoridades estatales (art. 53 inc. 1º nº 5 CPol).

(iii) El Poder Judicial

Los tribunales tienen su legitimidad orgánico-personal limitada en la medida que son funcionarios de carrera y la reciben solo indirectamente, mediante la designación de sus integrantes por el Presidente la República. Ello con la limitación que implica que el Presidente realiza el nombramiento entre los miembros de una lista que le presenta la propia judicatura.

La legitimidad material en el caso de los jueces es especial. En la medida que no están sujetos a control por parte de los órganos representativos (art. 76 CPol), los tribunales requieren una sujeción a la ley de una manera más estricta que aquellos funcionarios cuyas actuaciones pueden ser corregidas o controladas por los representantes del pueblo. Si bien la sujeción estricta a la ley no está establecida expresamente para los jueces, como por ejemplo en la Constitución Española (art. 117.1) o la Ley Fundamental de Bonn (art. 97.1), ella puede deducirse del principio de la democracia establecido en el artículo 4º de la Constitución Política⁷². No parece distinta la situación del Tribunal Constitucional. Sin embargo, ello exige consideraciones adicionales que no es posible desarrollar aquí.

9. Bibliografía

- BARROS, ENRIQUE, La democracia como forma del poder: un enfoque normativo /en/ Estudios Públicos, Nº 26, 1987.
- BOBBIO, NORBERTO, La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político: año académico 1975-1976, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST, WOLFGANG, La democracia como principio constitucional, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- VV. AA., La Democracia como Principio Constitucional, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- CORREA, RODRIGO, El Gobierno Judicial Ante La Constitución /en/ Gobierno Judicial, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2005.
- DE OTTO, IGNACIO, Derecho Constitucional. Sistema De Fuentes, Ed. Ariel, Barcelona, 1988.

⁷² Correa, Rodrigo, El gobierno judicial ante la constitución /en/ Gobierno Judicial, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2005; Schmitt, Carl, obr. cit. pp. 265-267.

- KAZOR, CAMEL, Constitución, principio democrático y reformas constitucionales /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, N° 13, 2002.
- LASTARRIA, JOSÉ VICTORINO, Elementos de Derecho Público, 1865.
- MARSHALL, PABLO, La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional /en/ Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° 35, 2010.
- MOLINA, HERNÁN, Instituciones Políticas, LexisNexis, Santiago, 2006.
- OVEJERO LUCAS, FÉLIX; MARTÍ MÁRMOL, JOSÉ LUIS; GARGARELLA, ROBERTO, Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad, Paidós Ibérica, Barcelona [etc.], 2004.
- PETTIT, PHILIP, Republicanismo, una teoría sobre la libertad y el gobierno, Paidós, Barcelona, 1999.
- PITKIN, HANNA FENICHEL, El concepto de representación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- ROLDÁN, ALCIBÍADES, Elementos de Derecho Constitucional de Chile, Imprenta Lagunas & Co., Santiago, 1924.
- SCHMITT, CARL, Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 1983.
- SILVA, ALEJANDRO, Tratado de Derecho Constitucional, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1963.
- VIVANCO, ÁNGELA, Curso de Derecho Constitucional, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.

LA “REINTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL” DE LA APRECIACIÓN EN CONCIENCIA DE LA LECrim. ESPAÑOLA

THE “CONSTITUTIONAL REITERPRETATION” OF AWARENESS APPRECIATION ON
THE SPANISH CRIMINAL PROCEDURE LAW

DR. DAVID VALLESPÍN PÉREZ¹

Resumen:

El presente artículo se centra en el análisis de los diferentes sistemas de valoración de la prueba en el proceso penal, con especial atención a la correcta interpretación, en el marco de un modelo constitucional de juicio justo, del principio de la “apreciación en conciencia” o “íntima convicción” que consagra la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

Palabras clave: Prueba, valoración probatoria, apreciación en conciencia

Summary:

This article is focused on the analysis of the different evidence evaluation systems in the criminal trial, with special attention to the correct interpretation, within a constitutional model of fair trial, of the “apreciación en conciencia” (appreciation in conscience) or “íntima convicción” (intimate belief) principle established in the Spanish code of Criminal Procedure.

Key words: Evidence, Evaluation of evidence, Appreciation in conscience

¹ Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona. Catedrático Habilitado de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Avda. Diagonal, 684, 08034, BARCELONA. Correo: dvallespin@ub.edu

1. Introducción

La prueba procesal no va encaminada a demostrar la “verdad” de una afirmación², sino que persigue lograr la “convicción judicial” acerca de la exactitud de las afirmaciones previamente realizadas. Como ya puso de relieve WACH³, “*todas las pruebas judiciales no son más que grados de verosimilitud cuyo destinatario es el Juez*”, quien deberá proceder a su valoración en el momento de dictar sentencia⁴.

La valoración o apreciación probatoria incluye en su interior dos operaciones relacionadas entre sí, pero diferentes: la interpretación, como actuación previa que tiene por objeto conocer jurídicamente lo que la prueba dice o quiere decir; y la valoración en sentido estricto, como aquella operación, subsiguiente a la interpretación, en virtud de la cual se procede a dar o negar crédito a las pruebas⁵.

En concreto, la mayoría de las afirmaciones sobre los hechos que las partes realizan están necesitadas de prueba⁶, por lo que, como ha señalado Sentís Melendo⁷, no resulta nada extraño que, históricamente, hayan aparecido dos grandes sistemas de valoración probatoria: el de valoración legal o tasada, que supone la existencia de normas o reglas en las que el legislador fija el valor a asignar a los distintos medios de prueba, limitándose el juzgador a aplicarlas para declarar probados o improbados unos determinados hechos⁸; y el de valoración judicial, que encuentra un especial caldo de cultivo en los criterios filosóficos de la Ilustración, y según el cual el juz-

² Devis Echandía, Hernando, Contenido, naturaleza y técnica de valoración de la prueba judicial /en/ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 1, 1966, p. 10.

³ Wach, Adolf, Vörrage, 2ª ed., Bonn, 1896.

⁴ Bentham, Jeremy, Tratado de las pruebas judiciales, I, traducción del francés a cargo de M. Osorio, Ejea, Buenos Aires, 1959, pp. 22-23; Carnelutti, Francesco, Lezioni sul processo penale, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, p. 209.

⁵ Con seguimiento de las conclusiones apuntadas por Calamandrei, Piero, La genesi logica della sentenza civile, en Opere Giuridiche, VI, Morano Editore, Napoli, 1965, pp. 20-21; véanse, entre otros: Abel Lluch, Xavier, Valoración de los medios de prueba en el proceso civil, en Realismo jurídico y Experiencia procesal, Liber amicorum al Prof. Dr. Serra Domínguez, dirigido por Ramos Méndez, Atelier, Barcelona, 2009, p. 71; Montero Aroca, Juan, La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil, III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo de Derecho Procesal, 2006, pp. 421-424; Montón Redondo, Alberto, Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios, /en/ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2-3, 1978, p. 384; y Vallespín Pérez, David, La valoración de la prueba en el proceso penal, /en/ Revista Argentina de Derecho Procesal, N° 5, 2000, pp. 432-433.

⁶ Serra Domínguez, Manuel, Contribución al estudio de la prueba, en sus Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, Ariel, 1969, p. 359 (también publicado en Revista Jurídica de Catalunya, 1962, pp. 317 y ss.; y ahora recogido, recientemente, en Estudios de Derecho Probatorio, Communitas, Lima, 2009, p. 29).

⁷ Sentís Melendo, Santiago, Valoración de la prueba /en/ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2-3, 1976, pp. 267 y ss. Para un análisis más reciente de los sistemas de valoración de la prueba, véase: Nieva Fenoll, Jordi, La valoración de la prueba, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009.

⁸ Cafferata Nores, José, La prueba en el proceso penal, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 40.

gador formará su convicción con arreglo a su conciencia, es decir, valorando en su conjunto y libremente, sin sujeción a norma de ninguna especie que coarte su función psíquica, el resultado de los medios de prueba que se hayan practicado en el proceso⁹.

2. El principio de la “íntima convicción” o de la libre valoración de la prueba. Planteamiento histórico y difusión

El sistema de prueba libre que representa, como muy gráficamente señaló en su día Alcalá-Zamora, el reverso de la prueba legal o tasada, surge, como resultado de la impresión general que experimenta todo entendimiento ilustrado en presencia de las pruebas producidas ante sí mismo, de la “íntima convicción” del juez.

Este sistema –que encuentra su primera manifestación en Roma, donde el juez dispuso de una libertad absoluta para la apreciación de la prueba, hasta el punto de que podía suspender el pronunciamiento de la sentencia si estimaba que le faltaban elementos¹⁰– quedó en suspenso en el Medievo; continuó así a lo largo del Renacimiento; resurgió con ímpetu por influencia directa del movimiento filosófico de la Ilustración¹¹; y terminó por imponerse con su difusión por toda Europa bajo distintas fórmulas: ‘intime conviction’ en el Código de Instrucción Criminal francés, ‘libero convincimento’ en el Código italiano, y “apreciación en conciencia”, como principio propio del sistema acusatorio formal o mixto que viene consagrado de forma expresa en el art. 741.1 de la LECrim. española de 1882: “el Tribunal dictará la sentencia, apreciando según su conciencia las pruebas prácticas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y defensa y lo manifestado por los mismos procesados”– la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas, ya que el juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su “leal saber y entender”.

Ahora bien, la incorporación del método de la “íntima convicción”, propio del sistema francés, no se acompañó de una total uniformidad en cuanto a su alcance en todos aquellos ordenamientos procesales penales que recibieron su influencia directa.

⁹ Fenech Navarro, Miguel, Derecho Procesal Penal, I, 3ª ed., Editorial Labor, Barcelona-Madrid, 1960, p. 613.

¹⁰ Florian, Eugene, Elementos de Derecho Procesal Penal, traducción de Prieto-Castro, Bosch, Barcelona, 1934, pp. 332-333.

¹¹ Leone, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, II, Desarrollo del Proceso Penal. El Proceso de Primera Instancia, con traducción de Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 155; Nobili, Massimo, Il principio del libero convincimento del giudice, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 145 y ss.; Valle-spín Pérez, David, La valoración de la prueba en el proceso penal, obr.cit. pp. 438-439.

Así, las fórmulas italiana (*libero convincimento*) y española (“apreciación en conciencia”), en sus orígenes, fueron deudoras de la jurisprudencia francesa, al negarse todo posible control de la valoración realizada por el juez ante otro superior.

En Inglaterra, por el contrario, en atención a las llamadas “leyes de la prueba” o “leyes de la evidencia”, criterios objetivos de control y medida de la libertad del juzgador a la hora de formar su convicción, se presta atención a un conjunto de criterios negativos en función de los cuales se puede excluir que puedan ser tomadas en consideración determinadas pruebas que de antemano tienen reconocida una tacha legal¹².

Finalmente, algunos otros sistemas procesales penales, como el alemán, pueden calificarse de intermedios entre la fórmula pura francesa –acogida en Italia y España– y la realidad inglesa, pues en atención a la fórmula jurisprudencial creada bajo el principio de la “*freie Beweiswürdigung*”, no solo se elimina el subjetivismo judicial, sino que, además, se permite al órgano judicial tomar en cuenta una prueba libre, pero correctamente entendida como libertad de estimación moral o racional¹³.

3. La “apreciación en conciencia” de la LECrim española. Su significado originario y la exasperación jurisprudencial del principio

Ante la costumbre tan arraigada de los jueces y tribunales españoles de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando primar casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 (art. 741), con el mismo tenor literal que ya incorporaba el art. 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, optó por considerar que los magistrados debían mantenerse a lo largo y ancho de la discusión pasivos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates y a fallar de modo imparcial, sin sujetarse a pruebas tasadas a priori por la propia ley, sino con seguimiento libre de las particulares inspiraciones de su conciencia.

De este modo, la “apreciación en conciencia” vino a significar en la práctica, incluso tras la aprobación de la Constitución española de 1978, una facultad libérrima del juzgador en orden a apreciar las pruebas sin sometimiento no ya solo a las normas, sino tampoco a los dictados o reglas de la sana crítica o de la razón. Tan es así, que el Tribunal Supremo sintió una especial preocupación por dejar a salvo el principio de que la valoración probatoria corresponde soberanamente al órgano judicial

¹² Giuliani, Alessandro, Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato /en/ Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1962, pp. 653 y ss.

¹³ Kern, Eduar. Stratverfahrensrecht, Berlín, 1953, pp. 52 y ss.

que juzga en la instancia, quien debería gozar de libertad omnímoda en esta delicada y fundamental tarea¹⁴.

Este modo de entender el principio de la "apreciación en conciencia", como es lógico, no resulta en absoluto coherente con el obligado respeto de aquellas aspiraciones a las que debe dar respuesta un proceso penal moderno influido por la construcción de un modelo constitucional de juicio justo o con todas las garantías¹⁵. Por el contrario, el alcance absolutamente libérrimo y omnímodo por parte del juzgador al valorar las pruebas resulta patológico, pues es incompatible con el obligado respeto, en un Estado social y democrático de Derecho, del principio del control en el proceso penal.

El principio de "apreciación en conciencia" de las pruebas está reñido con el de "juicio según conciencia", en el sentido de utilizar el juez su saber privado o su particular información extraprocesal para fundar en él su decisión. El juez puede convencerse o no libremente, en conciencia, pero únicamente utilizando para lograr ese convencimiento los materiales procesales, que no son otros que aquellos que han ingresado correctamente en el proceso y con las recíprocas garantías de las partes¹⁶.

Aun cuando la expresión "en conciencia" pueda sugerir una operación íntima o secreta, las reglas del "criterio racional" deben especificarse pasando a integrar la motivación de la sentencia (art. 120 CE). El principio de la "apreciación en conciencia" debe analizarse bajo el respeto de los criterios de "racionalidad" y "objetividad", pues cuando un ser humano es juzgado por otro ser humano, dicho juicio debe acometerse con su propia medida, y esta es la de un ser racional¹⁷.

¹⁴ A título de ejemplo, la STS, de 15 de marzo de 1978 (Art. 417), proclamó de forma expresa que: "el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, lo hará no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la ley, o siguiendo los criterios de la sana crítica, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder con arreglo a su propia conciencia".

¹⁵ Vázquez Sotelo, José Luis, "Presunción de inocencia" del imputado e "íntima convicción" del Tribunal, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 466 y ss. En este mismo sentido, resulta especialmente gráfica la Sentencia de Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio (BOE. 13 de agosto), Sala Primera. Recurso de amparo: 113/1980. Ponente: Gloria Begué Cantón; que supuso un auténtico revulsivo en la práctica de los órganos judiciales españoles, ya que a partir de ella, en atención al derecho fundamental a la presunción de inocencia, se hizo necesario acometer, entre otras cosas, la "reinterpretación constitucional" de la apreciación en conciencia de la LECrim.

¹⁶ Salvioli, Giuseppe, *Le prove legali secondo la dottrina piu antica* /en/ Rivista Giuridica d'Italia, Milano, Hoepli, VIII, 2ª parte, 1927, pp. 25 y ss.

¹⁷ Bertolino, Pedro, La "convicción sincera" como regla para la valoración de la prueba en los juicios penales (A propósito del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires - Argentina), en La Prueba. Libro Homenaje al Maestro Devis Echandía, Universidad Libre - Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Colombia, 2002, p. 275; Martínez Pereda, José Manuel, El convencimiento en el proceso penal español /en/ Revista de Derecho Judicial, enero-marzo, 1963, pp. 43.

4. El principio de la “apreciación en conciencia” y su “reinterpretación constitucional”. El sistema de la “persuasión racional”

La interpretación histórica del principio de “libre valoración de la prueba”, en la que se toma en consideración la libertad de valoración como no sujeción a criterio alguno, no solo a criterios establecidos legalmente, sino ni siquiera a los de un raciocinio correcto, comporta, por una parte, consecuencias negativas como la ausencia de toda explicación de la valoración realizada y también la de un posterior control sobre la misma; y, por otra, no se puede compaginar con el significado más genérico de la potestad de juzgar, que el art. 117.3 CE atribuye a los órganos jurisdiccionales y que consiste en una “operación racional que no solo tiene por objeto las normas jurídicas, sino también los hechos a los que éstas se aplican”.

Frente a quienes han optado por defender que el órgano judicial en el momento de apreciar las pruebas lo haga solo en función de su conciencia, sin atadura alguna, ni siquiera de las reglas de la lógica o del criterio racional, resulta oportuno señalar que el juzgador al apreciar las pruebas “según su conciencia” deber proceder igual que antes lo hacía el legislador en el sistema de la prueba legal o tasada, es decir, aplicando en cada caso los criterios que la lógica, la ciencia y la experiencia así le enseñan¹⁸.

El sistema de la libre valoración, correctamente entendido, no quiere decir en modo alguno que el juzgador sea libre de seguir sus “caprichos”, “impresiones” o “sospechas”, sino que debe proceder a una deducción lógica, partiendo de unos datos fijados con certeza. Por ello, la “íntima convicción” del órgano judicial no puede resultar nunca equivalente a “despotismo”, “capricho” o “arbitrariedad”¹⁹.

En esta dirección de pensamiento, es justo reconocer la importancia de la STS, de 15 de diciembre de 1981²⁰, en la que se incorporan las líneas maestras del principio de la “íntima convicción”, rectamente entendido, como principio que implica “valoración en conciencia”, pero siempre con racionalidad: “... la valoración de la prueba es competencia exclusiva y excluyente del Tribunal llamado a fallar en la instancia sobre los hechos del proceso, sopesando la resultancia del juicio oral...; fijando los hechos probados “según su conciencia”, es decir, ateniéndose no a principios de prueba legal o tasada, sino a las reglas del criterio racional, pues aquella expresión

¹⁸ Vázquez Sotelo, José Luis, obr.cit. pp. 483-484.

¹⁹ De Luca, Giuseppe, Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito /en/ Rivista di Diritto e Procedura Penale, 1992, p. 1255; Deganello, Mario I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 17 y ss.; Gimeno Sendra, Vicente, Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 2007, pp. 113-114; Pérez-Cruz Martín, Agustín, et al., Derecho Procesal Penal, Thomson Reuters - Civitas, 2010, pp. 493-494.

²⁰ STS de 15 de diciembre de 1981 (Art. 5009).

más que a una apreciación íntima o secreta se está refiriendo a una operación regida por la lógica, con rechazo para todo lo que no pase de ser mera impresión, sospecha o conjura".

Esta Sentencia, como otras posteriores que llegan a nuestros días²¹, ha optado por consagrar, acertadamente, una concepción "argumentativa y dialéctica" de la prueba, sometida a criterios valorativos "racionales" y "lógicos". De este modo, el principio de la "apreciación en conciencia", correctamente entendido y aplicado, debe entenderse como "apreciación libre, pero con objetividad"²². Ello es así, porque la valoración de la prueba en el proceso penal no está desprovista de reglas a tomar en consideración, si bien estas no son suministradas por el legislador, sino por los criterios de la experiencia, la lógica, la razón, la vida misma, las ciencias y las técnicas especializadas (vg. la psicología experimental aplicada al proceso)²³.

El libre convencimiento del juez no supone, por tanto, un estatus de discrecionalidad o arbitrariedad de su función, pues el derecho fundamental a la presunción de inocencia opera como un eficaz freno frente a un desmedido e injustificado ejercicio del arbitrio judicial. En consecuencia, la estimación "en conciencia" no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado o inabordable criterio personal o íntimo del juzgador, sino a una operación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo. Así entendida la "libre valoración", que necesita de un sustrato probatorio y no puede recaer sobre simples diligencias de instrucción²⁴, no impide la utilización del mecanismo deductivo de los "indicios", siempre que se explicita, como es lógico, el razonamiento seguido²⁵.

²¹ Por todas, véanse, la STS de 18 de abril de 1988 (Art. 2800); la STS de 4 de abril de 1989 (Art. 3014); STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ. 2781/2002); la STS de 23 de junio de 2005 (RJ. 6599); y la STS de 9 de diciembre de 2008 (RJ. 1373/2009).

²² Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto, Livre apreciação da prova: perspectivas atuais, en La Prueba. Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía, Universidad Libre - Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Colombia, 2002, pp. 599 y ss.; Barona Vilar, Silvia, Valoración libre de la prueba (Lección 13ª), en Derecho Jurisdiccional, III, El Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 314-315; Moreno Catena, Víctor, Valoración de la prueba (Lección 23ª - El desarrollo del juicio oral. La Prueba), en Derecho Procesal Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 386.

²³ STC de 18 de diciembre de 2003 (Pleno) - RTC 229/2003; STC de 11 de diciembre de 2006 (Sala Primera) - RTC 340/2006.

²⁴ Ramos Méndez, Francisco, Enjuiciamiento criminal. Novena lectura constitucional, Atelier, Barcelona, 2010, p. 329. Sobre las consecuencias que derivan de la "preterición del juicio oral" y de la formación de la "convicción en el sumario", véase, por todos: Lorca Navarrete, Antonio María, Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005, pp. 151 y ss.

²⁵ STC de 17 de diciembre de 1985 (RTC 174/1985). Sala Primera; STC de 21 de mayo de 2009 (RTC 120/2009). Sala Primera.

La etapa “científica” de la prueba, caracterizada por la idea central de recibir y valorar las pruebas con auxilio de los métodos científicos que puedan ser aplicados²⁶, debe vincularse también con la correcta comprensión del principio de la “apreciación en conciencia”. Ello obedece a que el carácter científico de las pruebas no debe oscurecer la figura central del juzgador, convirtiéndose el proceso en una especie de laboratorio dominado por la técnica. Una regulación procesal penal que siguiese estas directrices, como es fácil comprender, incurriría en los excesos propios del “cientifismo”, en atención a los cuales se llegaría a instaurar un autoritarismo procesal moderno de tipo tecnocrático, similar en cuanto a sus efectos negativos a los propios de las épocas de la “prueba legal” o de valoración de forma “libérrima e irracional”²⁷.

Ante la realidad que se acaba de describir –obligado respeto del modelo constitucional de juicio justo en el momento de valorar las pruebas y peligros propios del “cientifismo”– no resulta nada extraño que se defienda un nuevo método de valoración probatoria caracterizado por la “libertad de apreciación de forma objetiva y responsable”.

Este sistema de valoración de la prueba, que ha sido denominado, muy agudamente, por el Prof. Vázquez Sotelo²⁸, como de la “persuasión racional”, viene caracterizado, en cuanto sistema “intermedio”, por ser contrario tanto al método tarifario de las pruebas legales, como al planteamiento de la íntima convicción como operación puramente subjetiva, inmotivada e incontrolable del órgano judicial.

Este nuevo sistema, el de la “persuasión racional”, supone acometer la valoración de las pruebas en libertad, pero bajo el obligado respeto de los imperativos suministrados por la lógica, la razón y la experiencia. De esta forma, sin llegar a coartar el libre convencimiento del juez, se procede a la depuración de los tópicos y extralimitaciones que lo han presidido a lo largo de la historia²⁹.

²⁶ Denti, Vittorio, *Cientificità della prova e libera valutazione del giudice* /en/ *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, p. 416.

²⁷ Denti, Vittorio, *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador* /en/ *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2-3, 1972; Devis Echandía, Hernando, *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador* /en/ *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 1, 1972, p. 47; Gorphe, François, *La apreciación judicial de las pruebas*, traducción de Alcalá-Zamora, Ejea y Bosch editores, Buenos Aires, 1950, p. 9.

²⁸ Vázquez Sotelo, Jose Luis, *obr.cit.* p. 466.

²⁹ Igartua Salaverría, Juan, *Desventuras de la íntima convicción. Estudios de jurisprudencia*, *Revista Collex*, núm. 7, 1993, pp. 7, nota 3.

5. Bibliografía

- ABEL LLUCH, XAVIER, Valoración de los medios de prueba en el proceso civil, en Realismo jurídico y Experiencia procesal, Liber amicorum al Prof. Dr. Serra Domínguez, dirigido por Ramos Méndez, Atelier, Barcelona, 2009.
- ÁLVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO, Livre apreciação da prova: perspectivas atuais, en La Prueba. Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía, Universidad Libre - Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Colombia, 2002.
- BARONA VILAR, SILVIA, Valoración libre de la prueba (Lección 13ª), en Derecho Jurisdiccional, III, El Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BENTHAM, JEREMY, Tratado de las pruebas judiciales, I, traducción del francés a cargo de M. Osorio, Ejea, Buenos Aires, 1959.
- BERTOLINO, PEDRO, La "convicción sincera" como regla para la valoración de la prueba en los juicios penales (A propósito del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires - Argentina), en La Prueba. Libro Homenaje al Maestro Devis Echandía, Universidad Libre - Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Colombia, 2002.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ, La prueba en el proceso penal, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- CALAMANDREI, PIERO, La genesi logica della sentenza civile, en Opere Giuridiche, VI, Morano Editore, Napoli, 1965.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, Lezioni sul processo penale, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946.
- DE LUCA, GIUSEPPE, Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito /en/ Rivista di Diritto e Procedura Penale, 1992.
- DEGANELLO, MARIO I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale, Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- Denti, Vittorio, Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador /en/ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2-3, 1972.
- DENTI, VITTORIO, Scientificità della prova e libera valutazione del giudice /en/ Rivista di Diritto Processuale, 1972.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador /en/ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 1, 1972.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, Contenido, naturaleza y técnica de valoración de la prueba judicial /en/ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 1, 1966.
- FENECH NAVARRO, MIGUEL, Derecho Procesal Penal, I, 3ª ed., Editorial Labor, Barcelona-Madrid, 1960.

- FLORIAN, EUGENE, Elementos de Derecho Procesal Penal, traducción de Prieto-Castro, Bosch, Barcelona, 1934.
- GIMENO SENDRA, VICENTE, Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 2007.
- GIULIANI, ALESSANDRO, Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato /en/ Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1962.
- GORPHE, FRANÇOIS, La apreciación judicial de las pruebas, traducción de Alcalá-Zamora, Ejea y Bosch editores, Buenos Aires, 1950.
- IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN, Desventuras de la íntima convicción. Estudios de jurisprudencia, Revista Colex, núm. 7, 1993.
- KERN, EDUAR. Stratverfahrensrecht, Berlín, 1953.
- LEONE, GIOVANNI, Tratado de Derecho Procesal Penal, II, Desenvolvimiento del Proceso Penal. El Proceso de Primera Instancia, con traducción de Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.
- MARTÍNEZ PEREDA, JOSÉ MANUEL, El convencimiento en el proceso penal español /en/ Revista de Derecho Judicial, enero-marzo, 1963.
- MONTERO AROCA, JUAN, La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil, III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo de Derecho Procesal, 2006.
- MONTÓN REDONDO, ALBERTO, Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios /en/ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N°2-3, 1978.
- MORENO CATENA, VÍCTOR, Valoración de la prueba (Lección 23ª - El desarrollo del juicio oral. La Prueba), en Derecho Procesal Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- NIEVA FENOLL, JORDI, La valoración de la prueba, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009.
- NOBILI, MASSIMO, Il principio del libero convencimento del giudice, Giuffrè, Milano, 1974.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN, *et al.*, Derecho Procesal Penal, Thomson Reuters - Civitas, 2010.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, Enjuiciamiento criminal. Novena lectura constitucional, Atelier, Barcelona, 2010.
- SALVIOLI, GIUSSEPE, Le prove legali secondo la dottrina piu antica /en/ Rivista Giuridica d'Italia, Milano, Hoepli, VIII, 2ª parte, 1927.

SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, Valoración de la prueba /en/ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2-3,1976.

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, Contribución al estudio de la prueba, en sus Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, Ariel, 1969.

VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, La valoración de la prueba en el proceso penal /en/ Revista Argentina de Derecho Procesal, N° 5, 2000, pp. 432-433.

VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS, "Presunción de inocencia" del imputado e "íntima convicción" del Tribunal, Bosch, Barcelona, 1984.

WACH, ADOLF, Vötrage, 2ª ed., Bonn, 1896.

EL MODELO DE POLICÍA COMUNITARIA: EL CASO CHILENO

THE MODEL OF COMMUNITY POLICING: THE CHILEAN CASE

CYNTHIA LABRA DÍAZ¹

Resumen:

Se reflexiona sobre el policiamiento comunitario en el caso del plan cuadrante de Carabineros de Chile, analizando las bases, los principios y las características del modelo de policía de proximidad y su aplicación en el referido plan. Afirmando que el plan cuadrante posee solo algunos elementos del modelo.

Palabras clave: Policía comunitaria, criminalidad, estructura policial, actividades policiales en equipo.

Abstract:

It think over about the community policing in the case of Carabineros de Chile's quadrant plan, analyzing the foundations, principles and characteristics of the proximity policing model and its application in this plan. I affirm that the quadrant plan has only some elements of the model.

Key words: *Community policing, criminality, police structure, team policing*

¹ Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco. Máster en Criminología y Ejecución Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Correo: cynthialabra@yahoo.es

1. Aproximación al modelo de policía comunitaria

Las instituciones policíacas latinoamericanas son el corolario de una combinación de varios fenómenos. Se destaca la compleja relación existente entre la policía y el poder público, que en períodos prolongados de la historia ha padecido de características no democráticas. La policía se coloca al servicio del sistema político de turno; lo que implica una delgada línea entre el respeto al Estado de Derecho y el actuar policial. Además, las policías latinoamericanas aun son tributarias de un modelo de organización centralizado y de tipo militar, como sucede, por ejemplo, con las policías de Brasil, Carabineros (Chile) y con la Policía Nacional del Perú. Este tipo de organización facilita la mantención de la disciplina interna, pero requiere ajustes si se desea avanzar hacia modelos de administración más flexibles y que incentivan la cooperación con la comunidad². Una policía militar por su formación institucional no es cercana a la comunidad, porque sus funciones están orientadas por el modelo de vigilancia represivo del cual la ciudadanía no forma parte. Estas características impelen a los cuerpos policiales a reorientar la institucionalidad y sus prácticas en aras de la percepción de la ciudadanía. El modelo de policiamiento comunitario es, entonces, una vía posible para lograr ese objetivo.

Este trabajo se aproxima al modelo de policía comunitaria, analiza las bases teóricas del modelo y reflexiona acerca de la incorporación de los principios en las actuaciones de la policía de Carabineros de Chile. Particularmente, en el plan cuadrante. El modelo de policía comunitaria o de proximidad es una oportunidad para el cambio en el actuar policial. El policiamiento comunitario es un modelo que resulta atractivo, porque es una herramienta de gestión útil, para mejorar el grado de aceptación de las instituciones policiales y de sus prácticas. Sí comprende, bajo la óptica de este modelo, que las necesidades particulares de una comunidad no pueden ser satisfechas a través de fórmulas centralizadas y militarizadas. Porque el fundamento del modelo de policía comunitario es mejorar la calidad de vida de las personas de acuerdo a una intervención acotada a sus necesidades reales, es decir, el policiamiento comunitario es un trabajo policial personalizado, en contacto directo con las personas *“porque el modelo no está definido como una lista de actividades que entren en un marco definido, sino más bien por una estrategia de adaptación que responde a las exigencias de un entorno que esta en permanente evolución y dinamismo”*³.

Existe acuerdo, en el hecho que este modelo busca elevar la calidad de vida de la comunidad, mediante un conjunto de estrategias y técnicas, que se sustentan en tres ejes: conocer los intereses y necesidades locales, que a veces no coinciden con

² Frühling, Hugo, *Policía Comunitaria y Reforma Policial en América Latina. ¿Cuál es el impacto?* Instituto de Estudios Públicos, Universidad de Chile, Santiago, 2003.

³ Skogan, Wesley, *Réformer la Police et la sécurité. Les nouvelles tendances en Europe et États-Unis.* Odile Jacob, 2004.

las que la policía posee; proporcionar una oportunidad para educar a la ciudadanía acerca de los comportamientos que ayudan a prevenir la delincuencia y abrir un espacio para que los ciudadanos expresen directamente sus quejas⁴.

2. Bases del modelo de policía comunitaria

Para entender cómo aparece el modelo de policía comunitaria, hay que situarse dentro del contexto histórico en el que nace la policía. La Europa de los siglos XVIII y comienzo del XIX, en la cual surge la figura del denominado padre de la policía londinense, Sir Robert Peel, quien piensa en un cuerpo policial basado en ideas de prevención en cooperación con la comunidad, (...) *“La policía es la gente y la gente es la policía”*⁵. Esta filosofía distingue a la policía comunitaria, cuyo objetivo es superar el modelo de policía tradicional reactivo, introduciendo una idea de coproducir seguridad.

En el escenario actual, es el delito y sus implicancias el eje central de la preocupación de los gobiernos. En la agenda política el devenir de la delincuencia es casi como la metáfora bíblica, el alfa y omega, el principio y el fin. Entonces, es la policía como una herramienta del Estado moderno, la que asume dos funciones básicas y visibles: mantener el orden social mediante la aplicación de la ley y combatir la criminalidad⁶. Esta segunda función se materializa en labores de prevención, represión, vigilancia y disuasión del crimen. Además de estas labores, se ha afirmado que la policía cumple una función social, como una de las más antiguas instituciones de protección social y expresión de autoridad, ligada a la sociedad que la ha creado. Serán las características sociopolíticas y culturales del medio en el que actúa las que han de definir sus objetivos, en forma de organización y en sus funciones. El valor de la intervención dependerá de la capacidad que muestre no tan solo en responder a las demandas de la ciudadanía, sino que también en la capacidad de adaptación de las transformaciones del entorno social⁷.

Estos rasgos llevan a la policía actual a buscar nuevas estrategias, para hacer más eficaz y eficiente su labor. Con el devenir del tiempo, el modelo policial sufrió numerosas crisis de legitimidad, las que han propiciado una serie de reformas, buscando la

⁴ Bayley, David, *Padrões de Policiamento: uma análise comparativa internacional*, Núcleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2001.

⁵ Muniz, Jaqueline, *Ser Policial é, sobre todo uma razão de ser. Cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado de Rio de Janeiro*. Tese de doutorado em ciências políticas, IUPERJ, Rio de Janeiro, Brasil, 2001.

⁶ La Curbet, Jaume, *La desmitificación de la Policía /en/ Seguretat sostenible*, N° 1. La sociedad, tanto como la propia policía, han venido alimentando durante muchos años el mito de que el control de la delincuencia era cuestión estrictamente policial y ahora, claro está, los ciudadanos responsabilizan a la policía del aumento incesante de los delitos, que mayor inseguridad les provocan”.

⁷ Rico, José María, *El rol policial. Ciudad y seguridad en América Latina*, Flacso, Santiago, 2005.

aprobación popular. Un buen ejemplo es el caso Estados Unidos, en donde el modelo comunitario ha pasado por altos y bajos⁸. La policía ha tenido que luchar para ganar el apoyo de la ciudadanía, y relación entre esta y aquella, ha estado marcada por escándalos de corrupción. Como ha dicho Greene: “*el problema policial no era tanto que la policía utilizara abusivamente la ley, sino que dejara de aplicarla de forma selectiva*”⁹.

El manejo político sobre la policía desencadenó en reformas administrativas para profesionalizar la institución y encuadrar su actuar al mandato legal. Esto produjo el distanciamiento de la clase política, y (como efecto no deseado) el alejamiento de la comunidad. Las reformas de este tipo hicieron que predominara un modelo reactivo (represivo) de vigilancia y control. Un modelo que llevó a la profesionalización de la institución, al uso de nuevas tecnologías y a la existencia de una carrera policial. Desafortunadamente, estos cambios tampoco dieron los resultados esperados. Persistió la distancia entre la policía y la comunidad y fue necesario admitir que el modelo de vigilancia no funcionaba; por cuanto no prevenía el delito e incluso generaba más inseguridad. Esta situación desencadenó que en las décadas de los 70 y 80 se desarrollaran acciones civiles de repudio en contra de la policía, y estas manifestaciones condujeron a que se comenzara a hablar nuevamente de la policía comunitaria¹⁰. En este momento resurgen los principios de Sir Robert Peel, como refundadores del actuar de la policía comunitaria. Para Chalom¹¹, estos principios se traducen en: (i) la misión básica de la policía es prevenir la criminalidad y el desorden público; (ii) la capacidad de la policía de concretar la misión institucional depende de la aprobación pública de su actuar; (iii) la libre cooperación de la ciudadanía en el acatamiento de la ley para asegurar el respeto de la población; (iv) el apoyo público se logra no por complacencia, sino demostrando un absoluto e imparcial servicio a la ley; y, finalmente, (v) el uso de la fuerza policial se requiere solo y en grado necesario para cumplir con la ley, cuando la persuasión, exhortación y advertencias resultan ser insuficientes. Agrega Chalom que el modelo de policía comunitario y sus principios se representan en la figura del patrullero a pie, de quien se espera ha de asegurar el orden además de entrar en conexión directa con la comunidad¹².

Una visión crítica sobre la policía comunitaria la encontramos en Aniyar de Castro¹³, para quien este modelo es solo una solución oportunista en respuesta a los

⁸ Greene, Jack, *La policía de proximidad en Estados Unidos: Cambios en la naturaleza, estructura y funciones de la policía*, National institute of Justice, New York y Granada, 2006.

⁹ Greene, Jack, *obr. cit.*

¹⁰ Varela, Jorquera, Fernanda, *Modelos internacionales de policía de orientación comunitaria*, Subsecretaría de Carabineros, Santiago.

¹¹ Chalom, Maurice, *et al.*, *Seguridad ciudadana, participación social y buen gobierno: El papel de la policía*. Centro de las Naciones Unidas para los asentamientos humanos (HABITAT-UN), Centro Internacional para la prevención de la criminalidad, Ciudades más seguras, Ediciones Sur. Santiago. 2001.

¹² Chalom, M, *obr. cit.*

¹³ Aniyar de Castro, Lolita, *El abolicionismo en marcha: Nuevos modelos de control*. Participación ciuda-

constantes alzamientos de las minorías, las que protestaban por la constante discriminación policial. Otra visión, menos crítica, es la Brogden y Nijhar, para quienes la participación de la ciudadanía como apoyo a la labor policial resulta ser una opción conveniente si se quiere desarrollar estrategias de prevención del crimen de forma económicamente eficiente¹⁴.

La instauración del modelo policial comunitario también incidió en la promoción de los derechos humanos y ciudadanos. La participación comunitaria contribuyó a que el modelo se propagara a varios países de los distintos continentes y haber transformado al modelo en una verdadera filosofía de quehacer policial¹⁵. En este sentido, Trojanowicz señala que: *“La Policía Comunitaria implica un nuevo contrato entre la policía y los ciudadanos (...) esta nueva filosofía descansa en la creencia de que la gente, en la comunidad, merece influir en el proceso policial, a cambio de su participación y apoyo”*¹⁶. Estas ideas son el corolario de un cambio en las estrategias policiales, es decir, políticas de actuación dirigidas a comunidades específicas, de implementación gradual. La participación de la comunidad no es para generar simpatías y estadísticas de aprobación, sino una forma de canalizar de manera eficiente la lucha contra la criminalidad. No se trata de que la comunidad tome decisiones policiales, sino que esta sea oída y se generen espacios de intercambio de ideas. Un cambio en la cultura policial, es, esto en la forma en que los policías entienden su quehacer. No solo en labores represivas, sino de índole preventiva.

2.1. Características y objetivos del modelo

Se ha sostenido que el eje del modelo es procurar el bienestar de la comunidad, elevando su calidad de vida. El accionar policial se dirige a la protección de la comunidad frente al crimen, considerando que la policía es parte de la comunidad. En tal sentido, Butler señala: *“La misión de la policía comunitaria es aumentar la confianza y satisfacción de la policía entre sus habitantes”*¹⁷.

Autores como Bayley y Skolnick¹⁸, luego de examinar diversas experiencias en el orbe, plantean las siguientes características que debe presentar el sistema comunitario:

dana y policía comunitaria. El caso de América Latina /en/ Revista Société Internationale de Defense Sociale pour Politique Criminelle Humaniste, 2003.

¹⁴ Brogden, Mike; Nijhar, Preeti, *Community Policing: National and International Models and Approaches*, Willan Publishing, UK, 2005.

¹⁵ Neild, Rachel, *Temas y Debates en la Reforma de la Seguridad Pública: Una guía para la sociedad civil*, Washington Office on Latin America, Washington DC, 1998.

¹⁶ Trojanowicz, Robert, *et al.*, *Community Policing. A Contemporary Perspective*. Anderson Cincinnati Publishing Co. 2, 1998.

¹⁷ Butler, Tony, *La Policía Comunitaria en el Reino Unido* /en/ Gloucestershire, s.e., Febrero, 2000.

¹⁸ Bayley, David; Skolnick, Jerome, *Theme and Variation in Community Policing* /en/ *Crime and Justice: a review of Research*, vol 10, 1988.

1. **Prevención del crimen basado en la comunidad.** La policía debe mostrar presencia en la ciudad, ser visible y accesible con el fin de reducir el miedo y disuadir el crimen. La comunidad debe ser capaz de reconocer a la policía, estar en contacto directo con ellos. En el caso de Chile a través del plan cuadrante se ha pretendido este acercamiento.
2. **Reorientación del patrullaje.** El patrullaje debe tener una conexión profunda con la comunidad, no solo responder a llamados de emergencia. La policía patrulla como una rutina instaurada, no solo ante situaciones de riesgo, sino para marcar presencia policial en las calles.
3. **Aumentar la rendición de cuentas.** El sistema no solo implica escuchar a la comunidad sino también aceptar críticas a su trabajo. Este punto es complejo de regular, por cuanto solo en la medida que el acercamiento policía-comunidad sea real, las personas sentirán confianza para plantear quejas. Para Bayley y Skolnick¹⁹ la apertura policial es un gran avance, por cuanto contrasta con la idea arraigada en los cuerpos policiales de que son ellos quienes mejor saben lo que se debe hacer para proteger a la comunidad.
4. **Descentralizar el mando.** La forma tradicional es descentralizar geográficamente (unidades, cuadrantes). Para que esta labor sea eficaz, se requiere que la policía tenga la libertad de actuar de acuerdo a su propia lectura de las condiciones locales. Esta idea exige que no se generen fórmulas centralizadas para afrontar los problemas, sino que las necesidades de la comunidad sean las que administren y orienten el actuar de los funcionarios. Actuar diversamente significa apartarse del modelo centralizado, es decir, utilizar la descentralización de los mandos como una oportunidad para mejorar la imagen pública del rol policial²⁰.

La comunidad ha de sumir un rol activo dirigido por una parte al estudio de los problemas delictuales presentes en su entorno y además evaluar el desempeño de las actuaciones policiales. Esto puede ejecutarse a través de elementos operativos como: reuniones permanentes con las asociaciones comunitarias, capacitación para los vecinos en cuanto a prevención del delito, información sobre el patrullaje a pie, talleres de resolución alternativa de conflictos, instrumentos de recolección de datos, para conocer la opinión del vecindario y planificación de las necesidades y las acciones a implementar para cubrirlas²¹.

Para el buen funcionamiento del modelo comunitario, es necesario un actuar policial acorde. No se trata solo esperar la buena voluntad policial, sino que todos

¹⁹ Bayley, David, obr. cit.

²⁰ Aniyar de Castro, Lolita, obr. cit.

²¹ Varela, Jorquera, Fernanda, obr. cit.

los funcionarios deben actuar conforme a estas nuevas directrices. Los cambios se orientan a lograr un “estilo empresarial” en el actuar policial. En otras palabras, esto significa que la policía debe tomar riesgos, elevar sus estándares de respuesta y de satisfacción de los ciudadanos en sus actuaciones, descentralizar sus secuencias de mando y sus servicios²².

Greene²³ requiere además que la interacción de funciones entre la policía y la comunidad se fundamente en una relación de asociatividad (*partnership*), la que debe extenderse a otras agencias públicas y privadas que sirven e impactan en la comunidad y que se vinculan con la policía.

El proceso de apertura policial implica cambios en la gestión habitual de las cosas, por cuanto los nuevos desafíos y la participación de otros actores sociales, conllevan la necesidad de desarrollar nuevas dinámicas en los cuerpos policiales. En esta línea de pensamiento Greene ha dicho: “*Estas nuevas habilidades se relacionan con un mayor poder de discrecionalidad de la policía, agregando que muchas veces se considera que el papel de la policía se ha incrementado desde ser solo un instrumento gubernamental a un instrumento de diagnóstico social y de movilización comunitaria*”²⁴.

2.2. Objeciones al modelo

La instauración de un modelo de policía comunitaria genera resistencias ya que cambiar el paradigma de la actividad policial, centrado en principio en acciones represivas a ideas preventivas, no es cuestión simple. Las principales dificultades son las siguientes²⁵:

1. La misma policía ve en el modelo comunitario solo un cambio de imagen y la asignación de tareas adicionales. Una posible solución puede ser la creación de incentivos, que los policías no vean esto como una recarga de trabajo²⁶. La idea de combatir la cultura policial hace referencia al modo de entender el actuar policial; como se ha dicho, los policías piensan que solo ellos saben cómo aplicar la ley y qué es bueno para los ciudadanos.
2. En esta misma línea se presentan problemas en la estructura policial; así, los mandos medios, ven en el modelo una pérdida de su poder; la descentralización para ellos es el posicionamiento de los subalternos y pérdida en la seriedad de la

²² Bayley, David, obr. cit.

²³ Greene, Jack, obr. cit.

²⁴ Greene, Jack, obr. cit.

²⁵ Varela Jorquera, Fernanda, obr. cit.

²⁶ Skogan, Wesley, obr. cit.

actividad policial, lo que ejemplifica el problema de la “cultura policial”; de tal forma, los policías en estas nuevas estrategias comunitarias, organizan charlas en los barrios acerca de los problemas de las drogas, el alcohol, etc. Estas simples prácticas pueden resultar frustrantes para una policía acostumbrada a combatir, que ve estas actividades como un trabajo social²⁷.

Relacionado con los problemas al interior de la policía, aparece otra dificultad. Los cambios de liderazgo generan conflictos por cuestiones administrativas internas (promociones y bajas) o bien cambios del gobierno central o local. Estos inconvenientes pueden poner en peligro los proyectos comunitarios ya instaurados y los avances obtenidos en la medida en que todo los cambios de administración implican una evaluación (y muchas veces la corrección) de la administración saliente.

3. Discusión provoca la evaluación de las prácticas comunitarias tanto en su dimensión real como en los resultados generados. ¿Cómo se mide el impacto de sus estrategias? ¿Su efectividad en el medio en el que son incorporadas? Aunque existen ciertos progresos al respecto, en los últimos años “*gracias a las investigaciones vinculadas a los estudios de victimización, del temor al delito, a la satisfacción del público o de los policías*”²⁸ es evidente la falta de herramientas que permitan medir o cuantificar resultados.
4. Otro asunto problemático para el modelo, es la escasa cooperación de los municipios con los diversos servicios policiales, ya sea por razones burocráticas, políticas, presupuestarias. Skogan²⁹ señala que este es uno de los problemas más difíciles de superar para los promotores del policiamiento comunitario, pues si la implementación solo dependiera de los esfuerzos policiales, este sería un fracaso. En este entendido, la participación de la comunidad no es automática, pues debemos considerar las resistencias históricas, culturales, entre la policía y comunidad. Sí se quiere una relación de poder y jerarquía, donde los ciudadanos han sido los súbditos. Se hace necesario, entonces, promocionar y difundir las nuevas estrategias para producir un acercamiento gradual de la comunidad. Aquí la publicidad juega un rol activo en lograr persuadir a los ciudadanos de los beneficios que trae la implementación del modelo.

²⁷ Normandeau, André, *La Policía Comunitaria en Norteamérica* /en/ Cuadernos de Criminología, Policía de Investigaciones de Chile, Instituto de Criminología, N° 5, Chile, 1995.

²⁸ Normandeau, André, obr. cit.

²⁹ Skogan, Wesley, obr. cit.

3. El caso chileno

Estas ideas han tomado fuerza en Carabineros de Chile. Sin embargo, el plan cuadrante no implementa un modelo de policía comunitaria puro. En esta institución se sigue lo que se ha denominado “*community policing*”, que es una variante moderada del modelo, que consiste en involucrar a la sociedad en una labor más estrecha con la policía sin hacer reformas profundas en el funcionamiento institucional³⁰.

Carabineros de Chile es una institución policial centralizada, uniformada y castrense, compuesta por alrededor de unos 37.000 mil funcionarios, enmarcada dentro de una estructura político-administrativa también centralizada³¹.

El momento cúlmine para la asunción de los postulados del modelo comunitario en esta policía, se dio en el año 2001 (el inicio de estos planes se remontan a la década de los 90 con la implementación del *Plan cuadrante de seguridad preventiva*³² (plan enmarcado dentro de un plan estratégico nacional³³). Los objetivos específicos del plan son dos: potenciar la vigilancia policial preventiva, es decir, aumentar los controles informales, involucrando a los miembros de la comunidad en la solución de las problemáticas delictuales mediante la responsabilización de sus miembros, y dinamizar el actuar policial para dar respuesta oportuna y eficaz a los requerimientos de la comunidad, lo cual evita una sobreacción policial.

Se puede señalar que el diseño del Plan cuadrante se sitúa dentro de los principios del modelo de policía comunitaria. Se reconocen en este plan estratégico las siguientes similitudes: la descentralización del mando, la intervención comunitaria enfocada en la presencia policial visible en la comunidad; la interacción entre la policía y la comunidad a través de la generación de espacios de cercanía y comunicación. Revisaremos cada una de ellas en las siguientes líneas:

1. Para la implantación del Plan cuadrante³⁴ se hizo necesaria la división del territorio jurisdiccional de cada comisaría; estas se subdividieron en sectores llamados cuadrantes que corresponde al territorio entregado a la vigilancia de

³⁰ “Si se quiere que las fuerzas policiales participen eficazmente en la construcción de aglomeraciones urbanas seguras y sustentables, habrá que tomar en consideración una serie de aspectos que constituyen los desafíos de un buen gobernar. Ellos se relacionan con una transformación cualitativa de las organizaciones policiales, el mejoramiento de sus relaciones con la sociedad civil y la participación de la policía como actor cooperador esencial en el desarrollo urbano”. Chalom, Maurice, *et. al.*, obr. cit.

³¹ Ver www.carabineros.dechile.cl

³² Días, Javiera, Relación Policía-comunidad. Análisis de la experiencia del plan cuadrante en Chile [online]. Disponible en la World Wide Web: http://www.policiasysociedad.org/userfiles/javieradiaz_esp.pdf

³³ Ver www.plan.cuadrante.cl

³⁴ Varela, Jorquera, Fernanda, obr. cit.

una dotación específica de policías. La división precedente no es arbitraria, sino que está fijada en razón de características geográficas y demográficas (territorio, número de personas residentes), para luego integrar información respecto a ocupación de la población residente, edad, actividades económicas, detectar sitios de conflicto o peligro (espacios abandonados, tipologías delictivas presentes en la zona). Permite así que la policía intervenga en los espacios materiales, ya que conociendo el perímetro se inhibirán posibles delitos que se ven favorecidos por algunas condiciones materiales³⁵.

El conocimiento de las personas que integran el grupo es fundamental, ya que así se podrá actuar de acuerdo a las necesidades del grupo comunitario³⁶. Se produce un manejo eficiente de los recursos y estrategias. No es igual intervenir en una ciudad como Santiago, que en una comunidad como, por ejemplo, Isla de Pascua. Acorde con esto, la asimilación debería ser gradual, porque la comunidad ha de sentirse paulatinamente involucrada³⁷.

2. La asignación de recursos materiales tiene relación con las características de los cuadrantes, los cuales determinan el tipo de vigilancia: motorizado, en vehículo o a pie. La distribución de los recursos humanos o materiales es de acuerdo a los requerimientos de cada cuadrante. Estos se clasifican en base a niveles específicos de intervención en razón de delincuencia presente en el cuadrante. De acuerdo al nivel en que se clasifica el cuadrante, se le asignan las llamadas Unidades de Vigilancia Equivalentes (U.V.E.), las cuales expresan un valor que determina el tipo de recurso, es decir, mientras mayor sea el nivel de frecuencia de delitos en el cuadrante, mayor cantidad de U.V.E. se le asignarán. Este sistema implica una interacción policía-comunidad acorde con las necesidades puntuales del sector, así como una presencia policial visible. La policía como socio comprometido de la comunidad³⁸.

Es común a todos los cuadrantes la duración del servicio, el cual consiste en tres turnos de 8 horas, de las cuales 6 horas corresponden a movimiento y desplazamiento por la zona y 2 horas en detención. Sin embargo, la frecuencia de las rondas también está determinada por el nivel al cual pertenece el cuadrante.

3. Mejorar la gestión preventiva de cada cuadrante, significa que el personal a cargo de este obtenga una progresiva identificación con los vecinos y la zona a su cargo. Este conocimiento permite obtener información relevante captada del contacto directos con los vecinos y lograr que la comunidad reconozca a sus

³⁵ Laurrari, Elena; Cid, José, *Teorías Criminológicas*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 2001.

³⁶ Muniz, Jaqueline, *obr. cit.*

³⁷ Varela, Jorquera, Fernanda, *obr. cit.*

³⁸ Ídem.

policías, sintiéndolos comprometidos, accesibles, francos y profesionales en el ejercicio de las funciones encomendadas³⁹.

4. Conclusiones

La implementación de un modelo de policía comunitaria no es tarea fácil, porque lo que funciona para determinados sistemas policiales, no es garantía que para otros sea igualmente eficaz. La adopción de una nueva estrategia en materia de acción policial requiere ciertos ajustes. Ajustes que provienen desde el examen de los mismos principios que sustentan el modelo.

Una reforma a la institución policial en sede comunitaria, es una cuestión paulatina, no es un milagro, por cuanto no se trata de estrategias o una lista de actividades a seguir, sino más bien de una nueva filosofía policial. Filosofía que implica cambios profundos en los agentes involucrados. Cambios que en lo que respecta a la institución policial y sus miembros es transversal, entendiéndose que las instituciones policiales tienen sus propios parámetros culturales y que el acercamiento a la comunidad no es fácil. Esta filosofía o cultura policial no es otra cosa que cómo entiende la policía su actividad, cómo ven ellos su misión institucional. Desmitificar ideas tales como que son ellos los únicos que saben qué es lo mejor para la ciudadanía, puesto que ellos conocen la ley.

Faltan estudios empíricos que indiquen la efectividad de estos planes en lo que es la preocupación fundamental de las sociedades actuales, la prevención y reducción de la criminalidad. En sociedades como la latinoamericana, es un avance que la policía gane la confianza de la comunidad, que a través de este contacto directo pueden idearse fórmulas eficaces para problemas cotidianos, considerando las especiales condiciones de cada grupo.

La descentralización de la policía y sus mandos es útil como medio de manejar mejor los recursos. Además de permitir adecuar, por una parte, la intervención y, de otra, las soluciones en relación a las necesidades concretas. Estos planes han de tener cierta continuidad y no estar sujetos al gobierno de turno, no transformarse en acciones que solo buscan la legítima temporal, la simpatía del electorado.

Para el caso de Chile, se observa una reestructuración policial, que ha venido avanzando en el tiempo. Siguiendo a Patricio Tudela⁴⁰, la actuación policial se ha transformado en un tema nacional. Mediante la integración y participación real de la

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Tudela, Patricio, *Sociedad y Policía: Desarrollo y retos de la función policial en las democracias latinoamericanas*, 2007.

sociedad civil en las policías se ha iniciado un proceso de acercamiento a los contenidos de “*community policing*”. Como se ha señalado, la supervisión ciudadana sobre la policía es un factor clave para el policiamiento comunitario; en consecuencia, la rendición de cuentas públicas orientadas a la responsabilización, la identificación de problemas y su solución, son procesos que deben estimularse.

Carabineros de Chile se ha involucrado en un proceso de policiamiento comunitario reflejado en la aplicación del Plan cuadrante⁴¹. Las tareas implementadas responden a una nueva manera de abordar el fenómeno delictual, cuestión que involucra a todos los miembros de la comunidad. En general, la cooperación entre los actores en sus nuevos roles es fundamental, ya que el objeto de todas estas prácticas no es otro que procurar el bienestar comunitario lo que a fin de cuentas significa que otras motivaciones deben abandonarse.

5. Bibliografía

- ANIYAR DE CASTRO, LOLITA, El abolicionismo en marcha: nuevos modelos de control. Participación ciudadana y policía comunitaria. El caso de América Latina /en/ Revista Socièté Internationale de Defense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste, 2003.
- BAYLEY, DAVID, Padrões de Policiamento: uma análise comparativa internacional, Núcleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2001.
- BUTLER, TONY. “La Policía Comunitaria en el Reino Unido”. Gloucestershire: s.e., febrero, 2000.
- CHALOM, MAURICE, *et al.*, Seguridad ciudadana, participación social y buen gobierno: El papel de la policía. Centro de las Naciones Unidas para los asentamientos humanos (HABITAT-UN), Centro Internacional para la prevención de la criminalidad, Ciudades más seguras, Ediciones Sur. Santiago. 2001.
- FRÜHLING, HUGO, Dos Décadas de Reforma Policial en América Latina: Factores para su éxito o fracaso, Banco Interamericano del Desarrollo BID. Washington, 2007.
- FRÜHLING, HUGO, Policía Comunitaria y Reforma Policial en América Latina. ¿Cuál es el impacto? Centro de estudios de seguridad ciudadana. Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2003.
- GREENE, JACK, La Policía de Proximidad en Estados Unidos: Cambios en la naturaleza, estructura y funciones de la policía, National Institute of Justice. New York y Granada, 2006.

⁴¹ Según informe del primer semestre del año 2009, emitido por Carabineros de Chile, 88 comunas de todo el país cuentan con el Plan cuadrante. Véase www.plancuadrante.cl

- MUNIZ, JACQUELINE, *Ser Policial é, sobre todo uma Razão de Ser, Cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado de Rio de Janeiro*, Tese de Doutorado em Ciências Políticas, IUPERJ, Rio de Janeiro, 2001.
- NEILD, RACHEL, *Temas y Debates en la Reforma de la Seguridad Pública: Una guía para la sociedad civil*, Washington Office on Latin America, Washington DC, 1998.
- NORMANDEAU, ANDRÉ, *La Policía Comunitaria en Norteamérica /en/ Cuadernos de Criminología, Policía de Investigaciones de Chile Instituto de Criminología, N° 5. 1995.*
- RICO, JOSÉ MARÍA, *El Rol Policial /en/ Ciudad y Seguridad en América Latina*, Flacso-Chile, 2005.
- SKOGAN, WESLEY, *Réformer la Police et la sécurité. Les nouvelles tendances en Europe et États-Unis*. Odile Jacob, 2004.
- SKOLNICK, JEROME; BAYLEY, DAVID, *Theme and variation in Community Policing /en/ Crime and Justice: a review of Research*, vol. 10, 1988.
- TUDELA, PATRICIO, *Sociedad y Policía: Desarrollo y retos de la función policial en las democracias latinoamericanas*, 2007
- TROJANOWICZ, ROBERT, *et al.*, *Community Policing. A Contemporary Perspective*. Anderson Cincinnati Publishing Co., 2, 1998.
- VARELA, JORQUERA, FERNANDA. *Modelos internacionales de policía de orientación comunitaria*. Subsecretaría de Carabineros.

AUTORES Y PARTÍCIPES EN EL TRÁFICO DE SUSTANCIAS ILÍCITAS... ¿DELINCUENTES O ENEMIGOS?

PERPETRATORS AND PARTICIPANTS IN THE DRUGS TRAFFICKING:
OFFENDERS OR ENEMIES?

CHRISTIAN SCHEECHLER¹

Resumen:

El planteamiento teórico del alemán Günther Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo ha sido analizado y criticado constantemente durante la última década. La utilización del concepto enemigo se ha generalizado en su uso, sin embargo, en muchas ocasiones este no es fiel a lo planteado por el autor. En específico, cuando se aborda el macrotema del narcotráfico, se considera a todos quienes participan en este mercado ilícito como enemigos, avalando un tratamiento de choque que pone en jaque la protección de los derechos humanos. En las siguientes líneas se intentará abordar conceptualmente la postura planteada por Jakobs, para determinar si su noción de enemigo abarca a todos los partícipes del tráfico de sustancias ilícitas o si bien corresponde hacer una o más diferenciaciones, con el objetivo de, dentro de la misma línea de pensamiento del alemán, y en sede político-criminal, darle un tratamiento diverso a quienes responden a los parámetros del concepto enemigo frente a quienes quedan al margen.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo, enemigos, narcotráfico, Jakobs.

Abstract:

The theoretical position of Günther Jakobs on the criminal law of the enemies has been analyzed and constantly criticized during the last decade. The use of the enemy concept has been generalized, however, in many occasions this it is not faithful to that outlined by the author. In specific, when this topic is approached fears of the drug traffic, it is considered all who participate in this illicit market as enemies, endorsing a crash treatment that it puts in check the protection of the human rights. In the following lines, it will be tried to approach the posture outlined by Jakobs conceptually, to determine if their enemy notion embraces all the participants of the traffic of illicit substances or although corresponds to make an or more differentiations, with the objective of, inside the same line of thought of german, to give a diverse treatment to those who respond to the parameters of the enemy concept in front of who it is to the margin.

Key words: Criminal law of the enemy, enemies, drugs traffic, Jakobs.

¹ Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco. Diploma de Estudios Avanzados DEA en Derecho penal por la Universidad de Deusto, España. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Correo: cscheechler@ucn.cl

1. Introducción

Es ya un lugar común divinizar o demonizar a Günther Jakobs cuando hablamos del Derecho penal del enemigo (DPE). Se sostiene por una parte que ha revitalizado el discurso dogmático de fines del siglo XX y principios del XXI, mientras que sus detractores sostienen que sus ideas minan las bases de un Derecho penal garantista, centrado en un Estado social democrático de derecho más que en un Estado policial.

Las ideas del jurista alemán han trascendido las fronteras de su país y se han instalado en el discurso dogmático, filosófico y político-criminal. Incluso, como no, ha sido recepcionado por los docentes de Derecho penal, y ya es posible encontrar tesis, trabajos o ponencias sobre las ideas del alemán, atacándolo en la mayoría de los casos, defendiéndolo en los menos.

El Derecho penal del enemigo, como construcción filosófica, jurídica y política criminal, ha sido esgrimido para fundamentar la lucha contra la criminalidad moderna, en la que las conductas delictivas asociadas al tráfico de drogas y estupefacientes cumplen un papel central. Sin embargo, los discursos vacíos o simplemente aproximativos pueden no dar fe sobre lo realmente propuesto por Jakobs, otorgando un fundamento medianamente incorrecto a las medidas jurídico-penales que se quieran justificar.

Estas ideas sueltas buscan aproximarse al concepto de enemigo que ha utilizado Jakobs en su obra, para determinar cómo ha sido recepcionado por la dogmática penal moderna y la política criminal, y de qué manera esto impacta en la determinación de quienes son los enemigos penalizados por su participación en los hechos delictivos relativos al tráfico de drogas. No es una crítica ni un respaldo al DPE ni a su concepto de enemigo.

2. Orígenes del enemigo

Es el mismo Jakobs quien distingue en la filosofía jurídica diferentes conceptos de enemigo. Por una parte, una posición más extrema, como la de Rousseau o Fichte, que consideran enemigos a todos los delincuentes, y por otra, el enfoque moderado de Hobbes o Kant.

El concepto de enemigo –que sugiere un ente disociado al ser social– puede encontrar sus primeras ideas en los tiempos modernos en la criminología lombrosiana, que distingue al enemigo como un ser anormal, reconocible por características somáticas y síquicas especiales, que lo hacen distinto del ser humano normal. Se habla de

un delincuente nato². Basta darle una somera revisión a las ideas de Lombroso sobre la prostituta, el artista o el anarquista, por ejemplo. Sobre la primera en particular sostiene que “la prostitución es el equivalente de la criminalidad en la mujer, o sea, la forma específica bajo la que se manifiesta la degeneración de esta”³, y elabora un perfil fisiológico de la prostituta, de acuerdo a su capacidad craneana, orbital o ángulo facial mínimo, entre otros factores. Habla Lombroso de las prostitutas natas, marcadas no por características lascivas, sino que por su locura moral⁴. Además, señala el autor –y esto no deja de ser curioso–, la prostituta congénita es altamente “glotona”.

Esa criminología, cuyo centro de estudio es el delincuente nato o patológico, enemigo de la sociedad, ha dado un paso al costado frente a aquella que se preocupa del delincuente común, mundano y oportunista, que hoy está más cerca de la escena de investigación y de quienes diseñan las políticas públicas, y que al mismo tiempo es más coherente con el Estado social y democrático de derecho, que mantiene a la igualdad como principio básico del ordenamiento jurídico. Según Garland, este cambio de paradigma ha permitido la inclusión del análisis económico en la criminología moderna, cuya ponderación de costo-beneficio se contrapone a quienes diseñan políticas del tipo tolerancia cero, que confían profusamente en el poder intimidatorio que la aplicación de la pena tenga en el delincuente no nato. La lógica institucional del costo-beneficio de las políticas públicas –en nuestro caso contra la droga– se contrapone a la política pública del ataque al enemigo⁵.

Esta nueva visión del delincuente se asocia a la Escuela Liberal Clásica, de la que surge una serie de principios importantes para el Derecho penal, entre los que se cuenta el principio “del bien y del mal”, según el cual el delito constituye un daño para la sociedad, y la persona del delincuente se representa como un elemento negativo y disfuncional del sistema social, o sea, el mal, mientras que la sociedad encarna el bien⁶. Este Derecho penal se ve expresado en los códigos penales de la segunda mitad del siglo XIX –como el chileno– y en muchos del siglo XX, teniendo como único bache los códigos y leyes especiales de los regímenes totalitarios del siglo XX, para quienes se consideraban “enemigos” del pueblo. Curiosamente, estos códigos revestían sus atrocidades con los principios básicos del Derecho penal liberal garantista.

En la actualidad, la tendencia político-criminal predominante aboga por un Derecho penal máximo, punitivista, ciertamente consolidado –desde la perspectiva pú-

² En Schilling Fuenzalida, Mario, *El nuevo Derecho penal del enemigo*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010, p. 32.

³ Peset, Mariano; Peset, José Luis (Estudio preliminar), *Lombroso y la escuela positivista italiana*, Ed. C.S.I.C., Madrid, 1975, p. 621.

⁴ Peset, obr. cit. p. 646.

⁵ Garland, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005, p. 304.

⁶ Aclara, como es del caso, que corresponde a una perspectiva ética, no jurídica. Schilling, obr. cit. p. 40.

blica— como la mejor y más barata herramienta del combate contra la delincuencia⁷. Dentro de este marco, encontramos una tendencia que considera al Derecho penal como instrumento de estabilización de la norma jurídica en particular y del ordenamiento jurídico en general⁸.

Cuando un delincuente comete un hecho de relevancia penal, entrega un mensaje comunicativo de desvalor contra la norma, el que a su vez es anulado por la pena como contramensaje de vigencia del ordenamiento normativo (prevención general positiva). Jakobs, sobre las ideas de Luhman, es uno de los más importantes exponentes de esta tendencia. Entre sus críticos, Gomes y Bianchini estiman que este es un discurso dirigido al público en general, a la masa, y que termina siendo la explotación de la ignorancia del hombre común, que acaba confiando en este discurso de mayor seguridad⁹. Bajo esta tendencia se esboza el Derecho penal del enemigo, un Derecho penal de segunda o tercera velocidad, casi un No-Derecho, como indica Schilling¹⁰.

3. ¿Qué es el Derecho penal del enemigo?

Para Cancio Meliá se trata de determinados sectores legislativos que normalmente tienen por objeto la delincuencia organizada, la delincuencia sexual reincidente o habitual, o el terrorismo, entre otras materias, y que constituyen el resultado de la fusión entre el Derecho penal simbólico y el clima crecientemente punitivista que existe en el debate político en relación con ciertas materias¹¹.

⁷ Un resumen de ideas en Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2ª ed. revisada y ampliada, 2001, pp. 20 y ss.

⁸ Véase, entre otros, García Martín, Luis, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Para una panorámica general, Montealegre Lynett, Eduardo (coord.) *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. *Obras básicas e imprescindibles: Luhmann, Niklas, Sociedad y sistema, la ambición de la teoría*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997; y Luhmann, Niklas, *Complejidad y modernidad de la unidad a la diferencia*, Ed. Trotta, Madrid, 1998; para la posición de Jakobs, véase, entre otras presentes en este trabajo, Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

⁹ Seguridad entendida como la “expectativa que podemos razonablemente tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques a nuestros bienes jurídicos más preciados por otras personas”. Muñoz Conde, Francisco, *El nuevo Derecho penal autoritario*, en De Toledo y Ubieta, Emilio, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 807. Las críticas, véase en Gomes, Luis Flávio; Bianchini, Alice, *Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal*, en Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Ed. Edisofer, Madrid, 2006, p. 594.

¹⁰ Schilling, obr. cit. p. 51.

¹¹ Jakobs, Günther; Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 59 y ss. Muñoz Conde agrega a modo de enumeración no taxativa, y en el contexto europeo, la inmigración ilegal. Muñoz Conde, Francisco, obr. cit. p. 804.

Jakobs no es el primero en utilizar el concepto de Derecho penal del enemigo, pero sin duda es quien lo ha puesto en el centro del debate penal moderno. Para Polaino, Jakobs es su máximo teórico, quien acuñó el concepto, pero no las normas ni los elementos básicos de la postura, como el propio concepto de enemigo¹². Ya el mismo Mezger se refería a ciertos “grupos especiales de determinadas personas, como por ejemplo, los delincuentes por tendencia”, que estarían regidos por un Derecho penal distinto al de la generalidad. O sea, algo así como enemigos sujetos a un Derecho penal para ciudadanos no comunes. Más claro queda el concepto cuando lo entendemos en su contexto: un proyecto de ley redactado por el jurista para el régimen nazi en 1943. Este proyecto buscaba combatir “extraños a la comunidad”, y contenía sanciones o medidas de seguridad como reclusión indefinida en campos de concentración, esterilización o castración para los homosexuales, bajo el argumento de la seguridad presente y futura del pueblo¹³.

Volviendo a Jakobs, entre quienes lo han estudiado existe consenso en el hecho de que existe un “primer Jakobs”, menos potente en el discurso sobre el enemigo, y que se encuentre cronológicamente ubicado entre el año 1985 y el término del milenio. Sobre el año 2000 en adelante surge un “segundo Jakobs”, consagrando su pensamiento en el libro *Derecho penal del enemigo*, publicado en conjunto con el español Cancio Meliá.

El Derecho penal del enemigo de Jakobs se caracteriza por los siguientes elementos¹⁴:

¹² Polaino Navarrete, Miguel; Polaino-Ürts, Miguel, *Derecho penal del enemigo; desmitificación de un concepto*, en Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Ed. Edisofer, Madrid, 2006, p. 630. En el mismo sentido, véase Acedo Quezada, Octavio, *¿Resurgimiento del Derecho penal autoritario? A propósito de una denominación*, en AA. VV., *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán 50 años de vida académica*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2008, pp. 13 y ss. Pastor, en tanto, incluso le resta importancia a lo propuesto por Jakobs, señalando que nada ha cambiado realmente desde que Jakobs (el segundo) entró fuertemente en escena con el cambio de siglo. Pastor, Daniel, *El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, en Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Ed. Edisofer, Madrid, 2006, p. 517.

¹³ Muñoz Conde, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª ed. 2003, p. 242. Esto trajo repercusiones y discusiones “privadas” entre Muñoz Conde y el propio Jakobs. Según narra el primero, el autor alemán habría escrito una carta a propósito de la publicación de Muñoz Conde sobre Mezger, calificando la interpretación del autor español como una “absurdidad”. Más detalles en Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, en Velásquez Velásquez, Fernando (coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez*, Ed. Temis S. A., Bogotá, 2005, pp. 407 y ss.

¹⁴ Schilling, obr. cit. p. 56. Un ensayo sobre las características en Viquez, Karolina, *Derecho penal del enemigo. ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?* /en/ Revista Política Criminal, N° 3, 2007, A2, pp. 1-18, [fecha de consulta: 4 de enero de 2011] Disponible en la World Wide Web: <http://www.politicacriminal.cl>

- Supone un adelantamiento de las barreras de protección, dejando de ser un Derecho de *ultima ratio* para transformarse en uno de *prima ratio*;
- Este Derecho penal no solo mira hacia el pasado, al hecho realizado, sino que también al hecho futuro, al que posiblemente se realice, que fundamenta, por ejemplo, las medidas de seguridad contra sujetos peligrosos. Prospectiva en vez de retrospectiva;
- Es el punto de transición entre un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal de lucha o de combate, cuestión altamente discutible;
- Conduce a un relajamiento de las garantías procesales;

A esto, autores como Cornacchia agregan la punición desproporcionada para actos preparatorios o de ejecución imperfecta. No obstante, este mismo autor considera que el DPE sigue siendo Derecho, toda vez que sigue siendo racional, por tanto conoce límites (derecho a la vida, prohibición de esclavitud, torturas o tratamientos inhumanos, principio de tipicidad o prohibición de retroactividad), es judicializado y sigue sujeto a un control de legitimidad¹⁵.

Esta postura dogmática avanzó de la mano de una verdadera “enemiguización” de la legislación penal moderna, sobre todo después de los atentados terroristas por todos conocidos. Quizás por el mismo hecho –la “enemiguización”– comenzaron a aparecer las críticas a la postura del alemán¹⁶.

Pero más allá de estas, Jakobs buscó sustentar su posición en la filosofía de autores como Rousseau, Kant o Hobbes, quienes ya habían utilizado, aunque con matices, el concepto de “enemigo”. Por lo mismo es conveniente una breve, pero clave, revisión histórica del concepto de enemigo en la filosofía jurídica y en la dogmática penal.

4. ¿Quién es el enemigo?

Los romanos realizaban una importante distinción entre *inimicus* y *hostis*. El primer concepto aludía al enemigo personal, teniendo un ámbito más restringido. El *hostis* en tanto era el enemigo público, que era visto como negación absoluta del otro ser, o sea, una especie de no persona, encarnado principalmente por el extranjero, elemento rebosante de hostilidad. Este sujeto estaba fuera de la comunidad, carecía de derechos en lo absoluto. Por lo mismo, no extraña que en muchas culturas antiguas la pena más grave fuera el destierro o la expulsión de la comunidad, ya que

¹⁵ Cornacchia, Luigi, La moderna *hostis iudicatio*. Entre norma y estado de excepción”, en Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Ed. Edisofer, Madrid, 2006, pp. 447 y ss.

¹⁶ Críticas, véase Schilling, obr. cit. pp. 59-61.

dejaban al expulsado en calidad de extranjero, sin derechos, o sea, un enemigo, pero en estricto rigor, un *hostis*¹⁷.

El *hostis*, particularmente el *judicatus*, era un enemigo declarado de la república, previa manifestación en ese sentido del Senado, quedando el ex ciudadano en condición semejante a la del esclavo, siendo objeto y sujeto de las penas que les estaban vedadas a los ciudadanos. Si hacemos paralelismos con los usos modernos del concepto enemigo, vemos que, al parecer, esto se acerca más al *hostis* romano que al *inimicus*.

Uno de los errores más comunes en las crónicas sobre el Derecho penal del enemigo y sobre Jakobs es identificar en su postura al enemigo con el delincuente. Sin embargo, el autor alemán aquí es muy claro, “*No todo delincuente es un enemigo*”. A *contrario sensu*, hay delincuentes que sí son enemigos.

Para la determinación del enemigo, Jakobs recurre a la filosofía clásica, amparado al menos en parte en el uso que filósofos como Rousseau o Fichte le dieron al concepto. Para el autor del contrato social, todo malhechor, al atacar el Derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. El proceso judicial sirve para declarar que este sujeto ha roto el pacto social y ya no es parte del Estado, debiendo ser separado de este mediante el destierro, como simple infractor del pacto, o con la muerte, si es el enemigo. Un enemigo así no es persona moral, sino solo hombre, y entonces el Derecho de guerra consiste en matar al vencido¹⁸.

Más radical es la postura de Fichte, al afirmar que todo delito excluye el Estado, y que la ejecución del criminal no tendría la naturaleza de una pena, sino de un instrumento de seguridad¹⁹. Esto, sin duda, está en la misma línea de Jakobs cuando este afirma que el Derecho penal del enemigo es el Derecho penal de las medidas de seguridad. Sin embargo, el propio autor de forma expresa se desmarca del radicalismo de tales posiciones, afirmando que el criminal –no usemos aun el concepto enemigo– debe mantenerse dentro del ordenamiento jurídico, tanto para reivindicarse con la sociedad como para reparar el daño causado²⁰. En realidad, su línea de pensamiento parece cercana a Hobbes, quien también distingue entre delincuentes y enemigos. Los primeros seguirían siendo ciudadanos, con carta de derechos, sin embargo, aquel

¹⁷ Schilling, *obr. cit.* pp. 85-86. Los romanos distinguían entre el *hostis alienígena*, que mantenía algún nivel de protección jurídica en el *ius gentium*, y el *hostis judicatus*, declarado así por el Senado en virtud de su función de *auctoritas*. En este último caso, el ciudadano romano que amenazaba la tranquilidad o seguridad de la república vía traiciones o rebelión, podía declararse enemigo, *hostis judicatus*.

¹⁸ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Ed. EDAF, Madrid, 2007, p. 83.

¹⁹ Fichte, Johann Gottlieb, *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 316.

²⁰ Schilling, *obr. cit.* p. 91.

que incurre en la rebelión, en cuanto verdadera recaída al estado de naturaleza, merece el apelativo y la calificación de enemigo²¹, asimilando esto a la guerra de cada uno contra su vecino²².

Por otra parte, Kant considera que se puede considerar enemigo a aquel que ha lesionado a otro, estando en un estado de paz, poniendo en peligro este estado. Si un vecino no da garantías de mantener el estado de paz, puede ser hostilizado y tratado como enemigo (*hostis*, no *inimicus*). Para estos últimos, habría un Derecho penal del enemigo, coincidiendo con Hobbes, mientras que para el que lesiona o amenaza no de modo persistente –delincuente ocasional– habría un Derecho penal del ciudadano. Para Jakobs, este último mantiene la vigencia de la norma, mientras que el Derecho penal de enemigo combate peligros. El cabecilla u hombre de atrás de una banda organizada de delincuentes es un sujeto peligroso, que debe ser interceptado en un estadio previo a la comisión de un hecho delictivo. Son estados hostiles entre sujetos que se infringen actos de hostilidad (Estado y enemigo).

Schmitt, en tanto, a quien se ha pretendido firmemente vincular ideológicamente con Jakobs, incorpora a su concepto de enemigo –y su *alter*, el amigo– un componente concreto, aterrizándolo a la realidad de los pueblos, que se agrupan en amigos y enemigos hasta hoy en día, con independencia de cualquier otra valoración económica o moral. Enemigo, para Schmitt, es un conjunto de hombres que se opone, eventualmente, en forma combativa a otro conjunto de hombres²³. El enemigo es enemigo político, y lo es tal en tanto haya eventualidad de lucha, también en su aspecto concreto –armado– con posibilidad de muerte, y no solamente intelectual. Para el mismo autor, la lucha armada entre unidades políticas organizadas es una guerra, y esta se transforma en civil si esa lucha armada se da en el seno de una unidad organizada. La guerra pasa a ser la realización extrema de la enemistad, y le da sentido al concepto de enemigo.

En estas circunstancias, Schilling apunta un elemento importante respecto a la concepción del enemigo en la actualidad (ya alejado del concepto de enemigo en el estado de naturaleza precivil). El enemigo no tiene identidad, es anónimo, descono-

²¹ Cabe recordar la contradicción de ideas con Locke, para quien la resistencia al soberano es el ejercicio de un derecho, que el sujeto tiene con anterioridad a la sociedad civil (estado de naturaleza regido por la ley natural). Este mismo sujeto, para Hobbes, es un enemigo, peor que el criminal. Schilling, *obr. cit.* p. 101.

²² Hobbes no admite la resistencia al soberano, pues importaría reintroducir el *bellum omnium contra omnes* (la guerra de todos contra todos), y es por eso que quien resiste el poder del soberano no es penado, sino sometido a una contención forzada, ya que no es un delincuente, sino un enemigo. Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2ª ed., 1992, pp. 24 y ss.

²³ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Ed. Alianza, Madrid, 1999, citado en Schilling, *obr. cit.* pp. 117 y ss.

cido, lo que impide tener claridad respecto de quién hay que protegerse, lo que provoca inseguridad. Por ende, la cimentación cognitiva del derecho, sobre todo en la perspectiva funcionalista, depende de la identificación del enemigo²⁴.

5. El concepto de enemigo en Jakobs

Hay varios asuntos problemáticos respecto a la consideración del enemigo. La filosofía intentó una visión ontológica del mismo, de acuerdo a lo revisado en relación a Rousseau, Hobbes y Fichte, por ejemplo, sin una solución unívoca. En relación a su origen, no hay claridad sobre si el concepto de enemigo ocupado en la actualidad es jurídico o prejurídico. No hay una opinión dominante respecto a si es el Derecho penal el que configura al enemigo o es este el que recalifica al Derecho penal. Se discute incluso si el concepto de enemigo es valorativamente neutro o más bien una calificación peyorativa²⁵.

La existencia de una legislación “dura”, por llamarla de alguna forma, parecería ser un antecedente suficiente para entender que esta especie de “no persona” que sería el enemigo, pasa a ser un ciudadano de tercera clase, o derechamente un no ciudadano, resultando claro el carácter peyorativo del concepto²⁶. Al ser un elemento peligroso, el enemigo sería merecedor del rigor de la ley. Sin embargo, Jakobs no le da ese carácter, al hacer una analogía con la disolución de una persona jurídica, por ejemplo, donde esta deja de ser persona distinta de las que lo componen, o bien con el no nacido, que tampoco es persona desde una perspectiva jurídica, pero sí un ser humano. Agrega otras situaciones donde el sujeto que realiza un injusto que genera una legítima defensa o un estado de necesidad es considerado persona justamente para entender que debe soportar el riesgo de su actuar ilegítimo²⁷. La diferencia en el caso del *hostis* es que es este mismo el que, voluntariamente, se excluye del orden social, optando por ser una no persona, o

²⁴ Esto permitiría fundamentar ciertas medidas procesales como las escuchas telefónicas. Schilling, obr. cit. pp. 75 y ss.

²⁵ Es importante delimitar estas u otras cuestiones, como quién es el encargado de decir quién realmente es el enemigo, toda vez que sea cual sea la respuesta tendrá consecuencias importantes en el sistema jurídico. Muñoz Conde, Francisco, obr. cit. p. 816.

²⁶ La distinción amigo-enemigo es política, independiente de su valoración moral (bueno-malo) o económica (rentable-no rentable), por ejemplo. Schilling, obr. cit. pp. 118-119.

²⁷ “Que el agresor retire él mismo su agresión (lo cual a menudo no “costará” mucho) o que otro disponga una defensa que implique una intervención intensiva es, para los efectos que aquí importan, idéntico fenómeno por cuanto él mismo es el competente por los costes: el agresor, quien, por lo tanto, no es excluido, sino precisamente requerido como persona obligada a soportar los costes”. Jakobs, Günther, Personalidad y exclusión en Derecho penal, en Montealegre Lynett, Eduardo (coord.) El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 77-78.

bien derechamente nunca se incluyó en él²⁸. El autor alemán se basa en Fichte para asegurar que es posible perder la categoría de ciudadano, pero señala expresamente que él y Rousseau son demasiado abstractos en su separación entre ciudadanos y enemigos²⁹, alineándose con Hobbes y Kant, quienes, como se vio, distinguen conceptualmente entre Derecho penal del ciudadano y del enemigo³⁰.

Los sujetos que realizan conductas calificadas socialmente como terroristas, o de traición a la patria, o bien los que participan en la delincuencia organizada en general, se marginarían del orden social para transformarse en enemigos por su propia voluntad³¹. No sería el poder público o la ciudadanía siquiera quienes dan esa calificación. Si se asume este punto de vista deberíamos incluir también a la delincuencia relacionada con el tráfico de sustancias ilícitas. Esto es lo que puede extraerse, a priori, de la interpretación de las bases filosóficas de Jakobs³².

Para este, el delincuente puede ser considerado, desde la perspectiva del Estado, como personas que al delinquir han cometido un error, por una parte, o como individuos peligrosos a los que hay que impedir que destruyan el ordenamiento jurídico, por otra³³. Sin embargo, como dice el mismo autor, “no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico”³⁴.

El mérito de la Universidad de Bonn considera enemigo a aquel que no solo de manera casual delinque, sino que su comportamiento es una muestra palpable y presuntamente verdadera de que ha abandonado el derecho, impidiendo que la comunidad tenga sobre él al menos un mínimo de seguridad cognitiva sobre su comportamiento personal, y que lo manifiesta explícitamente en su conducta³⁵. En este rango

²⁸ Por este mismo hecho, para Pérez del Valle, no podría calificarse al Derecho penal del enemigo como Derecho penal de autor Pérez de Valle, Carlos, La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant /en/ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 10-03, 2008 [fecha de consulta: 10 de enero de 2011]. Disponible en la Word Wide Web: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>

²⁹ Jakobs, obr. cit. p. 27.

³⁰ Jakobs, obr. cit. p. 28.

³¹ El denominador común de todos estos delitos, y otros por cierto, es la reacción frente al poder establecido, por lo que sus hechos podrían calificarse como enemigos. Estos últimos están determinados por la coacción, no por el Derecho. Jakobs, obr. cit. pp. 25-26.

³² Schilling, obr. cit. p. 115. Pérez del Valle se cuestiona, siguiendo a Rousseau, si es posible realmente considerar al tráfico de sustancias ilícitas como validador de enemigos, concluyendo que al tratarse de hechos graves suponen un real quebrantamiento al pacto social, transformándose en sujetos incompatibles con la conservación del Estado. No darían, como dice Jakobs, las señales cognitivas correctas. Pérez del Valle, obr. cit.

³³ Jakobs, obr. cit. p. 47.

³⁴ Jakobs, obr. cit. p. 48.

³⁵ Muñoz Conde es ciertamente crítico en esto, afirmando que “una seguridad cognitiva total nunca puede ser garantizada por ningún sistema del tipo que sea”. Muñoz Conde, obr. cit. p. 816.

se encuentran, por ejemplo, el delincuente sexual –se debe suponer que el habitual, no el ocasional–, el delincuente económico, las organizaciones criminales y el tráfico de drogas, que es lo que interesa en estas líneas³⁶.

En tanto funcionalista, Jakobs entiende que toda normatividad requiere una base cognitiva, siendo persona solo quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal conforme a derecho. El enemigo no ofrece ese mínimo, por lo mismo, se transformaría en no persona. Esto, por supuesto, ha sido objeto de fuertes ataques de la doctrina, por ser, aparentemente, atentatorio contra los derechos humanos³⁷, al privar de ellos –al menos de forma parcial– a un grupo de sujetos³⁸. Esta peligrosidad es puesta de manifiesto por Muñoz Conde, al indicar que cualquier menoscabo a las garantías fundamentales en el proceso penal, propias y básicas del Estado de Derecho, podrán transformarse en un arma efectiva contra el enemigo, pero al mismo tiempo abren la puerta para que pueda colarse subrepticamente un Derecho penal de carácter autoritario, “tan incompatible con el Estado de derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras”³⁹. El enemigo, en la línea de Jakobs y el funcionalismo, es un “ente patológico” o “disfuncional”, que defrauda las expectativas normativas de la sociedad de la manera más grave⁴⁰, ergo, el propio sistema social puede proveerse de mecanismos para reafirmar la misma expectativa defraudada.

Jakobs reconoce como un hecho cierto que el legislador penal actual ha pasado a una legislación de lucha contra la criminalidad organizada, la delincuencia económica, el terrorismo y el tráfico de sustancias tóxicas, en la medida de que estos

³⁶ Schilling, obr. cit. p. 133.

³⁷ Sobre el asunto, desde la perspectiva del neoconstitucionalismo teórico y del garantismo, Núñez Leiva, José Ignacio, Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario /en/ Revista Electrónica Política Criminal, vol. 4, N° 8, diciembre, 2009, pp 383-407 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2010]. Disponible en la Word Wide Web: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf Para el autor, y a propósito del principio de la dignidad humana, “...un constitucionalismo garantista y dignatario, propuestas como el Derecho penal del enemigo presentan notorias incompatibilidades con el concepto de dignidad humana y por tanto, en virtud de lo ya descrito, serían también inconstitucionales. Para alcanzar tal cometido, resta únicamente que constatemos algunas tensiones y/o incompatibilidades entre el Derecho penal de enemigo y la dignidad humana”.

³⁸ Schilling, obr. cit. p. 136.

³⁹ Muñoz Conde, obr. cit. p. 817.

⁴⁰ La dicotomía persona/no persona es equivalente a Derecho penal del ciudadano/Derecho penal del enemigo, de acuerdo a Silva Sánchez, pero que, sin embargo, no se superponen. Esto no sería contradictorio pues un sujeto podría ser no-persona a efectos de la no imputación de responsabilidad, por un lado, y no-persona a los efectos de la inaplicación de ciertos principios tuitivos, en particular, algunas garantías político-criminales materiales y procesales, por otro. Silva Sánchez, Jesús María, Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status persona, /en/ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 09-01, 2007 [fecha de consulta: 10 de Enero de 2011]. Disponible en la Word Wide Web: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>

no prestan las garantías cognitivas mínimas para ser tratados como personas por el Derecho⁴¹.

Todos estos antecedentes, entonces, permitirían una conclusión inicial de acuerdo al pensamiento jakobsiano: los partícipes (en sentido amplio) de la criminalidad ligada al tráfico de drogas pueden ser considerados como enemigos (siempre desde la perspectiva del autor alemán). Puede afirmarse esto, pues habría una persistencia conductual contraria a los valores sociales de carácter permanente. No se trata de una delincuencia ocasional, sino de conductas permanentes en el tiempo, indefinidas y con clara intención de incrementar su alcance. Esa habitualidad y automarginación condicionan los elementos que impiden las garantías cognitivas requeridas por la ciudadanía para quienes participan de esta actividad.

Sin embargo, y aquí empiezan los problemas a esta conclusión inicial, cabe preguntarse si estas características alcanzan a todos los que participan de este tipo de delincuencia. Una respuesta negativa lleva a una siguiente conclusión: no todos los partícipes en los delitos de tráfico de drogas son enemigos. Se le dará una vuelta a esta idea.

6. ¿Quién es quién en el tráfico de drogas?

“Juan Pérez vive con su madre, su cónyuge, su hermana de 15 años y su hija, todas a su cargo. Su vivienda está hipotecada y él no puede hacer frente a esto, ni capital ni intereses. Su hija padece una enfermedad respiratoria, que de no operar urgentemente se transformaría en irremediable. No tiene los medios económicos para la operación. Juan empeña sus bienes y solicita un préstamo formal que le es negado. Pide dinero a un prestamista informal que accede, pero el dinero solo cubre los intereses de la hipoteca, sumado a lo que consigue a través de amistades. Cuando al menos se ha puesto al día con intereses y atrasos, sobreviene la enfermedad de su hija. La operación cuesta \$10.000.000, los que puede rebajar, pero en ningún caso a menos de \$2.000.000. Le ofrecen transportar droga a otro país, a cambio de una suma de dinero. Dada sus circunstancias, lo piensa y luego acepta. Sin embargo, duda y rompe el pasaporte que le proporcionan para efectuar el viaje. Él y su familia son amenazados por el hecho, por lo que finalmente accede a realizar el viaje”⁴².

Este Juan Pérez no necesariamente vive en Chile, no necesariamente viaja a España ni tampoco necesariamente se llama Juan Pérez. Sin embargo, es probable que quienes

⁴¹ Jakobs, obr. cit. pp. 40 y ss.

⁴² El caso es real y ha sido extraído de Martínez-Escamilla, Margarita, Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los ‘correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo español /en/ Revista Internacional de Derecho penal Contemporáneo, Ed. Legis, N° 12, 2005, p. 8.

operen en el sistema se hayan encontrado cien veces con tipos como él. En concreto, este Juan Pérez es un latinoamericano que viajó a España, siendo sorprendido por la policía peninsular. Habiéndose alegado estado de necesidad por parte de la defensa del individuo, el Tribunal Supremo español denegó tal eximente de responsabilidad, dejando fuera incluso la posibilidad de que se le considerara como eximente incompleta. Si cabe o no alegar tal causal de exclusión de responsabilidad penal no es el tema importante en estas ideas, sino que otra cuestión⁴³: ¿Podemos considerar, desde la perspectiva de Jakobs, que Juan Pérez es un enemigo? Porque, claro está, si el TS consideró que Pérez realizó una conducta típica, antijurídica y culpable, ha cometido un delito, y desde la fría perspectiva dogmática es un delincuente, y eso no se discutirá ahora, pero otra cosa distinta es afirmar, o intentar afirmar, que este Pérez es un enemigo.

Parece difícil a simple vista poder calificar a este sujeto, u otro cientos en su situación, con tal apelativo, al menos desde la concepción jakobsiana del mismo. En primer lugar, no estamos en presencia de un sujeto que habitualmente delinque, es decir, cuya actividad principal, cuasi profesión, sea la comisión de delitos de drogas, por mucho que lo haga más de una vez, sobre todo si su actividad principal, o al menos su esperanza, es una vida “normal” (Pérez tiene familia e hijos, y una hipoteca). No parece, como exige la filosofía jakobsiana, un elemento peligroso que pueda destruir el ordenamiento jurídico. Individualmente eso sería impensable, casi como destruir el medio ambiente tirando un papel a la calle, y su efecto acumulativo es altamente cuestionable en casos análogos, al menos como fundamento de la intervención penal al nivel del DPE.

No existe de parte de Juan Pérez una reacción frente al poder establecido, sino más bien un actuar de manera que el error pase desapercibido para seguir siendo parte del sistema social (“gano lo que necesito para la hipoteca –LA HIPOTECA–, y me salgo”). Este sujeto, habiendo cumplido la pena o incluso con cualquier sustitutivo que en abstracto pudiera comprenderse, parece perfectamente compatible con la conservación del Estado, al no tener la envergadura de un adversario del ordenamiento jurídico.

Es posible creer, sin hacer grandes elucubraciones, que la comunidad puede tener sobre su comportamiento al menos un mínimo de seguridad cognitiva y una proyección mínimamente esperable de reinserción al derecho, sobre todo al representar con su actuar una mínima muestra de respeto a los valores sociales (en el caso de Juan, mantención de la familia y la salud de los críos). Es esperable a su vez que, al ocurrir un hecho propio de la vida social –encontrar un trabajo “legal”, por ejemplo– no haya persistencia en el actuar delictivo.

⁴³ Martínez Escamilla realiza un interesante análisis sobre el rechazo que el Tribunal Supremo español ha realizado en forma sistemática a la aplicación del estado de necesidad, por razones dogmáticas y político-criminales, que la autora considera poco consistentes. Martínez-Escamilla, obr. cit. pp. 8 y ss.

Siendo más concreto, Juan Pérez puede estar perfectamente representado por los ciudadanos de países vecinos que ingresan al país con droga bajo la promesa de sumas de dinero mínimas (frente al riesgo) pero importantísimas para ellos. O bien la gran cantidad de mujeres-madres que cumplen condena en nuestros recintos penitenciarios por delitos de la Ley 20.000 o sus antecesoras. Y peor aún, quienes cumplen con ambos perfiles⁴⁴.

Juan Pérez o sus émulos han actuado contrariando una norma secundaria prohibitiva, pero no deberían ellos ser considerados enemigos de acuerdo a los parámetros de Jakobs, autor que, como ya se ha visto, distingue claramente entre delincuentes y enemigos. *Supra* se mencionaba la situación del exceso en la legítima defensa o la culpabilidad disminuida, situaciones donde existe un delito, pero el sujeto sigue siendo persona, no enemigo⁴⁵. Es más, Jakobs deja entrever incluso que no todo enemigo debe ser combatido, sino que a algunos deben ser estimulados por el Derecho penal, otros desconectados y solo los casos más graves serían objeto de combate, o sea, de Derecho penal de enemigos⁴⁶.

Ahora, diferente parece ser el caso de los grupos o asociaciones delictivas en el narcotráfico, pues, a diferencia de Juan Pérez, parecen cumplir al menos algunos de los elementos que los harían merecedores de la calificación de enemigos.

Es necesario recordar que, en el pensamiento de Jakobs, aquel delincuente que ya no presta garantías cognitivas sobre su personalidad se transforma en enemigo, lo que sucede cuando aquel se ha consagrado de un modo tácito y duradero a la delincuencia, lo que puede hacer a través de una conducta, como el delincuente sexual; de su medio de vida, como la criminalidad económica, el crimen organizado o la delincuencia relacionada con los estupefacientes; o bien a través de su vinculación a una organización, como sería el caso del terrorismo y, de nuevo, el crimen organizado y la delincuencia de estupefacientes⁴⁷. A estos, en cualquiera de las hipótesis, se les combate⁴⁸. La razón de esto radica en que el crimen organizado, tanto en drogas como en otros “mercados”, es capaz de desestabilizar los sistemas político y económico⁴⁹, transformándose, por usar jerga de Beck, en un inmenso foco de riesgo para la sociedad moderna.

⁴⁴ Estadísticas de la población penitenciaria al 2008, véase en Paz Ciudadana, Boletín Estadístico, [fecha de consulta: 10 de enero de 2011]. Disponible en la World Wide Web: http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20100414120800.pdf

⁴⁵ Jakobs, obr. cit. p. 82.

⁴⁶ Jakobs, obr. cit. p. 86.

⁴⁷ Jakobs, obr. cit. pp. 86-87.

⁴⁸ Lo ejemplifica Jakobs con la propia nomenclatura usada en Alemania a propósito de la legislación denominada “leyes de combate”. Jakobs, obr. cit. p. 85.

⁴⁹ Sánchez García de la Paz, Isabel, La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 63.

De lo dicho en la primera parte del párrafo anterior puede desprenderse que la delincuencia relacionada con las drogas y los estupefacientes admite ciertas clasificaciones o divisiones. El tamaño de la agrupación, su peligrosidad, alcances o formas de vida podrían ser los criterios que permitan sostener tal escisión. El mismo autor toma como ejemplo las bandas de ladrones alemanas en los años 30, que ya eran combatidas como enemigos. Sin embargo, no podemos negar que dichas bandas, como nuestros históricos Pincheira, no alcanzan la envergadura de las actuales organizaciones delictivas⁵⁰.

La criminalidad organizada en general, y el narcotráfico en particular, se caracterizan, entre otros elementos, por su internacionalidad, su organización extremadamente compleja, jerarquizada como una verdadera empresa transnacional de carácter delictivo, apoyo logístico con abundantes recursos tecnológicos, humanos, científicos y logísticos, profesionales especializados y con organigramas en extremo parecidos al de entidades militares o policiales⁵¹. La doctora Zúñiga Rodríguez distingue las características de esta criminalidad organizada en dos grupos: las esenciales y las contingentes⁵².

Las primeras son tres: la organización, el fin de lucro (salvo el terrorismo) y la comisión de delitos graves. Las contingentes son: la búsqueda de impunidad, el secretismo, las vinculaciones con el mundo empresarial y la política, la actividad internacional y la búsqueda del dominio del mercado.

La gran criminalidad del narcotráfico cumple prácticamente con todas estas características, siendo sin duda arquetípica dentro del crimen organizado. Y ese perfil, al menos desde una perspectiva general del problema, encaja con lo exigido por Jakobs para hablar de enemigos. A saber:

- Son un grupo que se constituye como elemento de alto peligro para el ordenamiento jurídico, y para los mismos agentes del sistema de justicia. Basta con ver la situación de Colombia y México, con jueces, fiscales o policías amenazados o derechamente muertos por estas mafias⁵³.

⁵⁰ Jakobs, obr. cit. p. 87. Otros ejemplos en España y Latinoamérica, Rodríguez, Laura, Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 38 y ss.

⁵¹ Lagos, Carlos, Políticas gubernamentales contra la criminalidad organizada, en Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre (coords.). Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, 2000, p. 39.

⁵² Zúñiga Rodríguez, obr. cit. pp. 126 y ss.

⁵³ Un pequeño apunte en Ríos, Viridiana, ¿Quién se vuelve narco y por qué? El Perfil del narcotraficante Mexicano [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2010]. Disponible en la Word Wide Web: http://www.gov.harvard.edu/files/uploads/Rios_EstePais_DealersS.pdf.

- Hay una opción voluntaria por excluirse del sistema social –aunque esto sea casi un imposible en forma absoluta–. Un vistazo a lo que ocurre con los piratas somalíes demuestra esto. Como expresaba un reportaje de la BBC, estos barbarrojas modernos “se casan con las chicas más hermosas, tienen los mejores autos, las casas más grandes y las últimas armas”, tienen sus propios sistemas de defensa y de resolución de conflictos. En resumen, prácticamente prescindieron del Estado y se constituyen en una nueva organización social⁵⁴.
- Lo anterior a su vez representa una fuerte reacción al poder establecido, siendo prácticamente incompatibles con la conservación del Estado.
- Su persistencia a contrariar los valores sociales mínimos conduce a que la sociedad no pueda tener sobre su comportamiento un mínimo de seguridad cognitiva, al demostrar un abandono casi completo del Derecho.

Las grandes mafias que trafican drogas repiten estas características, con matices obviamente, pero cumplen con los parámetros jakobsianos. Por ende, correrían la misma suerte: enemigos.

El problema sería la calificación de enemigos o no para la delincuencia asociada de pequeño o mediano tamaño. Algo así como “los Macaya”, “los Care´pelota” o “El Clan Gálvez Calderón” (conocidas bandas del hampa chilena), grupos cuyo núcleo central bordea la veintena de personas, unidos por vínculos familiares y cuyas redes alcanzan transversalmente varios sectores de las grandes ciudades. Si bien se cumple con el supuesto básico de estar organizados en grupos peligrosos, no parecen cumplir con los demás requisitos del enemigo de Jakobs, o si lo hacen es en menor escala⁵⁵. No pondrían en jaque al ordenamiento jurídico en su generalidad, pero sí es posible ver en su conducta y forma de vida una dañosidad manifiesta frente a los operadores jurídicos –fiscales, policías–.

Hay una exclusión parcial del sistema social en cuanto participan de una o más de sus instituciones. Hay una reacción al poder establecido –basta ver los problemas que tiene la policía para ingresar a ciertos sectores poblacionales tomados por las

⁵⁴ [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2010]. Disponible en la Word Wide Web: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_7735000/7735045.stm

⁵⁵ Clara es la idea, como lo apunta Sánchez García de Paz, de que quienes operan en el mercado de la droga terminan controlando, desde un mercado ilegal, ciertos sectores económicos legales, a través de la violencia o la corrupción, preferentemente. Por desgracia, parecen no existir estudios empíricos que demuestren si el mediano tráfico de estupefacientes tiene realmente un control sobre estos agentes legales (políticos, funcionarios públicos, etc.), o si más bien esto queda restringido a los grandes grupos. Sánchez García de la Paz, *obr. cit.* p. 45. En la doctrina nacional, véase Barra Gallardo, Nancy, *Fenómenos de corrupción en el mundo actual. Relación entre lo público y lo privado*, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2007, pp. 77 y ss.

bandas– pero en su magnitud no parecen poner en peligro la existencia y conservación del Estado, sino solamente dificultar su acción en ciertos ámbitos de la vida social. Finalmente, hay una subutilización de algunos valores sociales como la familia y la lealtad, pero una transgresión a otros absolutamente básicos como la vida, la seguridad o la seguridad. Esto último pone en jaque el mínimo de seguridad cognitiva exigido por Jakobs.

Estos grupos intermedios parecieran estar a medio camino entre el delincuente y el enemigo jakobsiano, por lo que es difícil justificar el DPE en su extremo más crudo. Sin embargo, y como señalaba *supra*, el mismo Jakobs deja entrever que no todo enemigo debiera ser combatido –o sea, ser objeto del DPE–, sino que algunos podían ser estimulados o desconectados (no aclara qué quiere decir con esto). Aquí podría estar el espacio para los macayas o care’pelotas. Los juanes perez seguirían considerándose delinquentes para el alemán, siendo las grandes organizaciones criminales el verdadero enemigo.

7. Conclusiones

Estas ideas no avalan ni pretenden avalar al DPE, sino solo discurrir sobre ciertos aspectos conceptuales importantes de la propuesta de Jakobs. Es principalmente una discusión en sede político-criminal, tendiente a clarificar conceptos usados muchas veces sin mayores escisiones, pero que requieren un análisis más allá de lo superficial ¿Para qué? Lo respondo con palabras de Muñoz Conde, quien frente a la pregunta de si, al aceptarse de lleno un DPE, implicaría la inclusión de la tortura como medio de investigación o la pena de muerte aplicada por tribunales militares de excepción, señala: “probablemente más de uno ya estará buscando argumentos jurídicos que avalen estas posibilidades. Sin duda, podrá encontrarlos en alguna construcción doctrinal...”⁵⁶.

8. Agradecimientos

Hago públicos mis especiales agradecimientos a Nadia Rojas Riquelme, por sus aportes en las correcciones de este trabajo, a quien confié por su minuciosidad, responsabilidad y dedicación al asumir cada una de las empresas que se le encomiendan.

⁵⁶ Muñoz Conde, obr. cit. p. 818.

9. Bibliografía

Libros

- BARRA GALLARDO, NANCY, Fenómenos de corrupción en el mundo actual. Relación entre lo público y lo privado, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2007.
- Fichte, Johann Gottlieb, Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- GARCÍA MARTÍN, LUIS, El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARLAND, DAVID, La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
- HOBBS, THOMAS, Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2ª ed., 1992.
- JAKOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, Derecho penal del enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- JAKOBS, GÜNTHER, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- LUHMANN, NIKLAS, Complejidad y modernidad de la unidad a la diferencia, Ed. Trotta, Madrid, 1998.
- LUHMANN, NIKLAS, Sociedad y sistema, la ambición de la teoría, Ed. Paidós, Barcelona, 1997.
- MARTÍNEZ-ESCAMILLA, MARGARITA, Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los 'correos de la cocaína' y el Tribunal Supremo español /en/ Revista Internacional de Derecho penal Contemporáneo, Ed. Legis, N° 12, 2005.
- MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO (coord.) El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª ed. 2003.
- NÚÑEZ LEIVA, JOSÉ IGNACIO, Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario /en/ Revista Electrónica Política Criminal, vol. 4, N° 8, diciembre, 2009, pp 383-407 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2010]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, *et al.*, Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

- PAZ CIUDADANA, Boletín Estadístico, [fecha de consulta: 10 de enero de 2011] Disponible en: http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20100414120800.pdf
- PÉREZ DE VALLE, CARLOS, La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant /en/ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 10-03, 2008 [fecha de consulta: 10 de enero de 2011]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>
- PESET, MARIANO; PESET, JOSÉ LUIS, (Estudio preliminar), Lombroso y la escuela positivista italiana, Ed. C.S.I.C., Madrid, 1975.
- POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE (coords.) Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, 2000.
- RÍOS, VIRIDIANA, ¿Quién se vuelve narco y por qué? El Perfil del narcotraficante Mexicano [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2010]. Disponible en: http://www.gov.harvard.edu/files/uploads/Rios_EstePais_DealersS.pdf
- RODRÍGUEZ, LAURA, Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, Ed. Comares, Granada, 2009.
- ROUSSEAU, JEAN JACQUES, El contrato social, Ed. EDAF, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, ISABEL, La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- SCHILLING FUENZALIDA, MARIO, El nuevo Derecho penal del enemigo, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010.
- SCHMITT, CARL, El concepto de lo político, Ed. Alianza, Madrid, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, La expansión del Derecho penal, Ed. Civitas, Madrid, 2ª ed. revisada y ampliada, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status persona, /en/ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 09-01, 2007 [fecha de consulta: 10 de enero de 2011]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO (coord.) Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez, Ed. Temis S. A., Bogotá, 2005.
- VÍQUEZ, KAROLINA, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? /en/ Revista Política Criminal, N° 3, 2007, A2, p. 1-18 [fecha de consulta: 4 de enero de 2011]. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl>

ARTÍCULOS CIENTÍFICOS



CIENCIA POLÍTICA

JÜRGEN HABERMAS, DEMOCRACIA, INCLUSIÓN DEL OTRO Y PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL DESDE LA ÉTICA DEL DISCURSO

JURGEN HABERMAS: DEMOCRACY, INCLUSION OF THE OTHER AND CONSTITUTIONAL PATRIOTISM FROM THE ETHICS OF THE SPEECH

JORGE ARAYA ANABALÓN¹

Resumen:

El presente trabajo sobre la ética del discurso de Jurgen Habermas, da cuenta de las connotaciones y exigencias para una democracia con legitimidad política y moral en nuestra sociedad. Entendiendo que una democracia radical no es algo dado por una sola vez y para siempre, sino el resultado de un proceso comunicativo que permite articular intereses distintos, donde están en juego la identidad, la solidaridad, la inclusión del "otro" y el patriotismo constitucional, entre otras cosas. Es decir, se puede corregir y recuperar el ideario normativo de la democracia moderna reduciendo la hegemonía de la racionalidad instrumental.

Palabras clave: Democracia, identidad, ética del discurso, patriotismo.

Abstract

This paper about Jurgen Habermas, discourse ethics deals with the connotations and exigencies for a democracy with political legitimacy and moral content for our society. Understanding that a radical democracy isn't found only once and forever, far from that, it is the result of a communicational progress that allows conjugation different interests, where identity, the solidarity, the inclusion of the other and the constitutional patriotism are present among other things, I mean, you can correct and recover the normative ideas of modern democracy by reducing the hegemony of the instrumental rationalization.

Key words: *Democracy, identity, ethics of the speech, patriotism.*

¹ © Doctorado en Filosofía del Derecho Moral I Política. Ética y Democracia. Universitat de Valencia. España. Departamento de Lenguas y Literatura y Comunicación. Facultad de Educación y Humanidades, Universidad de La Frontera. Correo: jaraya@ufro.cl

Modernidad y democracia en sociedades complejas

Para Habermas, existe la posibilidad concreta de desarrollar una praxis que transforme la realidad y logre corregir las distorsiones de la modernidad. Su optimismo se sustenta en la existencia de una potencialidad de emancipación, expresado en un malestar de la ciudadanía que da cuenta de los diversos movimientos que lleva adelante la sociedad civil. Ahora, este cambio se realizará en el contexto de las democracias constitucionales, teniendo presente sus limitaciones, pero acentuando la dimensión moral de la democracia, a partir de las acciones comunicativas de la sociedad que se procedimentalizan en el ámbito del derecho².

Para Habermas³, la modernidad con sus insuficiencias, es un proyecto viable porque es un “proyecto inacabado”, el cual puede corregirse a partir de una ética universalista de carácter dialógico⁴, donde la racionalidad y el lenguaje son puntos fundamentales de la mediación política, la cual puede llevarse a cabo en lo que él denomina una “democracia procedimentalista”⁵. Ahora, lo que justifica una democracia de este tipo son las pretensiones de validez que tiene una ética universalista, en la cual los derechos humanos y la justicia son la exigencia y fundamento del respeto a la dignidad humana, en la que destacan los derechos individuales.

La concepción moral de la democracia

La ética discursiva contiene una concepción dialógica de la democracia, coincidente con la percepción moral del constitucionalismo democrático, que a partir de su sistema normativo busca terminar con la marginación y la injusticia que se da en el sistema social. Para esto, es necesario que la acción comunicativa pueda encontrar una traducción jurídica⁶, donde el derecho se transforma en un espacio transformador de las demandas que surgen desde el sistema social, para convertirse en una norma que obliga al sistema político y a la burocracia a darles respuesta⁷. Dicho proceso se establece en el marco del Estado democrático, vinculándose jurídicamente y dando paso desde la solidaridad social a una solidaridad con valor moral. En este punto, la

² Habermas, Jürgen, Sobre el desarrollo de las ciencias sociales y las ciencias del espíritu en la República Federal de Alemania, en J. Pérez (ed.), Textos y Contextos, Ariel, Barcelona, 1995, p. 23.

³ Habermas, Jürgen, Ensayos políticos, Península, Barcelona, 2000.

⁴ Habermas, Jürgen, Conciencia moral y acción comunicativa, Península, Barcelona, 1998.

⁵ Habermas, Jürgen, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, Madrid, 1998.

⁶ Habermas, Jürgen, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, obr. cit. p. 199.

⁷ Ibíd. pp.146-245.

ética discursiva daría cuenta de una “fundamentación moral”⁸, para que la democracia logre desarrollarse en el Estado de derecho, siendo la legalidad un fundamento “constituyente” de legitimidad moral.

Ahora bien, lo importante es que la ética del discurso, si bien no prescribe una forma particular de vida, sí hace posible que diferentes concepciones de ella puedan ser compatibles sin que por ello puedan eludir su capacidad crítica, la que comprende la pluralidad democrática en la sociedad civil.

La solidaridad desde una concepción dialógica de la democracia

Para Habermas⁹, en las sociedades complejas se forma una conciencia deliberativa de los ciudadanos, a partir del respeto a la soberanía popular y a los derechos humanos. Es de ahí donde nace la solidaridad abstracta y jurídicamente construida, la que es reproducida desde la deliberación política, aunque solo es posible a partir de la justicia de un sistema profundamente democrático el surgimiento de la solidaridad social.

La solidaridad, para Jürgen Habermas, es fundamentalmente un vínculo social, donde la dimensión universalista ocupa el primer lugar, y tiene su raíz en la tradición socialista. De tal forma que la solidaridad con el individuo en particular, a un grupo étnico, o movimiento político, ocupa un segundo nivel. De ahí que Habermas, desde la teoría de la acción comunicativa, distingue dos niveles: el primero como sistema, el segundo como mundo de la vida, lo cual refleja que la sociedad como un sistema es el resultado de acciones teleológicas (instrumentales o estratégicas) cuyo objetivo es el éxito, adecuando medios afines. Y en el caso del mundo de la vida, la sociedad se estructura comunicativamente, donde los individuos buscan el entendimiento por medio del diálogo y la cooperación para lograr acuerdos. Al considerar la sociedad como mundo de la vida, se está diciendo que es el lugar donde se establecen los vínculos de socialización e integración para el entendimiento. Así, la solidaridad ocupa un lugar destacado en la acción comunicativa, que es donde los individuos –sin ningún tipo de coerción– se reconocen como sujetos libres, solidarios y con competencia comunicativa que les permite fundamentar y responder sobre situaciones que les afectan.

De esta manera, la acción comunicativa es posible a partir de sujetos autónomos, donde su vinculación con el “otro” es inteligente y reflexiva, permitiéndoles actuar con su propia cosmovisión de mundo e identidad, sin tener que ocultarla para alcanzar una plena emancipación. Por otra parte, la acción comunicativa tiene como

⁸ Habermas, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós / ICE-UAB, Barcelona, 1991, p. 131.

⁹ Habermas, Jürgen, *La constelación postnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 103.

núcleo central que los participantes se acepten recíprocamente como iguales –en los diferentes ámbitos de la acción comunicativa– y reconozcan la responsabilidad recíproca frente a los acuerdos logrados, los cuales siempre son revisables a partir de nuevas aportaciones. Esto pone de manifiesto una ética del reconocimiento mutuo de la diferencia a partir de la solidaridad, que puede ser universalizada, donde está presente la ilimitada comunidad de comunicación. Por otra parte, hay que considerar que todos los miembros de la sociedad civil moderna, sin importar lo que hayan sido, pasan a participar de una cultura política que resuelve los conflictos discursivamente.

De ahí que la propuesta de Habermas sea sobre un “Estado solidario” –concepto que no utiliza, pero que está implícito– con la aspiración de superar los intereses particularistas que van más allá del territorio, el grupo étnico o la religión. El Estado solidario es posible desde una conciencia dialógica que, partiendo de individuos a los que se les reconoce como interlocutores válidos, se establece una mediación política que pasa necesariamente por establecer relaciones de justicia (componente moral de una democracia avanzada). Ahora, una de las exigencias para que esta propuesta tenga éxito, dice relación con que los individuos establezcan acciones comunicativas coordinadas, que puedan ser traducidas a los diferentes órganos del sistema social para diseñar políticas públicas concretas.

Reciprocidad y justicia en la acción comunicativa

Habermas también hace una distinción, respecto a la reciprocidad, a partir de una “categoría pertinente al campo de la acción comunicativa” y otra desde el “principio de organización de los procesos de producción y reproducción social”, dado que la diferencia entre la reciprocidad burguesa capitalista y la reciprocidad comunicativa, están dadas porque la burguesa es el libre intercambio de bienes entre iguales, contratantes o traficantes, bajo reglas contractuales que en el mejor de los casos puede lograr una cooperación por cierto interés. Por el contrario, la reciprocidad comunicativa, según Gabriel Amengual¹⁰, la constituye la misma acción comunicativa que no se sitúa en el nivel de intercambio o de las funciones que dan respuesta a la acción del primero; más bien se trata de un nivel primario y básico, que es la constitución de la comunicación, o sea que en la medida que es constitutiva de la comunicación, también lo es de los sujetos comunicantes. Digamos que la reciprocidad comunicativa no es condicional ni proporcional, por cuanto representa precisamente “una salida, y no una salida cualquiera, sino constitutiva del propio ser sujeto, que por lo mismo es un sujeto intersubjetivo o socializado. Significa, por tanto, ruptura del círculo cerrado contractualista y salida del solipsismo implicado”¹¹. Es decir, la reciprocidad

¹⁰ Amengual Coll, Gabriel, La solidaridad según Jürgen Habermas /en/ Cuadernos Salmantinos de Filosofía, N° 19, 1992.

¹¹ Amengual Coll, Gabriel, obr. cit. p. 233.

comunicativa es aquello que constituye el entendimiento o acuerdo (*Verständigung*), que se diferencia del acuerdo puramente fáctico del intercambio individualista.

En otro aspecto¹², realiza una crítica respecto a Habermas, señalando que no existiría complementación entre justicia y benevolencia, debido a la antinomia entre la preocupación por el bienestar general, que es la justicia, y el bienestar del prójimo, que es singular (benevolencia). En definitiva, la solidaridad en Habermas privilegia el mantenimiento del conjunto social; aunque si bien se toca la ayuda al individuo particular necesitado, no es este el interés fundamental.

La solidaridad en la diferencia cultural

Habermas sostiene que la posición universal debe permitir la tolerancia, la solidaridad y la pluralidad de las identidades. Esto se puede lograr al ir más allá de las costumbres de la propia comunidad, sin que eso signifique desconocer dicho vínculo. En otras palabras, la solidaridad se desprendería de su carácter etnocéntrico al pasar a ser parte de una teoría universal de justicia, donde el discurso de la acción comunicativa vinculada al contexto, es ampliado al incluir a individuos con competencia comunicativa más allá de nuestras propias formas de vida particular. Por lo tanto, la solidaridad de la ética del discurso comprende la capacidad de identificarse con el "otro", quien debe tener las mismas posibilidades de articular sus necesidades y argumentos, al igual que exigimos que se nos otorgue a nosotros.

Universalismo: superación de la visión nacionalista

El universalismo de Habermas lo podemos entender como transcultural, lo que permite que la diferencia no sea una dificultad, sino una potencialidad que mediante un universalismo dialógico se transforma en el sustento moral, el cual permite superar la diferencia y las situaciones de conflicto. Recordemos que Habermas es anti-nacionalista en el sentido positivo, es decir, cuando se asocia a la identidad con un patriotismo nacionalista, *versus* un universalismo en un contexto de una ciudadanía universal que supera una visión étnica de la nacionalidad, pero también el relativismo universal¹³. Por lo mismo es que entiende que una verdadera mirada cosmopolita debe contemplar lo cultural, no eliminando las identidades culturales y teniendo como fondo el respeto a los derechos humanos.

¹² Amengual Coll, Gabriel, obr. cit. pp. 235 -237.

¹³ Habermas, Jürgen, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, obr. cit.

La crítica de Habermas al neoliberalismo

Habermas sostiene que el neoliberalismo no tiene una mirada moral para tratar los derechos de las personas, las cuales son reducidas al espacio privado en su condición de clientes u oferentes. De esta forma, la praxis del modelo neoliberal reduce el campo de lo ético y de la política, dejando que la teoría económica se transforme en una dictadura incuestionable, como única mirada de la vida, prevaleciendo frente a las demandas éticas de las personas. Para Habermas, un modelo neoliberal no puede seguir administrando las relaciones sociales, por lo que es necesario dar paso a un liberalismo ético-político, que cambie la visión desde una racionalidad instrumental, estratégica o teleológica que ha sido sobredimensionada, a una razón dialógica que emancipe al hombre de todo dominio. Para Habermas, el poder económico y el poder político juegan un papel fundamental en la cohesión e integración de la sociedad, por lo cual debe haberse un control por parte de la ciudadanía junto al Estado, lo que obliga al reconocimiento de los diferentes niveles, generando una simetría en las relaciones sociales y produciendo una igual dignidad de las personas.

Crítica a la lógica del modelo neoliberal

Habermas hace una fuerte crítica al neoliberalismo por su radical conservadurismo, que se transforma en una regresión de muchos logros alcanzados, tanto en el aspecto social como en el cultural. Esto sucede a partir de una visión económica que impregna y coloniza todos los aspectos de la vida. Así, el dominio estratégico tecnológico tiene como fin alcanzar el crecimiento económico en función de la máxima utilidad material, donde todo se puede comprar y vender generando un atomismo social. En este sentido, el modelo neoliberal produce una distorsión que afecta a la organización sistémica de la sociedad respecto al mundo de la vida, que es lugar en el cual los seres humanos realizan sus actividades. El modelo económico coloniza todo el sistema social al someter nuestra existencia a las leyes estratégicas del mercado¹⁴. Esto se da porque el sistema social está formado, fundamentalmente, por dos niveles: el político y el económico. Ambos tienen lógicas independientes, pero generalmente el primero termina supeditándose al segundo, con lo cual el modelo económico impone la lógica del dinero y debilita al Estado y al sistema democrático, lo que termina con el sistema de seguridad social. Así, la colonización del mundo de la vida anula toda posibilidad de cooperación o solidaridad, generando una deshumanización a partir de un sistema que no produce equidad social y donde la competencia –a partir del egoísmo– genera riqueza. Los excluidos del sistema, por lo tanto, no existen o son una externalidad que no tiene mayor importancia.

¹⁴ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987, p. 469.

El proyecto de una democracia radical y dialógica

El proyecto socialista de Habermas tiene una concepción ética que se aleja de la idea económica del marxismo y se afirma en la esfera del reconocimiento intersubjetivo, en que la dignidad inherente a la condición de persona humana está sustentada en la razón, la libertad y la reflexión como autonomía, lo que genera una democratización profunda de la sociedad civil y la ciudadanía. Habermas ha argumentado un proyecto de corte socialista que comprende una democracia radical¹⁵. Según José Pérez Tapias¹⁶, es un “socialismo factible” que, como radicalización de la democracia, busca en ella los objetivos de emancipación original que inspiraron el movimiento socialista. Con esto se pretende superar la instrumentalización de la democracia, por concepciones elitistas de la misma, y reafirmar que la democracia es un sistema político que puede ser perfeccionado, con la participación comprometida de todos los ciudadanos. Uno de los principios de este socialismo habermasiano, es la radicalización de la democracia, que incluye el respeto de las minorías a partir de reconocer la dignidad de cada individuo, aceptándolo como interlocutor válido desde la condición de ciudadano, que sería el núcleo moral de esta propuesta. Esta línea de acción está sustentada en un proyecto emancipador que busca la articulación de una vida digna, de acuerdo a criterios de justicia que puedan ser compartidos por todos. Es decir, deben respetarse las exigencias de universalidad, que tenga como objetivo discernir respecto a los intereses que se dan en el sistema social, con el fin de legitimar los que son prioritarios y afectan a más personas, para ser tratados políticamente.

En este caso, la radicalización de la democracia incluye una redistribución de la riqueza económica. Sin embargo, lo fundamental es la cuestión moral que va mucho más allá y que se expresa en una nueva acción comunicativa, cuyo objetivo es terminar con la alienación política que genera el sistema económico (fundamentalmente por una motivación al consumismo compulsivo), situación que lleva a los individuos a buscar un tipo de ciudadanía con marcados contenidos egoísta, y que reflejan los mecanismo del mercado¹⁷. Esta radicalización de la democracia, tiene la característica de ser dialógica y asimétrica, lo que permite el desarrollo de una ciudadanía crítica y solidaria, que genera nuevos procesos discursivos de participación de la sociedad civil en la política, para poder corregir las distorsiones de colonización del mundo de la vida que ha hecho el modelo económico neoliberal.

¹⁵ Cortina Orts, Adela, *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993.

¹⁶ Pérez Tapias, José, *El riesgo de opinar*, Comares, Granada, 2006, pp. 443-444.

¹⁷ Habermas, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, obr. cit. pp. 280-281.

La emancipación social y la inclusión del “otro” desde la acción comunicativa

Habermas percibe la lucha de las minorías étnicas por su reconocimiento como movimientos de emancipación y cree que:

“El desafío será mayor cuanto más profundas sean las diferencias religiosas, raciales o étnicas, o los desfases históricos-culturales que deben ser superados; será tanto más doloroso cuanto más las tendencias a autoafirmarse asuman un carácter fundamentalista que tienda a poner límites, ya sea porque la minoría que lucha por su reconocimiento, producto de su experiencia de impotencia, se bate en retirada, o porque, en primer lugar, debe despertar la conciencia a través de la movilización de masas”¹⁸.

Esta emancipación solo es posible realizarla sin violencia, en el contexto de las democracias constitucionales, teniendo presente sus limitaciones, pero acentuando la dimensión moral de la democracia a partir de las acciones comunicativas de la sociedad, que se procedimentalizan a partir del derecho¹⁹, en esta realidad política es posible pensar en la inclusión del “otro”.

Para Habermas, el contenido racional de una filosofía moral basada en el respeto igualitario para cada individuo, descansa en una responsabilidad universal que cada uno tiene por el “otro”. Por ello, Habermas plantea un universalismo sensible a la diferencia, donde el respeto a cada persona no comprende el asimilarla, sino que abarca a la persona del “otro”, o de los otros en su alteridad. De esta manera, se formaliza una propuesta a cada ciudadano para que sea solidario, y responsable con los demás, situación que lleva a considerar a otras personas como uno de “nosotros”, en el contexto de una comunidad más amplia.

Habermas considera que la comunidad moral comprende el término de la exclusión y la discriminación a partir de la incorporación de los marginados. De ahí que la comunidad deba ser abierta, y una de las posibilidades para lograr este objetivo estaría dado por la potencialidad de aplicar la teoría de la acción comunicativa, como una herramienta eficaz para buscar una solución a los problemas de los derechos humanos, la exclusión social de los individuos (que es la consecuencia de un modelo económico injusto), y a la necesidad de abrir un diálogo intercultural que dé paso a un nuevo universalismo que implique un nuevo orden mundial. Este nuevo universalismo de Habermas, lo podemos entender como transcultural, pues permite que la diferencia no sea una dificultad, sino una potencialidad. Por consiguiente, un univer-

¹⁸ Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios sobre teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, p.160.

¹⁹ Habermas, Jürgen, *Sobre el desarrollo de las ciencias sociales y las ciencias del espíritu en la República Federal de Alemania*, obr. cit. p. 23.

salismo dialógico se transforma en el sustento moral que permite superar la diferencia y las situaciones de exclusión, conflicto social, y cultural.

Ahora, Habermas considera a la nación étnica junto a su ideología, como excluyente y chocante con el Estado nacional democrático, particularmente en referencia a los principios constitucionales republicanos que revelan el cómo enfrentar las situaciones postnacionales de socialización. De tal forma que el etnocentrismo étnico o nacionalista, supondría la negación de la acción comunicativa y por tanto la imposibilidad de una comunicación intercultural, dado que mantendría las relaciones asimétricas fomentando la inequidad. Para este autor es necesaria la intervención en los Estados nacionales cuando existe violación de los derechos humanos.

Habermas y el reconocimiento cultural en la inclusión del otro

Habermas sostiene que el reconocimiento (de derechos culturales) nace a partir de la “realización consecuente” de la declaración de los derechos individuales²⁰. No obstante, la consideración que se requiere es una “incorporación sensible a las diferencias”, por lo que se exige una separación entre el plano político-jurídico y la parte ética. Si bien es cierto que los grupos y subculturas se integran desde una perspectiva ética con su respectiva identidad colectiva, la integración política se realiza en una esfera más abstracta, como inclusión ciudadana²¹, lo que implica no solo una integración de tipo formal, sino moral, dado que las normas jurídicas tienen esa cualidad.

Podemos admitir, siguiendo a Habermas, que el fundamento de la inclusión del otro, y por cierto de la ciudadanía, es la forma del consenso respecto a los procedimientos que nos presentan los principios universalistas del Estado de derecho. Estos incluyen lo que Habermas denomina la cultura política de los principios democráticos, que se manifiesta en el llamado patriotismo de la Constitución (*Verfassungspatriotismus*)²². Habermas considera que la inclusión del “otro” debe comprenderse en la relación con la noción de la ciudadanía (que se vincula a una cultura política universalista), no obstante no se puede sobrepasar los derechos individuales de los ciudadanos que están plasmados en los derechos humanos, y son el fundamento del Estado de derecho democrático. Además, debemos considerar que cualquier orden jurídico representa nociones de vida particular y no solo derechos universales.

²⁰ Habermas, Jürgen, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, obr. cit. p. 43.

²¹ Ídem, p. 262.

²² Ídem, p. 264.

Para este autor, esta situación se refleja en el problema de las identidades individuales que siempre están vinculadas con las identidades colectivas, las cuales logran su equilibrio a partir de una red cultural cohesionada, que no es otra que una cultura política que debe dar cuenta del bien común. Esto se refleja cuando sostiene que:

“... la coexistencia en igualdad de derechos de diferentes comunidades étnicas, grupos lingüísticos, confesiones y formas de vida no puede conseguirse al precio de la fragmentación de la sociedad. El doloroso proceso de desacoplamiento no puede desgarrar a la sociedad en una pluralidad de subculturas que se aislen unas de otras. Por un lado, la cultura mayoritaria tiene que desprenderse de su fusión con la cultura política general, compartida en igual grado por todos los ciudadanos. De otro modo, dictaría desde el principio los parámetros de los discursos de autoentendimiento (...) Por otra parte, las fuerzas vinculadas a la cultura política común que, cuanto más abstracta se haga, tantas más subculturas lleva a un denominador común, tienen que seguir siendo lo suficientemente fuertes como para no permitir que se desmorone la nación de ciudadanos”²³.

Por ello, y siguiendo la línea de Habermas, es necesario que el Estado permita el desarrollo de una ciudadanía en la que los individuos sean corresponsables en las diferentes decisiones políticas del ámbito público; esto, con el objetivo de despertar una conciencia solidaria, que elimine las prácticas clientelares que finalmente llevan a la apatía y a la dependencia de los individuos. En esta lógica, la ciudadanía debe estar fundada en hacer valer los derechos civiles, económicos, sociales y políticos, que se manifiestan en un doble vínculo.

El patriotismo constitucional desde la globalización y la aceptación de las diversas formas de vida

La mirada de un patriotismo constitucional, desde la óptica de Habermas, no puede estar situada en lo étnico, cultural o en un nacionalismo. Este patriotismo se contextualiza en los principios democráticos de una Carta constitucional que respeta los derechos humanos y confiere un estatus de ciudadano, y va más allá de la situación legal o jurídica de los individuos, como el mismo autor lo expresa:

“Por tanto, deberíamos aprender finalmente a entendernos no como una nación compuesta por miembros de una misma comunidad étnica, sino como una nación de ciudadanos (...), pues la república no tiene, en definitiva, otra estabilidad que la que le confieren las raíces que los principios de su constitución echan en las convicciones y prácticas de sus ciudadanos”²⁴.

²³ Habermas, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 174-175.

²⁴ Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios sobre teoría política*, obr. cit. p. 265.

Esto significa que el patriotismo constitucional tiene, en esencia, la aceptación de diversas formas de vida y culturas, las que tienen cabida en el contexto de una república que no excluye –dado que es pluralista y abierta a diferentes formas de mestizaje– reforzando el sentimiento de pertenencia a una ciudadanía inclusiva y participativa. Este proceso se ve consolidado por el fenómeno de la globalización, que exige, para poder ser viable, una identidad postnacional, que pueda incluir valores de corte universal que trasciendan la propia cultura. Para hacer posible este proceso, la cultura mayoritaria debe desprenderse de su situación histórica excluyente, logrando así la identificación de todos los ciudadanos con la cultura política de su país. Esta desvinculación de la cultura política de la cultura mayoritaria permite la solidaridad de los ciudadanos.

El patriotismo constitucional y el problema de la identidad en Habermas

La respuesta que pretende dar el patriotismo constitucional respecto a este punto, es cómo dotar de una nueva identidad colectiva a la comunidad política (cuya historia ha experimentado el conflicto y la ruptura), además de intentar la búsqueda de las características identitarias compartidas en una sociedad pluralista culturalmente. Teniendo en consideración estos puntos, es importante el planteamiento de Habermas sobre la racionalidad práctica, que cumple tres usos bien diferenciados: un uso moral, un uso ético y por último uno pragmático.

Digamos que el discurso de la identidad, desde una perspectiva individual como colectiva, responde a un discurso ético, lo que obliga a que siempre tenga una validación de tipo contextual, por sobre una validación de tipo universal. En este sentido, el patriotismo constitucional de Habermas, sería una respuesta a una identidad colectiva más amplia, que pueda incluir a los ciudadanos de una sociedad compleja y diversa. En este aspecto Habermas²⁵ sostiene que los procesos de diferenciación social obligan al individuo a desempeñar diferentes roles en la vida (de tipo asociativo, en el trabajo, en el vecindario, etc.), por lo cual asume distintas pertenencias, puesto que la identidad no es algo determinado e inmutable. Así, la identidad individual no necesariamente coincide con la construcción social e intersubjetiva de la identidad colectiva, pero sí es complementaria. El mismo Habermas lo afirma cuando dice que: “Sería falso representar las identidades grupales como ‘identidades del yo’ en gran formato; entre ambas no se da ninguna analogía, sino tan solo una relación de complementariedad”²⁶. Los individuos, a juicio de Habermas, no estarían sujetos a un único código de cultura, sino que de acuerdo a las circunstancias optarían por uno u otro.

²⁵ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987, p. 86.

²⁶ Habermas, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, obr. cit. pp. 100-101.

Pese a todo, Habermas sostiene que la nación representa una “forma específicamente moderna de identidad colectiva”²⁷, pues si bien responde a una tradición histórica, de igual forma obliga a que de manera consciente se trascienda la supuesta comunidad natural. De tal forma la nación respondería a, la sangre y la tierra, lo que daría un primer paso de apropiación en forma reflexiva de las tradiciones de las que los individuos se consideran parte. Hay que considerar que Habermas²⁸ plantea la posibilidad de una identidad colectiva en el marco de un proyecto profundamente democrático, y fundamentalmente de respeto de los derechos humanos. Esto implica que no debe situarse el sentimiento de pertenencia a una nación o comunidad étnico-cultural, identificada con un único destino común, por sobre la lealtad a la nación de ciudadanos (como titular de soberanía política) que nos incluye a todos. Hacer lo primero, trae como consecuencia la represión y la asimilación por medio de la coerción, con las consecuencias de violación de los derechos fundamentales de las personas por grupos religiosos, socioeconómicos y étnicos.

El pluralismo cultural en el contexto del patriotismo constitucional

Para Habermas, el pluralismo es posible en una cultura política republicana que permita cohesionar a una sociedad, con el respeto a las diferentes formas de vida y tradiciones culturales heterogéneas. Así se articularía, democráticamente, una sociedad multicultural, donde la identidad colectiva tendría que poseer las características de supranacional o postnacional, permitiendo la compatibilidad con un pluralismo que contenga las identidades nacionales.

De ahí que el patriotismo constitucional debe fundamentarse en un régimen político democrático y no en los conceptos de los sustratos prepolíticos de una comunidad étnico-nacional. Habermas da como argumento que: “sociedades multiculturales como Suiza y los Estados Unidos muestran que una cultura política en la que puedan echar raíces los principios constitucionales no tienen por qué apoyarse sobre un origen étnico, lingüístico y cultural. Una cultura política liberal constituye solo un denominador común de un patriotismo constitucional que agudiza el sentido de la multiplicidad y de la integridad de las distintas formas de vida coexistentes en una sociedad multicultural”²⁹. Este planteamiento de Habermas, será posible si se construye un sentido fuerte de ciudadanía, junto a un uso ético de la razón práctica, cuya fuerza reside en el poder comunicativo que se ejerce en los espacios públicos, y que es parte de la competencia ciudadana.

²⁷ Habermas, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, obr. cit. p. 89.

²⁸ Habermas, Jürgen, *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990, p. 310.

²⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, obr. cit. p. 628.

Alcances del patriotismo constitucional *versus* nacionalismo en el caso de Chile

En la mayoría de los países latinoamericanos se confunde el concepto de patriotismo nacionalista con el de "patriotismo constitucional". Este último busca la inclusión del "otro", la igualdad, la equidad y el reconocimiento de sus derechos desde una perspectiva de solidaridad entre los ciudadanos que defiende los valores comunes del sistema democrático.

En el patriotismo nacionalista, los resultados han sido desastrosos y sus consecuencias se han traducido en guerras, golpes militares e ingobernabilidad política, lo que a su vez han acentuado la exclusión y el racismo en el caso de América Latina. Estos aspectos se afirman en las concepciones militares de los distintos países respecto a cierta superioridad racial, en lo cual Chile no ha sido la excepción.

Ahora, la propuesta de un "patriotismo constitucional", tiene como fundamento la inclusión de todos los ciudadanos a partir de un pluralismo que comprenda los ámbitos cultural y jurídico, y que pasa necesariamente por una constitución democrática que contemple dichos derechos. En el caso particular de Chile, debemos considerar un patriotismo basado en una concepción nacionalista, que excluye toda diferencia en favor de una visión histórica militarista homogénea, situación que produce una oposición con los pueblos indígenas. Dicha concepción del patriotismo es lo que ha excluido a los pueblos originarios y ha permitido la usurpación de sus tierras, infringiéndoles una derrota político militar. Así, el patriotismo de la Constitución en Chile, no acepta en la práctica la heterogeneidad, multiculturalidad e interculturalidad, dado que entiende que desarrollar dichas concepciones fragmentaría la sociedad nacional. De esta realidad se desprende, que no existe reconocimiento del "otro" en la política, lo que significaría la inclusión del derecho de su alteridad, que es el derecho a la diferencia.

Bibliografía

- AMENGUAL COLL, GABRIEL, La solidaridad según Jürgen Habermas /en/ Cuadernos Salamantinos de Filosofía, N°19, 1992.
- CORTINA ORTS, ADELA, Ética sin moral, Tecnos, Madrid, 1990.
- CORTINA ORTS, ADELA, Ética aplicada y democracia radical, Tecnos, Madrid, 1993.
- CORTINA ORTS, ADELA, Alianza y contrato, política ética y religión, Trotta, Madrid, 2001.
- HABERMAS, JÜRGEN, Teoría de la acción comunicativa, Taurus, Madrid, 1987.
- HABERMAS, JÜRGEN, Identidades nacionales y postnacionales, Tecnos, Madrid, 1989.

- HABERMAS, JÜRGEN, *Historia y crítica de la opinión pública*, G. Gilli, Barcelona, 1990.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós / ICE-UAB, Barcelona, 1991.
- HABERMAS, JÜRGEN, *La modernidad, un proyecto inacabado*, en F. Viviescas y F. Giraldo (eds.), *Colombia: el despertar de la modernidad*, Bogotá, 1991.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Sobre el desarrollo de las ciencias sociales y las ciencias del espíritu en la República Federal de Alemania*, en J. Pérez (ed), *Textos y Contextos*, Ariel, Barcelona, 1995.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1998.
- HABERMAS, JÜRGEN, *La inclusión del otro. Estudios sobre teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Ensayos políticos*, Península, Barcelona, 2000.
- HABERMAS, JÜRGEN, *La constelación postnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, Trotta, Madrid, 2000.
- Pérez Tapias, José, *El riesgo de opinar*, Comares, Granada, 2006.

ARTÍCULOS CIENTÍFICOS



CREA

DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA EN ARBITRAJES SURGIDOS DE TRATADOS DE INVERSIÓN

APPLICABLE LAW TO THE MERITS OF INVESTMENT TREATIES DISPUTES.

FRANCISCO ENDARA FLORES¹

Resumen

En este trabajo se analizará cuál es el derecho aplicable al fondo de la controversia de un arbitraje surgido de un Tratado de Inversiones. A lo largo del artículo se tratará de demostrar que la fuente primaria aplicable al fondo de la controversia, será el mismo Tratado de Inversión, seguido por un análisis del rol que tendrá el derecho local al momento de resolver la controversia. Lo mismo se hará respecto al resto de normas del derecho internacional y la manera en como dichas normas se integran para ser aplicadas por los árbitros al momento de resolver la controversia.

Palabras clave: Arbitraje, derecho aplicable, tratados de inversiones, derecho local, *lex specialis*.

Abstract

In the present work I will analyze the law applicable to merits of an investment dispute originated under an Investment treaty, through out the article it will be established that the proper law to resolve that dispute is the investment treaty itself. Although as it is discussed here, municipal law plays some role in that matter, and finally I will analyze what type of role international law plays, and how the rules of international law had been applied by international tribunals.

Key words: Arbitration, investment treaty, applicable law, *lex specialis*, municipal law

¹ Abogado Summa Cum Laude, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Con Minor o Sub Especialización en Arbitraje Comercial Internacional de la American University, en Washington. Correo: francisco.endara@pmintl.com

1. Introducción

En el presente trabajo se analizará el derecho aplicable al fondo de la controversia o derecho sustantivo. Habiendo realizado esta precisión, se empezará esta sección por mencionar que el derecho aplicable a las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores difiere según el instrumento bajo el cual surja dicha controversia. Porque si la controversia con el Estado Receptor se origina bajo el amparo de las disposiciones de un Tratado de Inversión, en adelante TI, tendrá un derecho aplicable distinto a las controversias que surjan de un contrato o de la legislación local.

Para estos últimos casos, el derecho aplicable al fondo de la controversia sería el que las partes hayan establecido o determinado (sea en el mismo contrato de inversión o en la legislación local); y a falta de este se establecerá según las reglas del Centro de Arbitraje al cual las partes decidieron someter su controversia.

Por ejemplo, si las partes acordaron que su controversia sea resuelta por un tribunal arbitral CIADI², la regla aplicable para el fondo de dicha controversia será el artículo 42³ del Convenio CIADI, y más específicamente el artículo 42 (1) del Convenio CIADI, que se refiere a la ley aplicable a la controversia. Este artículo permite, que los tribunales arbitrales CIADI, “en ausencia de acuerdo de las partes (...) apliquen el derecho doméstico pertinente y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables”⁴. Los autores del Convenio CIADI contemplaron, entre otras posibilidades⁵, que el Derecho Internacional sea aplicado, para complementar al derecho local.

Producto de dicha concepción es que los primeros arbitrajes surgidos en el sistema CIADI⁶, sugieren que “el único rol del Derecho Internacional bajo esta provisión

² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

³ Cuyo texto dice:

“(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*”. Artículo 42 del Convenio CIADI. [consultado el 16 de octubre de 2009]. Disponible en la World Wide Web: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partA-chap04.htm>;

⁴ Parra, Alberto, “Applicable Law in Investor- State Arbitration”, *Transnational Dispute Management*, [on line], vol.6, issue 1, Marzo, 2009, p. 5. [consultado 30 de noviembre de 2009]. Disponible en la World Wide Web: www.transnational-dispute-management.com

⁵ *Idem*.

⁶ Estos arbitrajes no surgieron de un TI, es más, ni se discutió la vulneración de las disposiciones del mismo, sino que fueron reclamos contractuales. Entre estas decisiones podemos encontrar por ejemplo, el caso Klöckner v. Cameroon, Decision on Annulment, 3 May 1985, 2 ICSID Reports 95 at ¶144,

sería únicamente para llenar vacíos [o lagunas] en el Derecho del Estado receptor o para corregir las inconsistencias entre el Derecho local y el Derecho Internacional”⁷.

Sin embargo, por el propósito del presente trabajo, se tratará el derecho aplicable a las controversias surgidas de un TI⁸ y no respecto del resto de instrumentos, como un contrato de inversión o la legislación local.

2. El tratado como fuente primaria aplicable al fondo

El derecho aplicable a las controversias surgidas de un TI o Tratado Bilateral de Inversión, en adelante TBI, será principalmente el mismo tratado de inversión. Aun en el caso de que el TI con el cual se está presentando el reclamo no contenga una cláusula específica de derecho aplicable⁹, ya que incluso en esos casos los inversionistas presentan sus reclamos bajo las disposiciones del TI haciendo necesario resolver los reclamos según las disposiciones del mismo TI, y sobre la base del Derecho Internacional. Por eso un tribunal arbitral no puede sino aplicar el TI y las normas de Derecho Internacional relevantes a la disputa¹⁰.

Zachary Douglas afirma también que el derecho aplicable al fondo de la controversia en materia de inversiones será el mismo TI, o más específicamente el derecho aplicable al fondo será el estándar de trato a la inversión contenido en la disposición del TI que es la base del reclamo¹¹ formulado por el inversionista.

151, 157, 164, 171 y 176. Así como, el caso *Amco v. Indonesia*, Annulment Decision, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509 at ¶20-2, y el caso de *Aucon v. Venezuela*, Award, 23 September 2003, at ¶ 102.

⁷ Parra, Alberto, obr. cit., p. 6. Véase, también, la decisión del Comité *ad hoc* del caso *Amco Asia Corp. v. Indonesia* que destacó que bajo la segunda parte del artículo 42(1) “autoriza a un Tribunal CIADI a aplicar reglas del Derecho Internacional únicamente para llenar una laguna en el derecho aplicable local y asegurar la preferencia de las normas internacionales cuando las normas del derecho local está en colisión con esas normas” (*Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, Ad Hoc Committee Decision of May 16, 1986, 1 ICSID Rep. 509, 515 (1993)).

⁸ Debemos mencionar que los TI cuyas disposiciones que contengan una cláusula paraguas traerá a la esfera de controversias bajo el Tratado a algo que en principio es un reclamo contractual, no obstante esto, no implica que el reclamo contractual en esa situación se transforme un reclamo de Derecho Internacional, ni que el derecho aplicable será el Tratado de inversión, en esos casos el derecho aplicable es el mismo contrato o la ley que hayan seleccionado las partes en la controversia. Esto en virtud de que la Cláusula paraguas opera como una garantía o mecanismo adicional para asegurar el cumplimiento del contrato, pero no tiene por finalidad el transformar los reclamos contractuales. Sobre este punto, véase en el mismo sentido y mayor detalle: Crawford, James, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*. The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London, [on line] 29 november 2007, [consultado 10 de diciembre de 2009] pp. 18-21. Disponible en la World Wide Web: www.lcil.cam.ac.uk/.../lectures/.../Freshfields%20Lecture%202007.pdf

⁹

¹⁰ Spiermann, Ole, obr. cit., p. 108.

¹¹ Zachary, Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, First edition, 2009, p. 81.

No obstante lo anterior, esto no significa que el TI se aplicará exclusivamente o será la única fuente, ya que como mencionan Newcombe, Andrew y Paradell, Lluís existen cuatro fuentes de reglas relevantes aplicables a la resolución de las controversias de Inversiones¹² (surgidos de un TI). Estas son: el tratado de inversión que contiene las protecciones cuya vulneración es alegada por el inversionista, requiriendo necesariamente que sus disposiciones sean aplicadas; la segunda fuente es el Derecho Internacional al ser el TI es un Tratado Internacional y como tal está gobernado por el Derecho Internacional¹³; la tercera fuente serían ciertos términos “subyacentes relacionados a un contrato de inversión”¹⁴; la cuarta y última fuente de derecho aplicable, es el derecho local del Estado en donde se realizó la inversión, cuyas normas jugarán un papel al momento de analizar los “derechos comerciales y de propiedad que constituyen la inversión protegida”¹⁵.

En términos bastante similares el tribunal del caso LG&E contra Argentina, consideró que el derecho aplicable en ese caso sería “en primer lugar, el Tratado Bilateral, en segundo lugar, y a falta de regulaciones expresas de este último, aplicará el Derecho internacional general y, en tercer lugar, el Derecho interno argentino, especialmente el (...) dictado para el sector del gas natural. Este último se aplicará por la importancia que reviste para la determinación de la posible responsabilidad de la República Argentina(...)”¹⁶.

3. El rol del TRATADO de INVERSIÓN

Como se mencionó anteriormente, el principal instrumento aplicable al fondo de una controversia surgida entre el Estado receptor y el Inversionista será el Tratado de inversión, concretamente, las protecciones sustantivas contenidas en el texto del TI que los inversionistas alegan han sido vulneradas por el Estado receptor.

Esta postura encuentra respaldo en la decisión del comité *ad hoc* del caso CAA y Vivendi contra Argentina cuando sostuvo que:

¹² Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Published by Kluwer Law International. 2009, pp. 86-88.

¹³ Las normas del Derecho Internacional deben ser aplicadas de manera suplementaria por los principios y reglas generales del Derecho Internacional.

¹⁴ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, *obr. cit.*, pp. 86-88. En términos similares véase Schereuer y Dolzer, para quienes el derecho sustantivo de protección a los inversionistas consiste en “el derecho de los tratados, contenido en su mayoría en los TBIs, pero también tratados multilaterales como el NAFTA (...), así como también derecho internacional consuetudinario (...) y el derecho local del estado receptor de la inversión”. Dolzer, Rudolph; Schreuer, Cristoph, *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press. p. 265.

¹⁵ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, *obr. cit.*, pp. 86-88.

¹⁶ *LG&E v. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad. Octubre 3, 2006. ¶ 99.

“Si ha existido un reclamo del TBI y si ha existido un reclamo del contrato son cuestiones diferentes. Cada uno de estos reclamos se determinará por referencia a su propio derecho aplicable, en el caso del TBI, por el Derecho Internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho del contrato”¹⁷.

Esto es así, porque los arbitrajes surgidos del TI están “motivados en los derechos del inversionista y las obligaciones del Estado receptor conferidos (...) [en el tratado de inversión] (...) Consecuentemente, los estándares sustantivos del [Tratado de inversión] son *lex specialis* y la fuente primaria aplicable”¹⁸ a la controversia.

Por esa razón, cuando la “reclamación (...) ha sido presentada con arreglo al TBI, (...) la consulta del Tribunal se rige por el Convenio CIADI [o las reglas del Centro de Arbitraje al cual se sometió la controversia], por el TBI y por el Derecho Internacional aplicable”¹⁹.

En términos parecidos, el comité *ad hoc* de anulación del caso MTD contra Chile sostuvo que la “*lex causae*” es el Derecho Internacional en un “caso basado en el incumplimiento del Tratado de Inversiones”²⁰.

Posición que también es compartida por el arquitecto del Convenio CIADI, Aron Broches, al indicar que:

“un Tribunal CIADI aplicará Derecho Internacional cuando el problema esté directamente regulado por el Derecho Internacional, [como ocurre cuando hay un] (...) [TI] entre el Estado que es parte en la controversia y el Estado cuyo nacional es la otra parte en la controversia”²¹.

No debe sorprender, entonces, que la fuente primaria de derecho en una controversia surgida de un Tratado de inversión sea ese mismo instrumento. Tampoco debe sorprender que:

“los Tribunales arbitrales los apliquen de manera directa, además, la interacción con el Derecho Internacional para la protección de extranjeros y la implicación

¹⁷ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Decision on Annulment, ICSID Case N° ARB/97/3, IIC 70 (2002) 3 July 2002. ¶ 66.

¹⁸ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, obr. cit., p. 109

¹⁹ Azurix Corp. v. Argentina, Laudo, ICSID Case N° ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 julio 2006. ¶ 67.

²⁰ MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile S.A. v. Chile, Decision on Annulment, ICSID Case N° ARB/01/7, IIC 177 (2007) 16 february 2007. ¶ 61.

²¹ Aparece en Spiermann, Ole, obr. cit., p. 108. Pensemos el caso de un TI entre el Estado A y el Estado B, el Estado B es demandado por un nacional (inversionista) del Estado A, en esos casos, según Broches, se aplicaría el Derecho Internacional de manera directa por los Tribunales CIADI.

del principio *pacta Sunt Servanda*²²; nos dará como resultado que los Tribunales también apliquen normas o principios del Derecho Internacional que resulten relevantes al caso²³.

De todo lo anterior se desprende que los reclamos surgidos bajo el Tratado de inversión “debe ser decidido con las provisiones del TBI [o del TI] y del Derecho Internacional como (...) derecho aplicable”²⁴.

Por esto Spiermann afirma que el derecho local “será confinado a ciertas cuestiones preliminares e incidentales (como preguntas sobre hechos, deben ser resueltas aun si la jurisdicción es restringida a reclamos del tratado)”²⁵.

4. El rol del derecho local

Si bien el TI será la fuente principal a ser aplicada por el Tribunal para resolver la controversia, este no podría ser aplicado en solitario o de manera autónoma, ya que “no define exhaustivamente todos los aspectos de la relación inversionista-Estado y contiene las obligaciones básicas del Estado”²⁶. De ahí que en ciertas ocasiones otras fuentes resultan relevantes en la disputa, como sería el caso del derecho local del Estado receptor²⁷.

Uno de los casos en los que el derecho local es relevante para la controversia, lo tenemos cuando es necesario examinar “la existencia de la inversión, [misma que] (...) se debe al derecho del territorio en el cual dicho bien es mantenido”²⁸. Sin que

²² *Ibid.* p. 108.

²³ Véase, por ejemplo, las decisiones de estos Tribunales, entre otros: *Wena v. Egypt*, Annulment Decision, 5 February 2002, 6 ICSID Reports 129 at ¶ 52-3 See also *Wena v. Egypt*, Award, 8 December 2000, 6 ICSID Reports 89 at ¶ 118, *AAP v. Sri Lanka*, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250 at ¶ 114, *Santa Elena v. Costa Rica*, Award, 17 February 2000, 5 ICSID Reports 157 at ¶ 104, *Metalclad v. Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 212 at ¶ 128 and *Middle East Cement v. Egypt*, Award, 12 April 2002, 7 ICSID Reports 178 at ¶ 174.

²⁴ Parra, Alberto, *obr. cit.*, p. 9.

²⁵ Aparece en Spiermann, Ole, *obr. cit.*, p. 108.

²⁶ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, *obr. cit.*, p. 91.

²⁷ Sobre este punto, Schreuer resalta que el derecho local regula cuestiones relacionadas con aspectos “técnicos como admisión, licencias, relaciones laborales, régimen impositivo”, entre otros. Schreuer, Christoph, *International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID /en/ Austrian Review of International and European Law*, 1996, p. 89.

²⁸ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, *obr. cit.*, pp. 91-92. Este enfoque es el que adoptó el Tribunal del Caso EnCana Corporation contra Ecuador (donde el inversionista sostenía que se había producido una expropiación debido a la supuesta no devolución por parte de la Administración Tributaria Ecuatoriana (SRI) del Impuesto al Valor Agregado al que consideraba tenía derecho el inversionista) cuando dijo que: “para que haya existido una expropiación de una inversión (...) los derechos afectados deben

esto signifique “que el derecho local determina o limita lo que califica como una inversión bajo propósitos del [TI], [solamente] la existencia del bien que puede calificar como inversión bajo [el TI], así la validez de la inversión, es cuestión del derecho local”²⁹.

Un ejemplo de este enfoque lo encontramos en el caso del tribunal Fraport contra Filipinas donde sostuvo que:

“La operación efectiva del régimen del TBI parecería requerir que (...) si al inicio de la inversión, se cumplió con el derecho del estado receptor [se adquirió un derecho de propiedad sobre la inversión], alegaciones por parte del Estado receptor sobre violaciones a su derecho local durante el curso de la inversión [después de realizada esta], puede ser una defensa a un reclamo *sustantivo* de violación del TBI”³⁰.

O en otras palabras, una vez “se ha reconocido un derecho *in rem* de acuerdo al derecho local del Estado receptor, y se determina que cae dentro de la definición de inversión [contenida en el TI] la protección brindada por el Tratado de Inversión entra en operación”³¹.

A más de esto, Newcombe y Paradell mencionan que el derecho local resultaría relevante, para constatar “si la inversión es mantenida en el territorio del Estado receptor, la naturaleza y el alcance de los derechos sobre la inversión (...) las condiciones (...) para la operación de la inversión, la naturaleza y alcance de las medidas del gobierno supuestamente en incumplimiento del Tratado de inversión”³².

Por otra parte, el derecho local aplicable al caso será el derecho vigente al momento en que se realizó la inversión, así como el derecho posterior o las modificaciones que introduzca el Estado. No obstante, lo más usual es que los cambios en la legislación o derecho local sean relevantes en la disputa por su supuesto efecto perjudicial o dañino para la inversión, y constituyan la base del reclamo del inversionista, pensemos en el supuesto en que se terminen contratos, excluya compensación en ciertos casos, etc. En dichas situaciones el Tribunal deberá determinar la validez

existir bajo el derecho que los crea, en este caso, el derecho del Ecuador” (Resaltado mío). EnCana Corporation v. Republic of Ecuador. Merits. 12 ICSID 427. ¶ 184.

²⁹ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, obr. cit., pp. 92-98.

³⁰ Fraport v. Philippines. Preliminary Objections. ¶ 345.

³¹ Zachary, Douglas, obr. cit., p. 53.

³² Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, obr. cit., p. 95. Esta opinión fue señalada por el Tribunal del Caso MTD contra Chile cuando resaltó que “el incumplimiento de una obligación internacional deberá ser, por definición, juzgada en términos de Derecho Internacional. Para establecer los hechos de dicho incumplimiento, puede resultar necesario tomar en cuenta el derecho local” MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile S.A. v. Chile, Award, ICSID Case N° ARB/01/7, IIC 1742004) 25 May 2004 ¶ 204.

de dicha medida o si estos cambios son un incumplimiento del Tratado de inversión según interprete el tratado de inversión y el Derecho Internacional en general³³; es decir, se contrastará la compatibilidad de la medida del derecho local con las obligaciones asumidas por el Estado en el TI.

5. Limitaciones del Derecho Local

Como ya se mencionó en este capítulo es indudable que el derecho local será de relevancia en ciertos aspectos para poder resolver la controversia de inversiones por parte del Tribunal. Dicho esto, no podemos desconocer que ese rol o papel dependerá en gran parte del “estándar del tratado invocado por el demandante”³⁴ y de la inversión que supuestamente resultó afectada, es decir, de qué bien o qué se está diciendo fue afectado o era la inversión en la disputa que presentó.

Otra forma en la cual el derecho local aplicable a la controversia se ve limitado es, por ejemplo, cuando el Estado receptor “tras haber formalmente, o de facto reconocido la validez de un contrato de inversión al beneficiarse de él por algún tiempo, el derecho internacional impide al Estado receptor [de la inversión] negar sin más su validez bajo el derecho local y consiguientemente escapar [o eludir] responsabilidad por su incumplimiento o terminación unilateral”³⁵. En esos casos, el tribunal deberá determinar la validez de dicha medida o si estos cambios son un incumplimiento del Tratado de Inversión según se interprete el tratado de inversión y el Derecho Internacional.

6. Papel del Derecho Internacional

A pesar de que los TI son la norma principal a aplicarse para resolver las controversias, no son aplicados de forma aislada o autónoma respecto del Derecho Internacional, al no ser estos un régimen autónomo³⁶.

³³ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, obr. cit., p. 98.

³⁴ *Ibid.* p. 97.

³⁵ *Ibid.* p. 97.

³⁶ Este concepto puede interpretarse de distintas formas; la primera como “una subcategoría (a saber, una “forma fuerte”) de *lex specialis* dentro de las normas relativas a la responsabilidad del Estado (...) [una suerte de] conjunto especial de normas secundarias tiene prioridad sobre las normas secundarias del derecho general aplicables a la responsabilidad del Estado”. Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.682 13 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. KOSKENNIEMI, M. 58º período de sesiones Ginebra, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006. ¶ 128.

Sobre este punto, podemos destacar que el tratado de inversión, como “*lex specialis*”, se aplica complementado por el derecho consuetudinario internacional “cuando es necesario juzgar la responsabilidad del Estado receptor en las disputas”³⁷ surgidas del Tratado de inversión. Es decir, el TI deberá en ciertas ocasiones ser interpretado a la luz de la normas del derecho consuetudinario internacional cuando una materia no esté regulada de manera expresa por el TI.

Como resalta el Prof. Prosper Weil, esta tendencia de aplicar el tratado de inversión, de manera complementaria con el Derecho Internacional general, se debe a que el arbitraje de inversiones “está gobernado por el Derecho Internacional en virtud de que el TBI implícitamente o explícitamente prevé que las disputas deban ser resultas no solo en base de las provisiones del Tratado mismo, sino también (...), sobre la base de los principios y reglas del Derecho Internacional”³⁸.

McLachlan en su libro *International Investment Arbitration Substantive Principles*, afirma que esta posibilidad de acudir al derecho internacional al momento de aplicar los TI, se debe principalmente a que estos no son “regímenes autónomos. El significado de sus términos operativos debe ser informado por referencia a las reglas de derecho internacional aplicables entre las partes”³⁹.

La referencia al derecho internacional, según los mismos autores, traerá como consecuencia dos presunciones:

- a) Una presunción negativa, según la cual “al crear obligaciones a través del tratado, la intención de las partes fue no actuar de manera inconsistente”⁴⁰ con las demás normas internacionales, entiéndase principios generales del derecho y obligaciones emanadas de tratados con terceros Estados.
- b) La segunda presunción sería una presunción positiva que es que “las partes se refieren a los principios generales del derecho internacional en todas las formas en las que el tratado no resuelve por sí mismo en términos expresos y en una manera diferente”⁴¹.

No obstante, en este trabajo se empleará “para referirse a conjuntos interrelacionados de normas primarias y secundarias, a las que a menudo se llama “sistemas” o “subsistemas” de normas que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho general”. *Ibid.* ¶ 128.

³⁷ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, obr. cit., pp. 98-99.

³⁸ *Ibid.* pp. 98-99.

³⁹ McLachlan, Campbell, Shore, Laurence, Weiniger, Matthew, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 15.

⁴⁰ *Ibid.* p. 15.

⁴¹ *Ibid.* pp. 15-23.

Posición que ha encontrado gran respaldo por diversos tribunales internacionales⁴², los que han resaltado y recogido la noción de que el TI es la norma primaria, y como tal debe primar o ser considerada de manera primaria por encima “la costumbre o principios generales [del derecho internacional] si estos establecen un test o regla diferente⁴³”. Un ejemplo de esto lo encontramos en la posibilidad de muchos TI, que permiten al inversionista acudir directamente al arbitraje en caso de controversias, sin tener que agotar los recursos internos del Estado receptor como requiere el derecho internacional consuetudinario.

Esta formulación es comúnmente conocida bajo la máxima de “*lex specialis derogat generali*”; ha sido entendida bajo la noción de que el tratado de inversiones al ser un instrumento específicamente acordado por las partes para regular las relaciones entre estos en una determinada materia [en nuestro caso, el derecho internacional de las inversiones], debe primar y ser considerado por encima de las otras fuentes del derecho internacional⁴⁴.

Sobre este mismo punto, Zachary Douglas apoya la noción que el TI no puede ser aplicado de manera aislada del resto del Derecho Internacional, y más concretamente de los principios de este último, al ser justamente el TI una “creación del Derecho Internacional”⁴⁵, el TI “operará dentro del sistema legal internacional”⁴⁶.

7. El Principio *lex Specialis*

Como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo que, el TI será la fuente principal de aplicación para la solución de la controversia en un arbitraje surgido del mismo TI, pero como se mencionó anteriormente este no se aplica de manera aislada o autónoma, sino que interactúa o aplica complementado por el Derecho Internacional (sea la costumbre internacional o a través a la referencia de los principios generales del derecho internacional), a manera de *lex specialis* (como norma especial

⁴² Sobre este punto véase el enfoque adoptado por el tribunal en el “asunto *Asian Agricultural Products, Ltd (AAPL) v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* en su Laudo del 27 de junio de 1990, [cuando sostuvo que] “[El Tratado] no es un sistema jurídico cerrado y completo, limitado a proporcionar normas materiales sustantivas de aplicabilidad directa sino que ha de contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que normas de otras fuentes se integran a través de métodos de incorporación implícita o por referencia directa a ciertas normas suplementarias, ya sean de naturaleza jurídica internacional, ya de derecho interno”. Aparece en *LG&E v. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad. Octubre 3, 2006. ¶ 97.

⁴³ Newcombe, Andrew; Paradell, Lluís, obr. cit., p. 111.

⁴⁴ Al respecto véase McLachlan, Campbell, Shore, Laurence, Weiniger, Matthew, obr. cit., p. 17. Donde se afirma que al ser todavía la relación entre los tratados de inversión y el derecho internacional en general... problemática requiere que en caso de conflicto entre estos el tratado debe primar como *lex specialis*.

⁴⁵ Zachary, Douglas, obr. cit., p. 85.

⁴⁶ *Ibid.* p. 85.

frente a las reglas generales del Derecho Internacional); por lo que en esta sección revisamos la aplicación, características del principio de “*lex specialis*” y cómo deberá ser aplicado por los tribunales, al analizar un reclamo de inversiones surgidas del TI.

Como se dijo anteriormente, el principio “*lex specialis*” permite a los Tribunales aplicar o emplear la norma especial, en lugar de las normas generales que regulan una misma materia. Normalmente, se lo emplea para resolver conflictos normativos (pero no solo para estos casos) sino también “entre la generalidad y la particularidad de las normas en conflicto”⁴⁷.

El principio de *lex specialis*, hace que cuando tengamos “una materia (...) regulada por una norma general y por una norma más específica, esta última (...) [prevalezca] sobre la primera”⁴⁸. La relación entre normas especiales y normas generales no solo puede ser vista como una relación de conflicto, sino como una relación en que “la norma específica se debe leer e interpretar dentro de los límites o del marco de la norma general, típicamente como desarrollo, actualización o especificación técnica de la última”⁴⁹.

La jurisprudencia internacional ha aplicado de manera habitual “el principio de la ‘*lex specialis*’, aunque (...) [sin haber sido] (...) desarrolla[do] demasiado”⁵⁰ por los tribunales internacionales. Pese a esto, Martti Koskeniemi en su informe para el Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional identificó cuatro situaciones en las que el principio puede operar:

- “1) Dentro de un único instrumento;
- 2) Entre dos instrumentos diferentes;
- 3) Entre una norma convencional y una norma no convencional; y
- 4) Entre dos normas no convencionales”⁵¹.

⁴⁷ Esta tensión entre normas especiales y normas generales dentro del Derecho Internacional produjo el fenómeno que se conoce como fragmentación, y que la Comisión de Derecho Internacional “distinguió tres tipos de conflicto a saber:

- a) Los conflictos entre la ley general y una interpretación particular y poco ortodoxa de la normativa general;
- b) Los conflictos entre la ley general y una norma particular que pretende ser una excepción a la ley general, y
- c) Los conflictos entre dos tipos de normas especiales”. (Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.682 13 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., *op. cit.*, 47).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Piénsese, por ejemplo, en el reclamo de denegación de justicia, que es una especificación de la regla del agotamiento de los recursos internos. En estas situaciones tendremos dos normas (general y específica) que apuntan hacia la misma dirección. *Ibid.* 56.

⁵⁰ *Ibid.* 68.

⁵¹ *Ibid.* 68.

En el caso de la aplicación del principio "*lex specialis*" a los TI, encontraremos que este vendrá a ser aplicado generalmente para "regular la relación entre el tratado [de inversión] (...) (*lex specialis*) y la costumbre (como "ley general")"⁵². Es decir, estará dentro de la tercera situación, según identificó, Martti Koskenniemi.

Un ejemplo de lo dicho en el párrafo anterior, lo encontramos en el caso de *INA Corporation contra el Gobierno de la República Islámica del Irán*, donde el Tribunal "no determinó el contenido preciso de la norma consuetudinaria [sobre compensación por nacionalización] pues estimó, que a los efectos de la causa (**estamos ante una *lex specialis* en la forma del Tratado de Amistad, que en principio tiene primacía sobre las normas generales**)"⁵³ (Resaltado mío).

En iguales términos se pronunció la Corte Internacional de Justicia, en adelante, CIJ, en el caso de los "contras" (Nicaragua contra Estados Unidos) cuando afirmó que:

"En general, **como las normas convencionales son *lex specialis***, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundado en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación"⁵⁴ (Resaltado mío).

Resumiendo, podemos ver claramente que "se acepta universalmente que –aparte de la consideración del *jus cogens*– un tratado [de inversión] *lex specialis* es derecho entre las partes en derogación del derecho consuetudinario general que, en caso contrario, habría regido en sus relaciones"⁵⁵.

Esta derogación mencionada en el párrafo anterior, no debería verse como un reemplazo permanente del derecho consuetudinario general, ya que el principio de '*lex specialis*' únicamente indica la norma que "debe aplicarse (...) [tras lo cual] la norma especial, pasa para aplicarse en lugar de la norma general. Tal reemplazo permanece, no obstante siempre parcial. La norma más general permanece en el fondo proveyendo dirección interpretativa a la norma especial"⁵⁶.

⁵² Villiger, Mark, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht Nijhoff, 1985, p. 161.

⁵³ *INA Corporations v. Iran, Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 8, 1985-I, p. 378. Aparece en Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., obr. cit., 78.

⁵⁴ *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América)* (fondo del asunto), I.C.J. Reports 1986, p. 137 (párr. 274).

⁵⁵ Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., obr. cit., 81.

⁵⁶ *Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law:*

Resulta atípico encontrar situaciones en la que la aplicación del principio “*lex specialis*” conlleva a una exclusión total o absoluta del derecho general consuetudinario. Como ocurrió en el caso de UPS contra Canadá, en el cual el Tribunal consideró que las reglas del capítulo 15 de NAFTA que trata sobre monopolios y empresas estatales eran “*lex specialis*” y se aplicaban con total independencia de los Artículos de Responsabilidad Internacional de los Estados preparados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas⁵⁷.

7.1 Referencia a la *lex specialis*

Martti Koskeniemi, en su informe sobre Fragmentación del Derecho Internacional para el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, resalta dos “tipos de relaciones entre una norma particular y una general”⁵⁸, o en nuestro caso entre el TI (particular o especial) y la costumbre internacional o los principios generales (norma general).

La primera de estas relaciones, considera a la norma particular como “la aplicación de una norma general en un caso concreto”⁵⁹; mientras que la segunda, considera a la norma particular o especial como “una modificación, una derogación o una exclusión de una norma general”⁶⁰.

De estas dos relaciones, el primer caso o referencia es interpretado como una situación que “implica la aplicación simultánea de la norma especial y la general”⁶¹.

En el presente trabajo seguiremos y emplearemos la noción de “*lex specialis*” que hace aplicable al principio “incluso en ausencia de un conflicto directo entre dos disposiciones y cuando ambas habrían podido aplicarse simultáneamente”⁶².

Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, U.N. Doc. A/Cn.4/L.682 (Apr. 4 2006). Aparece en Kurtz, Jürgen, *Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis*, Jean Monnet Working Paper 06/08, 2008, p. 35.

⁵⁷ *United Postal Service of America Inc. v. Canada*, ICSID Arbitration, Award on the Merits (May 24, 2007). ¶ 59-62. Aparece en Kurtz, Jürgen, *obr. cit.*, p. 37.

⁵⁸ Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., *obr. cit.*, 88.

⁵⁹ *Ibid.* 88

⁶⁰ *Ibid.* 88.

⁶¹ *Ibid.* 88.

⁶² Esto en consideración de que la mayoría de las veces “no es necesario (no es posible, de hecho) decidir si la *lex specialis* se utiliza como “criterio interpretativo” o como “técnica de solución de conflictos”, si se limita a “dar aplicación” a ciertas normas de carácter más general o si se aparta de ellas”. Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.682 13 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., *obr. cit.*, 91.

7.2 Aplicación del principio de *lex specialis*

7.2.1 *LEX specialis como elaboración de lege generalis*

La primera aplicación del principio lo encontramos cuando, una norma es “*lex specialis*”, en relación con otra norma como una “aplicación, actualización o desarrollo de ella o, lo que es lo mismo, como su suplemento, como un indicador de instrucciones de lo que una norma general exige en un caso particular”⁶³.

Sobre este punto, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos declaró en el caso Amocco International Finance Corporation c. el Irán que:

“Como *lex specialis*, (...) el Tratado prevalece sobre la *lex generalis*, es decir, el Derecho Internacional consuetudinario. No obstante, ello no significa que este sea irrelevante (...) las normas del derecho consuetudinario pueden ser útiles para colmar las posibles lagunas del Tratado, para esclarecer el significado de ciertos términos que no se definen en su texto o, con carácter más general, para facilitar la interpretación y la aplicación de sus disposiciones”⁶⁴.

El que una norma de Derecho Internacional consuetudinario sirva para dar significado a la norma especial, fue el método empleado por la CIJ, en su opinión consultiva emitida acerca de la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. En donde, para poder determinar lo que se entendía por privación arbitraria de vida, debía aplicar la norma especializada, o la más específica, como era la contenida en el Derecho Internacional Humanitario o derecho de guerra⁶⁵.

7.2.2 *LEX specialis como excepción a la norma general*

La segunda forma en la que se puede aplicar o podemos encontrar referencia al principio de “*lex specialis*”, es a través de la voluntad de los Estados de apartarse o derogar la aplicación de determinadas normas del Derecho Consuetudinario general, no obstante esto, la norma excluida que parecería desaparecer totalmente no lo hace, más bien, tiene una aplicación residual, puesto que la norma especial desplaza a la norma general respecto a un aspecto en particular⁶⁶.

⁶³ *Ibid.* 98. Caso en el que se encontrará el TI en la mayoría de situaciones, actuando como la norma *lex specialis* pero en algunos casos como es el de la Responsabilidad del Estado, el derecho consuetudinario es de gran utilidad para aplicar o efectivizar las normas del Tratado.

⁶⁴ AMOCO International Finance Corporation c. el Irán, Irán-U.S. C.T.R., 1987-II vol. 15, p. 222. 123.

⁶⁵ Pese a que en este caso la Corte lo analizó a la luz de las Convenciones de Ginebra, gran parte de dichas disposiciones han adquirido o tienen el carácter de norma consuetudinaria del Derecho Internacional. *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión consultiva I.C.J. Reports 1996*, p. 240, ¶ 25.

⁶⁶ Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.682 13 de abril de 2006. Informe

Tenemos un ejemplo de este caso en los TI cuando las partes han decidido no requerir que se agoten los recursos internos previo al sometimiento de una controversia a arbitraje internacional por el inversionista. Sin que esto implique que la regla del agotamiento de recursos internos haya sido derogada en general, o no tendrá aplicación alguna en el Tratado, por ejemplo esta seguirá siendo aplicable o determinante para que el inversionista logre demostrar que se ha producido una denegación de justicia.

7.3 Prohibición de la *lex specialis*

Como es sabido, la mayor parte del Derecho Internacional general puede derogarse mediante "*lex specialis*". Sin embargo, de manera excepcional la naturaleza de ciertas normas generales prohíbe expresamente cualquier desviación o derogación. Ese es el caso de las normas "*jus cogens*", las que primarán y no se considerarán derogadas, aun con el consentimiento de los Estados⁶⁷.

Conclusiones

Para finalizar, podemos decir que en principio el derecho aplicable al fondo de la controversia surgida de un Tratado de Inversión, variará de la fuente o del instrumento bajo el cual se origine la misma. Es decir, bajo un contrato de inversión, bajo una ley local de inversión, o como en el caso que hemos analizado, bajo un Tratado de Inversión.

En este último caso podríamos decir que la tendencia jurisprudencial de los tribunales de arbitraje de inversiones apunta a que la principal norma a ser aplicada al fondo de la controversia, sea el mismo Tratado de Inversión. Ahora bien, esto sin perjuicio, como hemos visto a lo largo de este trabajo, que el derecho local tendrá o deberá ser aplicado en algunas situaciones (ej: nacionalidad de la compañía, determinación de derecho de propiedad, etc.); o como ya se mencionó, para analizar el efecto que tuvo una medida legislativa en la inversión.

Lo mismo podemos decir del Derecho Internacional que en muchos casos será de aplicación por referencia misma del texto del Tratado de Inversión (ej.: cuando se requiere de la interpretación de un artículo del Tratado de Inversión en relación o de acuerdo a los principios generales del Derecho Internacional). Debido a que el mismo Tratado integra a esas fuentes "a través de métodos de incorporación implícitos o

del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., obr. cit., 104.

⁶⁷ *Ibid.* 108-109.

por referencia directa⁶⁸, o por referencia implícita como ocurre cuando el TI no regula de manera expresa una materia como en lo referente a la Responsabilidad Internacional del Estado o qué actos o conductas serán atribuibles a este para determinar su responsabilidad.

Por lo tanto, podemos decir que el derecho aplicable al fondo en una controversia surgida de un TI será “en primer lugar, el Tratado Bilateral, en segundo lugar, y a falta de regulaciones expresas de este último, aplicará el Derecho internacional general y, en tercer lugar, el Derecho interno”⁶⁹, o derecho local.

Bibliografía

PARRA, ALBERTO, *Applicable Law in Investor- State Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, [on line], vol. 6, issue 1, marzo, 2009 [consultado 30 de noviembre de 2009]. Disponible en la World Wide Web: www.transnational-dispute-management.com

CRAWFORD, JAMES, *Treaty and Contract in Investment Arbitration. The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London*, [on line] 29 November 2007, [Consultado 10 de diciembre de 2009] pp. 18-21. Disponible en la World Wide Web: www.lcil.cam.ac.uk/.../lectures/.../Freshfields%20Lecture%202007.pdf

SPIERMANN, OLE, *Chapter 3 Applicable Law*, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by Muchlinski, p. & Others, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

ZACHARY, DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, First Edition, 2009.

NEWCOMBE, ANDREW; PARADELL, LLUÍS, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Published by Kluwer Law International. 2009.

McLACHLAN, CAMPBELL; SHORE, LAURENCE; WEINIGER, MATTHEW, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007.

VILLIGER, MARK, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht Nijhoff, 1985.

KURTZ, JÜRGEN, *Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis*, Jean Monnet Working Paper 06/08, 2008.

⁶⁸ AAP v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250. ¶ 21.

⁶⁹ LG&E v. Argentina, Decisión sobre Responsabilidad. Octubre 3, 2006. ¶ 99. Adicionalmente, véase en el mismo sentido: Wena Hotels Limited. v. Egypt (Award, 8 Dec. 2000. ¶ 78-79.; Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt. ¶ 87.

SCHREUER, CHRISTOPH, *International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID* /en/ *Austrian Review of International and European Law*, 1996.

DOLZER, RUDOLPH; SCHREUER, CRISTOPH, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

SOBRE NOSOTROS

Información básica

La Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco es una revista de estudios generales de Derecho, Ciencia Política y Resolución Alternativa de Conflictos, que tiene por objeto contribuir al desarrollo de aquellas disciplinas procurando la difusión crítica y plural sobre temas jurídicos y políticos relevantes.

Áreas temáticas

Ciencias Jurídicas.
Ciencia Política.
Políticas Públicas.
Filosofía Jurídica.
Filosofía Política.
Resolución Alternativa de Conflictos.

Secciones

Los números de la Revista podrán ser monográficos, siendo una la temática dominante del contenido, o bien, podrán ser misceláneos, siendo variados los contenidos.

La Revista se dividirá en tres secciones permanentes, a las que podrán agregarse otras. Las tres secciones fijas serán la de Derecho, la sección de Ciencia Política y la sección de Resolución Alternativa de Conflictos. También se considerará la inclusión de alguna otra sección complementaria como "Comentarios de Jurisprudencia" y "Resensiones", siempre que se reciban contribuciones originales.

Procedimiento para la aprobación de artículos

La Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política solo publicará estudios científicos originales que se sometan al sistema de arbitraje.

El procedimiento constará de una etapa previa de evaluación en que el director de la Revista y el Comité Editorial tendrán la facultad de desestimar el arbitraje de los trabajos por no ajustarse a las normas formales, no tener coherencia interna, no poseer una originalidad relevante o por contravenir, total o parcialmente, el espíritu, política editorial, principios e intereses que sostiene la publicación.

En caso de superar la etapa previa, el estudio será sometido a la evaluación de, a lo menos, dos pares. Si ambos aprueban, el artículo se publicará. Si ambos rechazan, o uno aprueba con observaciones y el otro corrector rechaza su publicación, el trabajo será devuelto a su autor. En el supuesto de que ambos pares aprueben con observaciones, o uno apruebe y el otro lo haga indicando observaciones, el original será enviado a su autor para que las considere. Una vez incorporadas, el Comité Editorial estimará la incorporación de las mismas. Finalmente, en el caso de que un árbitro apruebe la publicación y otro la rechace, el Comité Editorial evaluará, conforme a otros méritos, la posibilidad de la inclusión en el número.

Correspondencia

Toda aquella correspondencia que verse sobre cuestiones académicas o envío de originales deberá enviarse al correo de la Revista: derechoycienciapolitica@uct.cl . En caso de envío postal: Revista de Derecho y Ciencia Política, Manuel Montt 056, Casilla 15 - D, Temuco, Chile.

La correspondencia comercial destinada a la compra o suscripción de la Revista deberá dirigirse al correo electrónico editorial@uct.cl

NORMAS DE REDACCIÓN

Los idiomas de publicación para los artículos serán el español y el inglés. La periodicidad será semestral. La recepción de trabajos será continua, publicándose en orden de aceptación. Además, se dejará constancia de las respectivas fechas de recepción y aceptación definitiva del manuscrito. La selección de trabajos será responsabilidad del Comité Científico Externo, integrado por académicos americanos y europeos.

El artículo debe enviarse en formato word, tamaño carta, en fuente Arial tamaño 12 y con doble espacio de interlineado.

El artículo no podrá indicar en ninguna de sus páginas dato alguno que permita la individualización de su autor. De este modo, el autor en un documento formato word y separado del artículo deberá indicar su nombre completo, grado académico, filiación institucional (la principal, si tuviere más de una), localidad, ciudad y país de origen, teléfono de contacto y dirección electrónica. Además, en formato word y por separado, deberá adjuntar su currículum vitae.

No se admitirán trabajos publicados con anterioridad, ni en Chile ni en el extranjero. Los artículos que se encuentren incursos en otros arbitrajes editoriales, deberán poner esta circunstancia en conocimiento del director de la Revista al momento de ser enviados. Los trabajos deberán constituir el resultado de una investigación y presentar una extensión máxima de diez mil (10.000) palabras, incluidas las notas al pie de página, y excluyéndose de este total únicamente la bibliografía. Por su parte, la bibliografía deberá presentarse al final del artículo ordenada alfabéticamente. En caso de haber más de una obra de un mismo autor, deben ordenarse cronológicamente, indicando en primer lugar la más antigua.

Todo artículo deberá incluir:

- Título en español e inglés.
- Resumen y abstract (máximo 150 palabras).
- Palabras clave en inglés y español (de tres a cinco).
- Bibliografía citada.

Forma de referir las fuentes bibliográficas

Respecto de la bibliografía, la forma de referir las fuentes será la siguiente:

1. Libros

1.1 Libros con un solo autor:

Apellidos, nombres, título de la obra, editorial, ciudad y/o país, número de edición (si no es la primera) y año de edición.

1.2 Libros con dos autores:

Apellidos autor 1, nombres autor 1, apellidos autor 2, nombres autor 2, título de la obra, editorial, ciudad y/o país, número de edición (si no es la primera) y año de edición.

1.3 Libros con tres autores:

Apellidos autor 1, nombres autor 1, apellidos autor 2, nombres autor 2, apellidos autor 3, nombres autor 3, título de la obra, editorial, ciudad y/o país, número de edición (si no es la primera) y año de edición.

1.4 Libros con cuatro o más autores:

apellidos autor 1, *et al.*, título de la obra, editorial, ciudad y/o país, número de edición (si no es la primera) y año de edición.

1.5 Libros con editor o coordinador que recopilan artículos de diversos autores:

Apellidos del editor o coordinador, nombres del editor o coordinador, título de la obra, editorial, ciudad y/o país, número de edición (si no es la primera) y año de edición.

2. Artículos de publicaciones periódicas en soporte físico (papel)

2.1 Artículos con un solo autor:

Apellidos, nombres, título del artículo /en/ nombre de la revista, editorial y/o filiación institucional de la revista, número (y/o tomo y/o volumen) y año, ciudad y/o país, página de inicio y página de término del artículo.

2.2 Artículos con dos, tres y cuatro o más autores:

Se seguirá el orden dispuesto para los artículos con un solo autor, aunque la individualización de los autores se hará de acuerdo con lo establecido para los libros con dos, tres y cuatro o más autores respectivamente.

3. Artículos de publicaciones periódicas en soporte electrónico

3.1 Artículos con un solo autor:

Apellidos, nombres, título del artículo /en/ nombre de la revista, editorial y/o filiación institucional de la revista, [on line], número (y/o tomo y/o volumen) y año [fecha de la consulta], página de inicio y página de término del artículo. Sitio de internet, mediante la fórmula "Disponible en la Word Wide Web:".

3.2 Artículos con dos, tres y cuatro o más autores:

Se seguirá el orden dispuesto para los artículos con un solo autor, aunque la individualización de los autores se hará de acuerdo con lo establecido para los libros con dos, tres y cuatro o más autores respectivamente.

4. Otros documentos electrónicos

Apellidos, nombres, título del artículo [on line], [fecha de la consulta]. Sitio de internet, mediante la fórmula "Disponible en la Word Wide Web:".

Respecto de las notas, se seguirán las reglas establecidas para la bibliografía, aunque al final se añadirá el número de páginas. Con todo, en el caso de las publicaciones periódicas no se incluirá página de inicio ni página de término. Las notas deben ser incluidas a pie de página.

Notas sobre el contenido del principio de la
democracia

PABLO MARSHALL BARBERÁN

La "Reinterpretación Constitucional" de la
apreciación en conciencia de la LEcrim.
Española

DR. DAVID VALLESPÍN PÉREZ

El modelo de policía comunitaria: el caso chileno

CYNTHIA LABRA DÍAZ

Autores y partícipes en el tráfico de sustancias
ilícitas... ¿delincuentes o enemigos?

CHRISTIAN SCHEECHLER

Jürgen Habermas, democracia, inclusión del
otro y patriotismo constitucional desde la ética
del discurso

JORGE ARAYA ANABALÓN

Derecho aplicable al fondo de la controversia
en arbitrajes surgidos de tratados de inversión

FRANCISCO ENDARA FLORES